



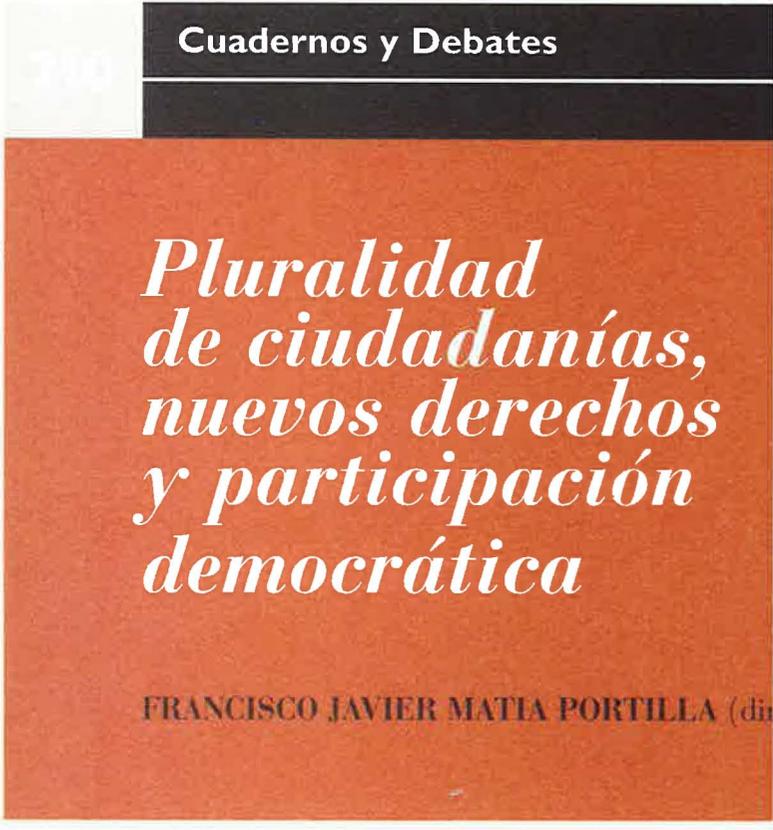
210
*Pluralidad de ciudadanías,
nuevos derechos
y participación democrática*

FRANCISCO JAVIER
MATIA PORTILLA (dir.)

[c] [e] [p] [c]



| CENTRO DE | ESTUDIOS | POLÍTICOS Y | CONSTITUCIONALES |



Cuadernos y Debates

*Pluralidad
de ciudadanías,
nuevos derechos
y participación
democrática*

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA (dir.)

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

CONSEJO EDITORIAL

Luis Aguiar de Luque
José Álvarez Junco
Paloma Biglino Campos
Bartolomé Clavero
Luis E. Delgado del Rincón
Elías Díaz
Santos Juliá
Francisco J. Laporta
Clara Mapelli Marchena
Francisco Rubio Llorente
Joan Subirats Humet
Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

Francisco Javier Matia Portilla (dir.)

Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática

César AGUADO RENEDO	Francisco Javier MATIA PORTILLA
Benito ALÁEZ CORRAL	M. ^a Aránzazu MORETÓN TOQUERO
Alfredo ALLUÉ BUIZA	Salvador O. NAVA GOMAR
Juan María BILBAO UBILLOS	Ana María REDONDO GARCÍA
Edgar CORZO SOSA	Fernando REY MARTÍNEZ
Luis E. DELGADO DEL RINCÓN	Esther SEIJAS VILLADANGOS
Juan Fernando DURÁN ALBA	Óscar SÁNCHEZ MUÑOZ
Graciela LÓPEZ DE LA FUENTE	Pablo SANTOLAYA MACHETTI

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

MADRID, 2011

El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales agradece al



la colaboración para la realización de la presente publicación.

Catálogo general de publicaciones oficiales:

<http://www.060.es>

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del *copyright*, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

De esta edición, 2011:

© FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA (dir.)

© CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
Plaza de la Marina Española, 9
28071 Madrid
<http://www.cepc.es>

NIPO: 005-11-009-1
ISBN: 978-84-259-1515-4
Depósito Legal: M. 25781-2011

Realización: Gráficas/85. S. A. 28031 Madrid

Impreso en España - Printed in Spain

Impreso en papel reciclado



Índice

	<u>Págs.</u>
Presentación por FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA	XV
<i>Primera parte</i>	
LA PLURALIDAD DE CIUDADANÍAS	
Ciudadanía, participación política y justicia electoral: la experiencia en México. (Una aproximación).....	3
<i>por SALVADOR O. NAVA GOMAR.</i>	
1. Palabras preliminares.....	3
2. El régimen jurídico de la ciudadanía en México.....	6
3. El papel de la justicia electoral como garante del derecho de participación política.....	9
a) LA «RESIDENCIA EFECTIVA» COMO REQUISITO DE ELEGIBILIDAD	10
b) LA PRUEBA DE LA NACIONALIDAD: UNA SOLUCIÓN DIVIDIDA	11
c) LA SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS A LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD	13
4. Comentario final.....	14
Los Acuerdos sobre voto en las elecciones municipales de la IX Legislatura	17
<i>por PABLO SANTOLAYA MACHETTI.</i>	
1. Derecho de sufragio, nacionalidad y ciudadanía	17
2. Un panorama de derecho comparado	18
3. La peculiar regulación de la materia en la Constitución española	20
4. Los Acuerdos sobre voto en las elecciones municipales de la IX Legislatura.....	22
5. Conclusiones.....	33

	<u>Págs.</u>
Exclusión del sufragio municipal emigrante y garantía democrática de expectativas legítimas.....	35
<i>por</i> BENITO ALÁEZ CORRAL.	
1. La propuesta de reforma de la Ley Electoral para excluir a los emigrantes del sufragio municipal.....	35
2. Derecho de sufragio, ciudadanía y nacionalidad.....	37
3. El marco constitucional y legal del derecho de sufragio de los emigrantes.....	43
4. Algunos aspectos problemáticos del desarrollo legal de la propuesta de exclusión del sufragio municipal de los emigrantes.....	46
4.1. EL SUFRAGIO MUNICIPAL: EJERCICIO DE UN DERECHO FUNDAMENTAL AUNQUE NO SE EJERZA EL NÚCLEO DE LA SOBERANÍA.....	46
4.2. NO TODOS LOS RESIDENTES-AUSENTES SON IGUAL DE RESIDENTES NI DE AUSENTES: LA NECESIDAD DE ESTABLECER UN PLAZO MÍNIMO DE RESIDENCIA FUERA DE ESPAÑA PARA SER INSCRITO EN EL CERA.....	49
4.3. UNA LEGÍTIMA EXPECTATIVA DEMOCRÁTICA DEL SUFRAGIO: EL CONTROL DE LA REPRESENTATIVIDAD.....	52
5. Conclusiones.....	56

Segunda parte

LOS NUEVOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS

El modelo europeo de lucha contra la discriminación.....	61
<i>por</i> FERNANDO REY MARTÍNEZ.	
1. Introducción.....	61
2. Los factores, criterios o rasgos de discriminación.....	64
3. Definiciones de la discriminación.....	72
4. Ámbitos de aplicación personal y material de las legislaciones antidiscriminatorias.....	77
A) ÁMBITO PERSONAL.....	77
B) ÁMBITO MATERIAL.....	78
C) EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO.....	79
a) <i>Requisitos profesionales esenciales y determinantes</i>	79
b) <i>Empleadores con ética basada en la religión o en una determinada convicción</i>	80
c) <i>Fuerzas Armadas</i>	80
d) <i>Discriminación por nacionalidad</i>	81
e) <i>Discriminación por razón de edad</i>	81
f) <i>Orden público</i>	82

	<u>Págs.</u>
5. Garantías.....	83
A) PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y ADMINISTRATIVOS.....	83
B) LEGITIMACIÓN PROCESAL DE ASOCIACIONES.....	84
C) CARGA DE LA PRUEBA.....	84
D) PROTECCIÓN FRENTE A REPRESALIAS.....	85
E) SANCIONES.....	85
6. Garantías institucionales: los organismos de igualdad.....	89
A) INTRODUCCIÓN. SITUACIÓN GENERAL DE LOS ORGANISMOS DE IGUALDAD EN EUROPA Y REQUERIMIENTOS NORMATIVOS SOBRE SU ORGANIZACIÓN Y FUNCIONAMIENTO.....	89
a) <i>La función de asistencia a las víctimas</i>	96
b) <i>Las funciones de conducir investigaciones independientes sobre la discriminación y de emitir recomendaciones e informes</i>	101
c) <i>Otras competencias</i>	102

Algunas reflexiones sobre el derecho a una buena administración.....	105
<i>por</i> ANA MARÍA REDONDO GARCÍA.	

1. Planteamiento.....	105
2. El principio-derecho a una buena administración en el ordenamiento jurídico español.....	109
3. El contenido y alcance del principio-derecho a una buena administración en el ordenamiento jurídico de Castilla y León.....	112

La protección de datos personales en un sistema de garantías multinivel de los derechos fundamentales: la intervención de las Comunidades Autónomas.....	121
<i>por</i> JUAN FERNANDO DURÁN ALBA.	

1. Introducción.....	121
2. La delimitación competencial en la materia: jurisprudencia y plasmación normativa.....	123
2.1. JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: LA STC 290/2000, DE 30 DE NOVIEMBRE.....	123
2.2. LA PLASMACIÓN ESTATUTARIA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS: LAS DIMENSIONES SUSTANTIVA Y COMPETENCIAL.....	126
3. Las «autoridades» autonómicas de protección de datos.....	130
3.1. LA VERTIENTE INSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN ESTATUTARIA: LAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	130
3.2. LA LIMITACIÓN DE LAS FACULTADES TUTELARES DE LA AGENCIA DE PROTECCIÓN DE DATOS (ATC 20/2011, DE 28 DE FEBRERO).....	133
4. Bibliografía.....	138

	<i>Págs.</i>
La creación pretoriana de nuevos derechos de los ciudadanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.....	141
<i>por</i> EDGAR CORZO SOSA.	
1. Introducción.....	141
2. Una aproximación clasificatoria.....	144
3. Nuevos y claros derechos de creación pretoriana.....	145
A) DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN.....	145
B) DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNITARIA.....	147
4. Extensión pretoriana del alcance de los derechos.....	148
A) DERECHO A UN PROYECTO DE VIDA.....	149
B) DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL DE LOS FAMILIARES DE LAS VÍCTIMAS.....	150
5. Nuevos y no muy claros derechos de creación pretoriana.....	151
A) DERECHO A LA VERDAD JUDICIAL.....	152
B) DERECHO A LA INVESTIGACIÓN.....	153
6. Conclusión.....	160
Balace de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afecta al Reino de España: de aciertos, carencias y excesos.....	163
<i>por</i> FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA.	
1. Pretensiones.....	163
2. La ejecución de las Sentencias estimatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando afectan a personas privadas de libertad.....	164
3. Novedades en la delimitación de los derechos fundamentales.....	168
3.1. LA DIMENSIÓN PROCESAL DE DETERMINADOS DERECHOS SUSTANTIVOS.....	168
3.2. EL CONTENIDO POSITIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	170
3.3. LA APARICIÓN DE LA DEMOCRACIA MILITANTE.....	172
4. La jurisprudencia europea y el Tribunal Constitucional español.....	173
4.1. LA INFLUENCIA LIMITADA DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA: LOS ASUNTOS PENDIENTES.....	173
4.2. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMO OBJETO DE CONTROL.....	175
5. La jurisprudencia europea y el legislador español.....	179
6. El margen de apreciación nacional: entre la comprensión y el exceso.....	182
6.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ANUNCIOS PROFESIONALES DE ABOGADOS.....	183
6.2. LA ILEGALIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN (ART. 11.1 CEDH).....	183

	<i>Págs.</i>
6.3. EL MATRIMONIO GITANO.....	185
6.4. LA SENTENCIA SOBRE EL <i>PRESTIGE</i>	186
7. La jurisprudencia europea y el Poder Judicial español.....	187
7.1. DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA.....	187
7.2. DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL.....	187
7.3. DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS.....	191
7.4. DERECHO DE DEFENSA.....	191
7.5. DERECHO A OBTENER UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL MOTIVADA.....	192
7.5.1. <i>La motivación como elemento inescindible de la labor judicial</i>	192
7.5.2. <i>La no incorporación de datos íntimos en las resoluciones judiciales</i>	193
7.6. DERECHO AL RECURSO.....	194
7.6.1. <i>Generalidades</i>	194
7.6.2. <i>La jurisprudencia relacionado con el recurso de casación</i>	197
7.7. DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS.....	198
7.8. GARANTÍAS VINCULADAS CON EL PROCESO PENAL.....	201
7.8.1. <i>El principio de legalidad penal</i> (art. 7.1 CEDH).....	201
7.8.2. <i>El derecho a ser informado de la acusación</i> (art. 6.3.a) CEDH).....	203
7.8.3. <i>Las privaciones de libertad judicialmente decretadas</i> (arts. 5.1 y 5.3 CEDH).....	204
7.8.4. <i>La presunción de inocencia</i> (art. 6.2 CEDH).....	205
7.8.5. <i>La inmediación penal en segunda instancia</i> (art. 2 del Protocolo 7 CEDH).....	206
8. La jurisprudencia europea y la administración: las privaciones de libertad (art. 5.1 CEDH).....	207
8.1. LAS PRIVACIONES DE LIBERTAD (ART. 5.1. CEDH).....	207
8.2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL DERECHO DE PROPIEDAD (ART. 1 DEL PROTOCOLO 1 CEDH).....	210
9. La jurisprudencia europea y los particulares.....	210
9.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL (ART. 10.1 CEDH).....	210
9.2. LAS LIBERTADES COMUNICATIVAS Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD (ARTS. 10.1 Y 8.1 CEDH).....	213
9.3. LA EVENTUAL INCIDENCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD (ART. 1, PROTOCOLO 1, CEDH).....	215
10. Los derechos invocados (remisión).....	216
Anexo: Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ventilan los asuntos interpuestos contra España (orden cronológico).....	217

	<u>Págs.</u>
El Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña: de órgano consultivo de la Generalidad a órgano de control jurídico y de tutela institucional de los derechos estatutarios	225
<i>por</i> LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN.	
1. Introducción	225
2. Definición y caracterización institucional del Consejo de Garantías Estatutarias	231
3. Composición, funcionamiento y estatuto de sus miembros.....	234
4. Competencias del Consejo de Garantías Estatutarias	238
5. La STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su incidencia sobre el Consejo de Garantías Estatutarias como órgano de tutela institucional de los derechos estatutarios	245
Significado de los nuevos derechos en el proceso de eventual federalización del modelo autonómico. El grado de federalidad del Estado español	257
<i>por</i> ESTHER SEIJAS VILLADANGOS.	
1. Introducción	257
2. Planteamiento tradicional: la virtualidad federal del Estado español	258
2.1. ESENCIA DEL ESTADO FEDERAL	258
2.2. SIGNIFICADO DE LA «VIRTUALIDAD FEDERAL DEL ESTADO ESPAÑOL»	262
2.3. LA TRANSICIÓN FORMAL Y MATERIAL AL FEDERALISMO	265
2.4. LA SUI GÉNERIS SENDA ESPAÑOLA AL FEDERALISMO	269
3. Planteamiento innovador: federalidad, como eslabón entre federación y federalismo. El grado de federalidad de España ...	274
3.1. FEDERACIÓN Y FEDERALISMO	274
3.2. FEDERALIDAD	275
3.3. CULTURA FEDERAL	277
4. Reflexión final: la definición del modelo constitucional de distribución del poder público desde una perspectiva federal (STC 31/2010, de 28 de junio)	280

	<u>Págs.</u>
<i>Tercera parte</i>	
LAS NUEVAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN	
Los partidos políticos a escala europea	287
<i>por</i> ALFREDO ALLUÉ BUIZA GRACIELA LÓPEZ DE LA FUENTE.	
1. Introducción	287
2. El proceso de reconocimiento del pluralismo político «a escala europea»	288
3. El Reglamento (CE) 2004/2003, de 4 de noviembre, que regula el estatuto y financiación de los partidos políticos a escala europea	293
4. Las modificaciones realizadas por el Reglamento (CE) n.º 1524/2007, de 18 de diciembre: las llamadas «fundaciones políticas a escala europea»	302
5. A modo de conclusión	306
El afianzamiento del poder de los gobiernos autonómicos y su especial resistencia al control parlamentario	309
<i>por</i> ÓSCAR SÁNCHEZ MUÑOZ.	
1. Introducción	309
2. El objeto del control	311
2.1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL CONTROL	311
2.2. ÁMBITOS ESPECIALMENTE RESISTENTES AL CONTROL	313
3. Los instrumentos del control	318
3.1. NO DISPONIBILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE CONTROL «CLÁSICOS» PARA LAS MINORÍAS	318
3.2. EL CONTROL A TRAVÉS DE OTROS INSTRUMENTOS PARLAMENTARIOS ..	321
4. La eficacia del control: la repercusión pública del control	323
5. Propuestas de futuro	325
Bibliografía citada	330
La iniciativa legislativa popular en la UE y en las Comunidades Autónomas	333
<i>por</i> JUAN MARÍA BILBAO UBILLOS.	
1. La iniciativa ciudadana europea (art. 11.4 TUE)	333
1.1. ANTECEDENTES	333
1.2. LA CONFIGURACIÓN DE LA ICE EN EL TRATADO DE LISBOA	334
1.3. LA GESTACIÓN DEL PROYECTO DE REGLAMENTO: LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO Y EL LIBRO VERDE	339

	<i>Págs.</i>		<i>Págs.</i>
1.4. REGLAMENTO DEL PE Y DEL CONSEJO RELATIVO A LA INICIATIVA CIUDADANA	343	3.10. COMUNIDAD VALENCIANA	386
1.4. 1. Número mínimo de Estados miembros de cuyos ciudadanos debe provenir la iniciativa (art. 7.1).....	343	3.11. EXTREMADURA	386
1.4. 2. Número mínimo de ciudadanos por Estado miembro (art. 7.2 y anexo I).....	346	3.12. GALICIA	387
1.4. 3. Edad mínima exigida (art. 3.4)	348	3.13. MADRID	387
1.4. 4. Requisitos exigidos a los organizadores/promotores (art. 3).....	349	3.14. MURCIA.....	387
1.4. 5. Forma y redacción de la iniciativa ciudadana (anexo II) ..	350	3.15. NAVARRA	388
1.4. 6. Registro de las iniciativas propuestas (art. 4).....	351	3.16. LA RIOJA.....	388
1.4. 7. Procedimientos y condiciones para la recogida y verificación de firmas (arts. 5, 6 y 8).....	357	El referéndum autonómico	389
1.4. 8. Plazo de recogida de firmas (art. 5.4)	361	por CÉSAR AGUADO RENEDO.	
1.4. 9. Decisión sobre la admisibilidad de las iniciativas presentadas.....	362	1. Introducción.....	389
1.4.10. Examen de la iniciativa por la Comisión (arts. 9 y 10) ...	363	2. Las formas de participación política en la Constitución: en particular, el referéndum	390
1.4.11. Requisitos exigibles a los organizadores: transparencia y financiación (art. 9)	364	3. Las formas de participación política en los Estatutos de Autonomía	392
1.4.12. Protección de datos de carácter personal (art. 12).....	366	3.1. EN LOS ESTATUTOS ANTERIORES A 2006	392
1.4.13. Entrada en vigor, modificación de los anexos y cláusula de revisión (arts. 16, 21 y 22).....	367	3.1.1. El referéndum.....	392
1.5. VALORACIÓN DE URGENCIA Y PROSPECTIVA.....	368	3.1.2. El resto de las consultas populares	393
2. La iniciativa legislativa popular en las Comunidades Autónomas.....	369	3.2. EN LOS NUEVOS ESTATUTOS.....	395
2.1. TITULARIDAD	371	3.2.1. Sobre el referéndum autonómico	395
2.2. MATERIAS EXCLUIDAS	372	3.2.2. El resto de las consultas.....	395
2.3. COMISIÓN PROMOTORA	373	4. Las consultas populares en la legislación estatal y autonómica	396
2.4. TRÁMITE DE ADMISIÓN	375	4.1. EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL	396
2.5. NÚMERO MÍNIMO DE FIRMAS	376	4.2. EN LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA	398
2.6. RECOGIDA DE FIRMAS.....	377	5. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia: reflexiones sobre la misma y, a su luz, sobre el panorama normativo actual de las consultas populares	398
2.7. INDEMNIZACIÓN A LA COMISIÓN PROMOTORA POR LOS GASTOS REALIZADOS.....	378	5.1. EL CONCEPTO DE REFERÉNDUM.....	399
2.8. PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO	378	5.2. UNA INTERPRETACIÓN ¿CORREGIDA? DEL CARÁCTER RESTRICTIVO DEL REFERÉNDUM	401
2.9. CONTROL INSTITUCIONAL Y JURISDICCIONAL	379	5.3. LA RESERVA DE LEY ORGÁNICA PARA LA REGULACIÓN DEL REFERÉNDUM	403
3. El rendimiento de esta herramienta de participación directa en la práctica.....	380	5.4. LA INEXISTENCIA DE COMPETENCIA IMPLÍCITA EN RELACIÓN CON EL REFERÉNDUM AUTONÓMICO: EL ESTATUT Y LA LEY DE CONSULTAS POPULARES POR VÍA DE REFERÉNDUM EN CATALUÑA	404
3.1. CATALUÑA	381	5.5. ¿CONSECUENCIAS DE TAL DOCTRINA CONSTITUCIONAL RESPECTO DE LOS REFERÉNDUMS MUNICIPALES?.....	408
3.2. PAÍS VASCO	382	5.6. EL SUPUESTO DE LA CONVOCATORIA DEL REFERÉNDUM DE REFORMA DEL ESTATUTO DE CATALUÑA (Y DE OTRAS FÓRMULAS IDÉNTICAS O SIMILARES).....	409
3.3. CASTILLA Y LEÓN.....	382	6. Alguna reflexión sustantiva sobre el referéndum autonómico	414
3.4. CANARIAS.....	382		
3.5. ANDALUCÍA	383		
3.6. ARAGÓN.....	383		
3.7. ASTURIAS	384		
3.8. BALEARES.....	385		
3.9. CANTABRIA	386		

	<i>Págs.</i>
La resolución judicial de conflictos y la mediación como forma de participación ciudadana	421
<i>por M.^a ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO.</i>	
1. Introducción.....	421
2. La mediación como «alternativa» a la solución judicial de los conflictos.....	424
2.1. LA JUSTIFICACIÓN TEÓRICA Y PRÁCTICA DEL RECURSO A LA MEDIACIÓN EN LOS DIFERENTES ÁMBITOS	425
2.2. BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS FASES DEL PROCESO Y DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA MEDIACIÓN	426
3. Resolución de conflictos y Poder Judicial. La posibilidad de participación de los ciudadanos en la resolución de conflictos	429
4. La «cultura de las ADR» y su impacto normativo en nuestro ordenamiento jurídico.....	434
4.1. ACERCA DE LA MEDIACIÓN EN EL ORDEN SOCIAL	438
4.2. EL ANTEPROYECTO DE LEY SOBRE MEDIACIÓN EN ASUNTOS CIVILES Y MERCANTILES Y LA REGULACIÓN AUTONÓMICA SOBRE MEDIACIÓN FAMILIAR	439
4.3. UN ÁMBITO CARENTE DE REGULACIÓN: LA MEDIACIÓN PENAL.....	441
Documentos	443
Referencias bibliográficas	443

■ Presentación

El pluralismo territorial ha sido clásicamente examinado desde una perspectiva orgánica, centrada en analizar las distintas estructuras jurídico-públicas de poder y el reparto competencial que unas y otras ejercen. Este enfoque ha sido utilizado tanto hacia el interior de los Estados (para explicar su estructura federal, regional o autonómica) como hacia el exterior (centrándose, entonces, fundamentalmente, en el análisis de la Unión Europea).

Sin embargo, en los últimos tiempos, ha surgido otra línea de trabajo, que sitúa, en el centro del debate, a la ciudadanía (o, mejor dicho, a cada una de las ciudadanías: la estatal, la europea y la autonómica). No es que el pluralismo territorial no incidiera en el pasado en la posición jurídica de los ciudadanos ante el poder, sino que en la actualidad estamos asistiendo a una diversificación de la noción de ciudadanía porque han aparecido, junto con la nacional, la ciudadanía europea y comienza ahora a desarrollarse un nuevo estatus, reconocido a quienes se encuentran territorialmente vinculados al territorio de las Comunidades Autónomas. Esta ciudadanía multinivel ha cobrado un gran impulso y nueva actualidad con las nuevas disposiciones de los Tratados de Lisboa y con la aprobación de los nuevos Estatutos de Autonomía, normas que han recogido, en sus primeros títulos, detalladas tablas de derechos.

Se han forjado, así, derechos de nueva factura, se han establecido también, en ocasiones, nuevas garantías que los protegen, y se han previsto nuevas formas de democracia participativa, y todo esto se ha producido, además, en los distintos ámbitos territoriales anteriormente descritos. De ahí que pueda ser útil analizar el contenido de estas nuevas facetas de ciudadanía y la forma en que interactúan entre sí.

Este es, precisamente, el objetivo perseguido con el volumen que el lector tiene entre sus manos, lo que ya evidencia su título: *Pluralidad de ciudadanías, nuevos derechos y participación democrática*, con el que no solamente se avanza sobre el contenido, sino también sobre la propia estructura de la obra, articulada en esas tres partes.

■ Balance de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que afecta al Reino de España: de aciertos, carencias y excesos

FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid*

1. Pretensiones

Desde que el Estado español se sometiera, voluntariamente, a la jurisdicción de los órganos del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado 86 Sentencias para dirimir su eventual responsabilidad en la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹.

Son muchos los estudios que se han dedicado al estudio general del Convenio², así como a la importancia que su aplicación ha tenido para el Estado español³. Tales aportaciones se han centrado en ocasiones en el examen de cuestiones concretas y en otras muchas se ha preferido anotar críticamente determinadas Sentencias del Tribunal de Estrasburgo.

Partiendo de este dato, comprenderá el amable lector que nuestro empeño no sea insistir nuevamente en los aspectos que han sido exten-

¹ Desde 1988 a 28 de septiembre de 2010. No centraremos nuestra mirada en las SSTEDH recaídas en los asuntos *Drozdz y Janousek* (1992), *Díaz Ruano* (1994) y *Trome* (1999). En el asunto *Drozdz y Janousek*, el Tribunal entiende que no pueden imputarse a los Estados francés y español resoluciones judiciales adoptadas en Andorra porque concurren sendas excepciones de competencia *ratione loci* (§ 89) y *ratione personae* (§ 97), aunque discrepen de tal parecer los Magistrados Pettiti, Valticos y Lopes Rocha, a la que se suman sus colegas Walsh y Spielmann. Por otra parte, el Gobierno español y los recurrentes alcanzaron un acuerdo económico en el marco del asunto *Díaz Ruano*, en el que se produjo la muerte de un detenido a manos de la policía que debía custodiarlo. También alcanzó un acuerdo la sociedad Trome con la Junta de Andalucía.

² Son clásicos los tratados de Jacques VELU y Rusen ERGEC (*La Convention européenne des droits de l'homme*. Bruylant, Bruselas, 1990) y de Frédéric SUDRE (*La Convention Européenne des droits de l'homme*. PUF, París, 2010).

³ Entre nosotros destacan, con luz propia, los trabajos coordinados por Javier GARCÍA ROCA y Pablo SANTOLAYA MACHETTI (*La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2.ª ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009) y por Javier GARCÍA ROCA y Pablo Antonio SÁNCHEZ PÉREZ (*Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009), así como el *Comentario Sistemático* realizado por Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (Civitas, Madrid, 2004).

sa y, en ocasiones, brillantemente tratados por colegas. Nuestra pretensión resulta mucho más modesta. No es otra que hacer un balance que subraye los aspectos más relevantes del legado jurisprudencial dispensado, hasta ahora, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Aunque resulta posiblemente erróneo vincular dicho legado exclusivamente con las Sentencias, dado el interés que suscita alguno de los autos emanados del Tribunal de Estrasburgo, nos sentimos obligados a centrar nuestra mirada en algunas de ellas, por una evidente razón de medición de esfuerzos. Por esta misma razón, trataremos de examinar la incidencia de dicha jurisprudencia en nuestro ordenamiento constitucional, tanto en lo que atañe al sistema de fuentes del Derecho como al régimen de derechos fundamentales.

2. La ejecución de las Sentencias estimatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando afectan a personas privadas de libertad

El primer caso ventilado por el Tribunal de Estrasburgo, a través de una Sentencia de 6 de diciembre de 1988, ha generado un extenso debate doctrinal y jurisprudencial⁴. Aludimos, claro está, al conocido asunto *Barberá, Messegué y Jabardo* (1988) contra *España*. En aquella Sentencia del Tribunal de Estrasburgo, diez Magistrados entendieron, con argumentos jurídicamente atendibles, que se había vulnerado el derecho al proceso debido⁵ (art. 6.1 CEDH) de los recurrentes, condenados como autores responsables de un delito de asesinato y otros menores, en contra de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el ATC 173/1983, de 20 de abril. Se acompañaba la sentencia de dos Votos Particulares, uno discrepante suscrito por ocho Magistrados y otro concordante firmado por tres. Como es bien sabido, los recurrentes trataron de extraer consecuencias de dicha resolución, y fue nuevamente el Tribunal Constitucional el que, en la relevante STC 245/1991, de 16 de diciembre, entendió que, si bien las Sentencias dictadas por

⁴ Pueden recordarse las aportaciones de Fanny CASTRO-RIAL GARRONE («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 y ss.) y Víctor FAIRÉN GUILLÉN («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 y ss.).

⁵ Esta decisión anuda a diversas razones, como que se realizara la apertura del juicio oral tras un viaje nocturno Barcelona-Madrid de los acusados, de la improvisada sustitución del Presidente y de un Magistrado en una causa compleja, de la ausencia de los imputados en las actuaciones sumariales, de la brevedad del juicio y de la inadecuada presentación de las pruebas en la causa (cfr. §§ 70, 72.84-88 y 89).

el Tribunal de Estrasburgo tienen carácter meramente declarativo y no disponen, por ello mismo, de fuerza ejecutiva, si se da el caso de que la lesión apreciada por el Tribunal Europeo coincide manifiestamente con la de un derecho fundamental, como es aquí el caso (arts. 6.1 CEDH y 24 CE), y ésta sigue concurriendo, los tribunales internos están obligados a hacer cesar dicha lesión, lo que llevó a que la Audiencia Nacional terminara absolviendo a los recurrentes mediante Sentencia de 30 de octubre de 1993.

Esta jurisprudencia, agudamente examinada por Juan Luis Requejo Pagés⁶, ha sido posteriormente completada por otras resoluciones del Tribunal Constitucional (cfr. SSTC 313/2005/3, de 12 de diciembre y 197/2006/3, de 3 de julio y ATC 96/2001/3, de 24 de abril), en la que se mantiene que resulta imprescindible para su aplicación que la lesión del derecho (tanto humano como fundamental) siga vigente en el momento actual, lo que no ocurrirá cuando se haya acordado una satisfacción equitativa (art. 41 CEDH). En estos casos, la única misión del Tribunal Constitucional es verificar si las resoluciones judiciales ahora impugnadas han respetado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. El Magistrado Pérez Tremps, en el VP que acompaña a la citada STC 197/2006, estima que, habiéndose acordado dicha satisfacción, la Sentencia ya ha sido, en principio, ejecutada y que, en todo caso ni el Tribunal Constitucional ni la jurisdicción ordinaria disponen de una competencia para alterar sus resoluciones, que gozan de fuerza de cosa juzgada, por lo resuelto por el Tribunal de Estrasburgo.

Aunque la posición mantenida por el Magistrado no admite reproche desde una perspectiva jurídico-formal, es más cuestionable si se adopta un enfoque material. Resulta evidente que los derechos fundamentales deben ser delimitados a la luz de la interpretación auténtica de los derechos humanos recogidos en el Convenio (art. 10.2 CE), y no parece adecuado mantener una prisión que ha sido juzgada en Estrasburgo como lesiva del derecho a la libertad personal, habiendo sido reconocido este derecho tanto en el plano estatal como internacional. Puede parecer llamativo, e incluso criticable, que el Tribunal Constitucional asuma ahora una lesión que desestimó o inadmitió en el pasado, e incluso puede suceder que, en efecto, lesione el principio de cosa juzgada (si es que tal institución tiene un alcance similar en

⁶ En «La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales», *Revista de Derecho Constitucional*, 35 (1992), pp. 179 y ss.). Ver, también, SORIA JIMÉNEZ, Alberto: «La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (análisis de la STC 245/1991. Asunto *Barberá, Messegué y Jabardo*)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 36 (1992), pp. 313 y ss.

lo que atañe al recurso de amparo), pero estas disfunciones son consecuencia de la decisión de someter la acción de los poderes públicos (también del Tribunal Constitucional) al escrutinio del Consejo de Europa, y deben ser asumidas, por estos motivos, como inevitables. Cuestión distinta es que no exista en nuestro país un cauce procesal para resolver tales disfunciones⁷, lo que explica que, como recuerda el Fiscal en el ATC 129/2008, de 26 de mayo, en ocasiones «se haya acudido al recurso de revisión (STC 240/2005), otras al incidente de nulidad ante los órganos judiciales (STC 313/2005) y otras al incidente de ejecución de Sentencias (STC 197/2006)».

Es oportuno añadir que otros recurrentes cuyos derechos han sido reconocidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han pretendido reabrir los procesos nacionales, solicitando la anulación de determinadas resoluciones judiciales. El Tribunal Constitucional ha denegado tal pretensión, por entender que las lesiones reconocidas ya habían sido reparadas en Estrasburgo (ATC 96/2001/3, de 24 de abril, en relación con el caso Castillo Algar y STC 313/2005/3, de 12 de diciembre, respecto del asunto *Perote Pellón*).

Ahora bien, una vez alcanzada la libertad en el caso que nos ocupa, ¿pueden los afectados reclamar una reparación económica por su ilegítima privación de libertad? Ninguna duda muestra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 13 de junio de 1994, dado que existe el daño de la prisión sufrida (§ 16)⁸. En posteriores resoluciones, como son las recaídas en los asuntos *Puig Panella* (2006)

⁷ Destacan en este punto las aportaciones de Carlos RUIZ MIGUEL (*La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*. Tecnos. Madrid, 1997), José María MORENILLA RODRÍGUEZ («La ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Poder Judicial*, 15, 1989, pp. 53 y ss.), Santiago RIPOI CARULLA («La ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 15 (2010), pp. 75 y ss.), Alberto SORIA JIMÉNEZ («Algunas reflexiones en torno a la ejecución de las Sentencias de Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Internacional*, 11, 1995, pp. 327 y ss.), Coral ARANGÜENA FANEGO («Revisión penal y ejecución de las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos», en ARANGÜENA FANEGO, Coral, y SANZ MORÁN, Ángel José (coords.): *La reforma de la justicia penal: aspectos materiales y procesales*. Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 338 y ss.) y Juan José GÓMEZ DE LA ESCALERA («La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en supuestos de vulneración del convenio causados por resoluciones judiciales», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 11, 1994, pp. 499 y ss.).

⁸ La Sentencia se acompaña de dos Opiniones parcialmente disidentes. Mientras que en la primera, de los jueces Mascher y Pettiti, se sostiene que no procede ninguna satisfacción equitativa, dada la ejemplar ejecución de la Sentencia de Estrasburgo, en la segunda, de Torres Boursault, se recuerda que aquéllos disponen de cauces inexplorados en el Derecho español para reclamar los errores en el funcionamiento de la Administración de Justicia. Ver, en el plano doctrinal, Jimena Quesada, Luis: «Comentario a la Sentencia de 13 de junio de 1994 (Caso *Barberá, Messegué y Jabardo* c. España): de nuevo sobre

y *Tendam* (2010) el Tribunal ha ido más lejos, entendiendo que la denegación de una indemnización, acordada al amparo del artículo 294 LOPJ, vulnera el derecho a la presunción de inocencia de los afectados. En la citada disposición legal se prevé el derecho a la percepción de una indemnización de quienes, después de haber sufrido prisión provisional, hayan sido absueltos por inexistencia del hecho imputado. Nuestros tribunales entienden que dicha circunstancia concurre cuando ha quedado expresamente acreditada la inocencia de los investigados, pero no cuando su libertad se acuerda por la inexistencia de pruebas de cargo suficientes para impulsar su enjuiciamiento. No comparte este parecer la Sección Cuarta del Tribunal de Estrasburgo, en el asunto *Puig Panella* (2006)⁹, cuando afirma que en el razonamiento empleado por los poderes públicos (en síntesis, que los hechos se produjeron y que no ha existido prueba suficiente de cargo) presupone la sospecha de su efectiva implicación en los mismos (§ 55), y ello a pesar de que su pretensión fue inadmitida por el Tribunal Constitucional (ATC 220/2001, de 18 de junio). «Este razonamiento –concluye el Tribunal– permite abrigar una duda sobre la inocencia del recurrente a pesar de una Sentencia del Tribunal Constitucional que le otorga el amparo restableciendo al recurrente en su derecho a la presunción de inocencia» (§ 57. En el posterior ATC 129/2008, de 26 de mayo, la Sección Tercera desestima el incidente de nulidad de actuaciones promovido por el recurrente contra el ATC 220/2001, 18 de julio, entendiendo que no se puede acceder a lo interesado porque ni las Sentencias de Estrasburgo pueden anular Sentencias internas ni la lesión invocada es actual). Y dicho argumento se confirma cuatro años después, en el asunto *Tendam* (2010, que había sido inadmitido por el Tribunal Constitucional a través de providencia de 17 de enero de 2005), cuando la Sección Tercera estima que se ha vulnerado el derecho al proceso debido (§ 41), dado que resulta discutible que el Derecho español distinga la concurrencia de dicha responsabilidad dependiendo de si ha quedado acreditada la inocencia del afectado o, como aquí ocurre, no se ha probado suficientemente su culpabilidad (§ 39). De esta forma, el Tribunal de Estrasburgo opta, con argumentos que no carecen de sentido, por objetivar la responsabilidad causada al modo civil, vinculando el daño con el hecho mismo de la privación que no

la problemática ejecución de sentencias del TEDH, en particular, la satisfacción equitativa o indemnización como parte del derecho a un proceso». *Revista General de Derecho*, 630 (1997), pp. 2005 y ss.

⁹ Ver, en el plano doctrinal, DÍAZ PÉREZ DE MADRID, Amelia: «A propósito del régimen de responsabilidad patrimonial en materia de administración de justicia y su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 25 (2006), pp. 973 y ss.

puede ser justificada, en último extremo, con una lícita desvirtuación de la presunción de la inocencia.

3. Novedades en la delimitación de los derechos fundamentales

3.1. LA DIMENSIÓN PROCESAL DE DETERMINADOS DERECHOS SUSTANTIVOS

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha destacado la existencia de una vertiente procesal de determinados derechos sustantivos, entendiendo que estos se lesionan cuando los poderes públicos no han investigado suficientemente si los mismos han sido o no menoscabados por otras autoridades estatales. Esa dimensión procesal se ha puesto de manifiesto, respecto del Estado español, en relación con los derechos a la vida (asunto *Murillo Espinosa*, 2007) y a no sufrir malos tratos (asuntos *Martínez Sala y otros* –2004– y *San Argimiro Isasa* –2010–¹⁰) (arts. 2.1. y 3.1 CEDH).

Tales quejas se tratarían, en el Derecho español, desde la perspectiva del derecho de acceso a la justicia. Aunque el canon constitucional español es más intenso que el referido al derecho de acceso al recurso, resulta muy débil si se compara con el configurado por el Tribunal de Estrasburgo. Así, por ejemplo, en el asunto *Murillo Espinosa* (2007) entendió que la investigación que siguió al deceso del hijo de la recurrente, que fue hallado muerto, fue razonable. El Tribunal alcanzó dicha conclusión recordando que se practicaron sendas autopsias al cadáver que determinaron que el fallecimiento no obedecía a terceras personas, sino a sus propias manos (§ 34), siendo además coherente con el estado psicológico del difunto (§ 35). La Sección concluyó, a la vista de estos datos, que la recurrente recibió una respuesta judicial motivada a la pretensión de que se investigara la eventual comisión de un delito de asesinato (§ 37), por lo que no estima lesionado su derecho a la vida (art. 2 CEDH). Tal resolución se dicta en consonancia con la providencia del Tribunal Constitucional de 30 de junio de 2003, que inadmitió la demanda de la recurrente.

Similar cuestión se aborda en el asunto *San Argimiro Isasa* (2010), aunque desde una distinta perspectiva. En este caso, el Tribunal entiende que el Estado español ha vulnerado el derecho a no recibir tratos inhumanos, en contra de lo contemplado en la providencia del Tribunal Constitucional de 3 de julio de 2006. No lo ha hecho por infringirlos, sino porque las investigaciones promovidas por la justicia tras las denuncias del recurrente y la existencia objetiva de lesiones fue-

¹⁰ Ver, también, la Sentencia recaída en el asunto *Iribarren*, § 50.

ran escasas (informe forense, informe médico de un profesional independiente) (§ 36). Los informes del Comité de Prevención de la Tortura sobre España lamentan la negativa de las autoridades españolas a que los detenidos en régimen incomunicado no puedan contar con un examen médico por el facultativo de su elección que sea complementario al elaborado por el médico designado por el juez y que la normativa española no sea más protectora de los detenidos (§ 38). En el caso en especie: *a*) no aparece el informe médico realizado el día que entró en prisión (§ 39); *b*) esta carencia, unida a las carencias estructurales descritas, debieran incitar a acometer una mayor investigación (§ 40). En definitiva, «las investigaciones llevadas a cabo no han sido suficientes profundas para cumplir con las citadas exigencias del artículo 3» (§ 41). La dificultad en identificar a los agentes (§ 41) hubiera podido ser despejada con el visionado del video de la detención, prueba que fue solicitada por el demandante (§ 42). También resulta exigible que, habiendo una costilla rota, las autoridades hubieran adoptado medidas suplementarias para determinar la fecha y las circunstancias en que dicha rotura se produjo (§ 43). «Las jurisdicciones internas han rechazado medios de prueba que hubieran podido contribuir a la aclaración de los hechos, y más en particular, a la identificación y castigo de los eventuales responsables» (§ 44). Hay, pues, violación del artículo 3 (§ 45).

Lo mismo ocurre en el asunto *Martínez Sala y otros* (2004)¹¹, por que se aprecia una «ausencia de investigación profunda y efectiva sobre las alegaciones defendibles de los demandantes, según las que éstos sufrieron malos tratos durante su prisión provisional» (§ 160). «El Tribunal no está convencido de que estas investigaciones [consistentes en solicitar los informes a los médicos forenses, § 158] fuesen lo suficientemente profundas y efectivas para cumplir con las exigencias previamente citadas del artículo 3» (§ 159). Así, por ejemplo, no se oyó a los agentes presuntamente implicados en las torturas, ni se trajeron las actuaciones de un proceso al otro ni fueron los demandantes oídos por el Juez instructor (§ 159).

Aunque el Tribunal Constitucional se ha hecho eco de esta jurisprudencia se ha cuidado en aclarar que el derecho afectado entre nosotros es el referido «a la tutela judicial (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometido a torturas o tratos inhumanos o degra-

¹¹ Vid., en el plano doctrinal, QUESADA ALCALÁ, Carmen: «El dilema seguridad versus derechos humanos: ¿también afecta a España?». *Revista General de Derecho Europeo*, 6 (2005), y RUILOBA ALVARINO, Julia: «La Sentencia del TEDH en el asunto *Martínez Sala y otros* c. España, de 2 de noviembre de 2004. Crónica de una muerte anunciada». *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005/1, pp. 209 y ss.

dantes (art. 15 CE)», lo que se ajusta mejor a nuestras categorías dogmáticas¹².

3.2. EL CONTENIDO POSITIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como es sabido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge, en su artículo 8.1, el derecho a la vida privada. Esta denominación es, como su mismo nombre indica, más amplia que la referida al derecho a la intimidad, que se encuentra reconocida en el artículo 18.1 de la Constitución. Si se acepta esta premisa se entenderá ahora que sea posible entender, a la vez, que, mientras que la entrada de olores y humos desagradables no vulnera el derecho fundamental a la intimidad, sí que cuestiona el más amplio de la vida privada, en la medida en que compromete el libre desarrollo de la persona sin interferencias externas. Esta es la tesis contenida en la muy difundida Sentencia recaída en el asunto *López Ostra* (1994)¹³. Si ahora recordamos esta resolución judicial es para hacer ver que con la misma se abre una vía jurisprudencial en la que parece reclamarse a las autoridades públicas no solamente que no vulneren ellos mismos los derechos fundamentales, sino una actuación positiva tendente a evitar las lesiones provocadas por terceros.

La dimensión positiva del derecho a la vida privada se ha puesto igualmente de manifiesto en relación con el nivel de ruidos. En lo que atañe al Estado español, merece ser recordada la Sentencia recaída en el asunto *Moreno Gómez* (2004)¹⁴, en la que se insiste en la idea de que el derecho a la vida privada encierra también obligaciones posi-

¹² Puede consultarse, en este sentido y entre otras, la STC 69/2008/6, de 23 de junio.

¹³ En la que se afirma 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). Ver, en el plano doctrinal, LOZANO CUTANDA, Blanca: «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». *Revista Española de Derecho Europeo*, 2002/1, pp. 175 y ss.

¹⁴ La Sentencia recibió diversos comentarios, como son los de Manuel PULIDO QUECEDO («La diversa apreciación del ruido por los tribunales: TEDH v. TC.: sobre la STEDH de 16 de noviembre 2004 asunto *Moreno Gómez* c. España (TEDH 2004, 68)». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2004/3, pp. 2928 y ss.), Rosario TUR AUSINA («Contaminación acústica, derechos fundamentales y calidad de vida medioambiental: STEDH *Moreno Gómez* c. España, de 16 de noviembre de 2004». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 4 (2004), pp. 157 y ss.) y José Antonio MORENO MOLINA («Contaminación acústica y pasividad municipal: comentario a la STEDH 16 noviembre 2004, condenatoria contra España». *Actualidad Administrativa*, 2005/8, pp. 916 y ss.), y ha influido en la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional, examinada en el aparta-

vas para el Estado (§ 55), concluyendo que la lesión del derecho fundamental trae causa de la inactividad de las autoridades públicas para hacer cesar la lesión producida por un tercero (§ 57). Aunque estas afirmaciones son entendibles, desde la óptica del Convenio, conviene recordar que el Tribunal Constitucional estimó que no se había probado de forma fehaciente que el nivel de los ruidos fuera superior al normal (STC 119/2001/7, de 24 de mayo).

El Tribunal de Estrasburgo ha considerado también responsable al Estado español por no asegurar las autoridades la rápida ejecución de la sentencia judicial que ordenaba el regreso de su hijo. En efecto, el Tribunal concluye en la Sentencia recaída en el asunto *Iglesias Gil y AUI* (2003) «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 recaída en el asunto *Tapia Gasca y D.* (2009), en la que se afirma que las autoridades nacionales han adoptado numerosas actuaciones tendentes a asegurar la pronta devolución del menor, habiendo motivado ampliamente la denegación de algunas medidas solicitadas por la madre (§ 106). Por estas razones, «el hecho de que la instrucción no se haya desarrollado según los deseos de la primera recurrente o que la interesada no haya obtenido, hasta hoy, el resultado querido, no significa que las autoridades hayan permanecido inactivas» (§ 107), por lo que no puede tildarse su actuación ni de irrazonable ni de insuficiente (§ 108) ni se considera vulnerado el derecho a la vida privada.

Finalmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos suele examinar el clásico conflicto entre las libertades de expresión e información y los derechos a la intimidad y el honor determinando que facultad debe prevalecer en cada caso. Sin embargo, en el asunto *Polanco Torres y Movilla Polanco* (2010) alude a que su papel de examinar si se ha vulnerado el derecho a la vida privada de los recurrentes se inscribe en el contexto del eventual incumplimiento de las obligaciones positivas que derivan del artículo 8 CEDH (§ 41).

Por otra parte, el Tribunal de Estrasburgo ha establecido en la Sentencia que ventila el asunto *Iribarren Pinillos* (2009) que «si el atentado al derecho a la vida o a la integridad física no es intencional, la obli-

do 4.1 del presente estudio, y a la que se refiere Manuel PULIDO QUECEDO en «Los efectos de la STEDH de 16 de noviembre 2004 –Caso *Moreno Gómez*– ante el Tribunal Constitucional: la lesión por ruido medioambiental ante el Tribunal Constitucional». *Actualidad jurídica Aranzadi*, 671 (2005), p. 8.

gación positiva de establecer un sistema judicial eficaz no exige necesariamente, en todos los casos, entablar acciones penales» (§§ 41 y 48).

3.3. LA APARICIÓN DE LA DEMOCRACIA MILITANTE

Como es bien sabido, la Ley Orgánica 6/2002 estableció la eventual disolución de los partidos políticos «cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático» [art. 10.2.c)]. «En palabras de la STC 48/2003 (FJ 7) “en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de ‘democracia militante’ esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución. Falta para ello el presupuesto inexcusable de la existencia de un núcleo normativo inaccesible a los procedimientos de reforma constitucional que, por su intangibilidad misma, pudiera erigirse en parámetro autónomo de corrección jurídica, de manera que la sola pretensión de afectarlo convirtiera en antijurídica la conducta que, sin embargo, se atuviera escrupulosamente a los procedimientos normativos. La [Ley Orgánica de partidos políticos] no acoge ese modelo de democracia. Ante todo, ya en la exposición de motivos parte de la base de la distinción entre ideas o fines proclamados por un partido, de un lado, y sus actividades, de otro, destacando que ‘los únicos fines explícitamente vetados son aquéllos que incurren en el ilícito penal’, de suerte que ‘cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos’. Y, en consecuencia con ello, en lo que ahora importa, la Ley contempla como causas de ilegalización, precisamente, ‘conductas’, es decir, supuestos de actuación de partidos políticos que vulneran con su actividad, y no con los fines últimos recogidos en sus programas, las exigencias del artículo 6 CE, que la Ley viene a concretar”» (STC 31/2009/13, de 29 de enero).

Sin embargo, la doctrina de la democracia militante ha entrado en nuestro país por la puerta de atrás, a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal recuerda, en la Sentencia recaída en el asunto *Herri Batasuna y Batasuna* (2009)¹⁵, que los partidos políticos expresan, a través de la asociación política, la libertad de defender ideas que puedan ser consideradas hirientes,

¹⁵ En relación con esta Sentencia ver, en el plano doctrinal, IGLESIAS BAREZ, Mercedes: «La ley de partidos políticos y el Test de convencionalidad Europeo: el diálogo entre el

chocantes o inquietantes en relación con las socialmente dominantes (§ 76). Sin embargo, a juicio del Tribunal, un partido solamente puede defender un cambio legislativo o de las estructuras legales o constitucionales si a) los medios utilizados son legales y democráticos y b) el cambio propuesto es compatible con los principios democráticos fundamentales [sic] (§ 79). Este último supuesto ya no alude a los medios, como hace nuestro Tribunal Constitucional, sino al fin ideológico, lo que permitiría excluir del debate político, en principio, a los clásicos partidos marxistas o fascistas, aunque estos no hicieran uso de medios violentos o se valiesen de medios ajenos al pluralismo político.

4. La jurisprudencia europea y el Tribunal Constitucional español

4.1. LA INFLUENCIA LIMITADA DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA: LOS ASUNTOS PENDIENTES¹⁶

Como es sabido, el artículo 10.2 de la Constitución dispone que los derechos fundamentales serán interpretados de conformidad con lo previsto en los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos en los que se haya implicado el Estado español. No resulta extraño que el Tribunal Constitucional haya tomado en consideración en

Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno a la ilegalización de Herri Batasuna y Batasuna», *Teoría y Realidad Constitucional*, 25 (2010), pp. 567 y ss., y RODRÍGUEZ-VERGARA DÍAZ, Ángel: «Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Batasuna ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: protección «multinivel» de derechos en Europa y régimen de los partidos políticos en España», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 35 (2010), pp. 195 y ss. Pueden consultarse, en materia cercana, las SSTEDH recaídas en los asuntos *Etxebarria, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea, Aiarako y otros, y Herritarren Zerrenda*. Mientras que en estas últimas se discute una eventual vulneración del derecho a participar en elecciones periódicas (art. 3 del Protocolo 1), en la dictada en el asunto *Herri Batasuna y Batasuna* se invoca, principalmente, el derecho de asociación. Como ya se ha adelantado, la construcción de estas resoluciones del Tribunal de Estrasburgo es muy distinta a la realizada por el Tribunal Constitucional español en las SSTC 5 y 6/2004, de 16 de enero de 2004, asunto *Herri Batasuna y Batasuna* o 99/2004, de 27 de mayo, asunto *Herritarren Zerrenda*, entre otras resoluciones en esta materia.

¹⁶ Nos centraremos en algunas materias, pero es oportuno dejar constancia de que podrían incluirse otras, como acredita, a título de ejemplo, el estudio de Alexandre H. Català i Bas («La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y su recepción por el Tribunal constitucional», *Dereito*, 2002/1, pp. 25 y ss.), Especial interés presenta la asunción, acrítica y no siempre coherente, de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre la intermediación en la segunda instancia penal, que arranca de la difundida STC 167/2002, de 18 de septiembre, y de la que no nos ocuparemos en estas páginas por presentar perfiles que justificarían dedicar un trabajo específico a esta materia.

multitud de ocasiones distintas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, intérprete auténtico del Convenio.

En algunas ocasiones la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en la doctrina constitucional ha sido muy importante. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en relación con la interdicción de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes (arts. 2 CEDH y 15 CE), como acredita la simple lectura de las clásicas SSTC 120/1990/9, de 27 de junio y 137/1990/7, de 19 de julio. En los últimos tiempos, también ha tenido acogida en nuestra jurisprudencia constitucional la vertiente procesal del mentado derecho examinada en líneas anteriores, presente en las SSTC 63/2008, de 26 de mayo, 123/2008, de 20 de octubre, 69/2008, de 23 de junio y 107/2008, de 22 de septiembre. En estas dos últimas resoluciones, el Tribunal declara vulnerado el derecho del recurrente en amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE). No vincula, pues, la lesión con el precepto material que prohíbe la tortura, sino con el derecho a la tutela judicial efectiva, imponiéndose en tales casos el canon reforzado de motivación.

Este desajuste entre la jurisprudencia europea y constitucional es puramente teórico, ya que no tiene efectos sobre el alcance del amparo realizado por las dos jurisdicciones. Se trata, en puridad, de un mejor encaje de la doctrina europea en el sistema español de los derechos fundamentales, que puede justificarse en razones dogmáticas.

No ha ocurrido lo mismo, sin embargo, en otros casos. Especialmente ilustrativo al respecto es lo acaecido en relación con las carencias normativas del Derecho español que, aunque hoy han sido superadas por vía jurisprudencial, han afectado a la regulación de la intervención judicial de las comunicaciones. Como es sabido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó, en el asunto *Valenzuela Contreras* (1998), que dicha deficiencia normativa provocó una lesión del derecho fundamental a la vida privada, pese a las cautelas adoptadas por el órgano judicial en las resoluciones judiciales afectadas (art. 8.1). El Tribunal Constitucional se separa de este criterio en la STC 49/1999, de 5 de abril, puesto que, tras establecer la lesión del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3) por haber producido un inadecuado desarrollo legal del precepto constitucional, considera, sin embargo, que esta vulneración, autónoma e independiente del artículo 18.3, «no implica por sí misma, necesariamente, la ilegitimidad constitucional de la actuación de los órganos jurisdiccionales que autorizaron la intervención». El propio Presidente del Tribunal, Cruz Villalón, se separa de este criterio, por cuestionar en su Voto Particular que las carencias en la calidad de la Ley pue-

dan ser neutralizadas *a posteriori* por la actuación judicial, aunque el Tribunal ha seguido manteniendo esta artificial distinción, como demuestra el reciente ATC 35/2010/3, de 9 de marzo.

Se evidencia, así, que no siempre el Tribunal Constitucional ha extraído todas las consecuencias de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos en lo que atañe a determinados derechos que se encuentran presentes tanto en el texto constitucional como en el internacional.

Justamente por este dato que se acaba de reseñar, resulta sorprendente el seguidismo mostrado por el Tribunal Constitucional a la hora de asumir la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con la dimensión positiva del derecho a la vida privada, en lo que se ha dado en llamar, de forma descriptiva, como el *derecho al silencio*. Aunque este derecho no se encuentra recogido en nuestra Constitución, que limita su protección a la intimidad, el Tribunal no ha tenido reparos en afirmar, en las SSTC 119/2001/6, de 24 de mayo y 16/2004/3, de 23 de febrero, que el ruido que afecte a los ciudadanos en sus domicilios vulnera los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, forzando así el alcance clásicamente conferido a estos derechos. Podría haber optado por un entendimiento distinto de la cuestión, separando el derecho fundamental a la intimidad, consagrado en el artículo 18.1 CE, del más amplio derecho a la vida privada, consagrado en el artículo 8.1 CEDH y que, por su carácter suprallegal, que no constitucional, éste debe ser amparado por la jurisdicción ordinaria pero no por el Tribunal Constitucional, ya que su única misión en materia de amparo se vincula con algunos derechos constitucionales.

4.2. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMO OBJETO DE CONTROL

Puede ser interesante detenernos en el examen, necesariamente sumario¹⁷, de las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo que examinan la regularidad de la actuación del Tribunal Constitucional. Es cierto que dicho control no debe sorprendernos, dado que el control ejercido por el Tribunal de Estrasburgo se realiza sobre el Estado español considerado en su conjunto. Por tal motivo, no resulta de extrañar que su censura pueda alcanzar a las acciones o inacciones del legislador (asunto *Valenzuela Contreras*, 1998), de la Administración (asunto *Ló-*

¹⁷ Ver, también, lo indicado en relación con el asunto *Ruiç Mateos* (1993) en el epígrafe sobre la jurisprudencia europea y el legislador español.

pez Ostra, 1994) y a los tribunales de justicia (asunto *Barberá, Mesegué y Jabardo* –1988–, entre otros muchos).

La decisión de dedicar un epígrafe específico a recordar cuáles han sido las carencias detectadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el funcionamiento del Tribunal Constitucional no tiene por objeto recordar todas las demandas dirigidas contra el Estado español en el que aquél ha intervenido, sino detenernos, más específicamente, en las quejas vinculadas, directamente, con su actuación.

Partiendo de esta premisa, debemos detenernos en uno de los puntos negros de la justicia española, cuál es la larguísima duración que suele acompañar a todo tipo de procesos judiciales¹⁸. No es una excepción el Tribunal Constitucional, que también incurre en algunos excesos temporales que han sido considerados desproporcionados por parte del Tribunal de Estrasburgo.

Así, por ejemplo, en la Sentencia recaída en el asunto *Díaz Aparicio* (2001) el Tribunal ha entendido que no resulta razonable (§ 22) que un recurso de amparo se evacue en un plazo global de tres años y dos días (§ 21), recordando, además que estuvo inactivo entre el 12 de diciembre de 1997 y su resolución final, que tuvo lugar el 22 de marzo de 1999. También se ha establecido la existencia de una dilación en la Sentencia que sustancia el asunto *Soto Sánchez* (2003)¹⁹, ya que el recurso de amparo tuvo una duración cercana a cinco años y medio de tramitación (§ 36) y en él se discutía la gravedad de la pena penal impuesta al recurrente (§ 41). En esta Sentencia se afirma que una respuesta del Tribunal Constitucional a los distintos requerimientos realizados por el recurrente «reconociendo y explicando la duración del procedimiento habría podido servir de base legal al demandante para solicitar reparación en virtud de los artículos 292 y ss. LOPJ» (§ 33).

Parece que la Sentencia recaída en el asunto *Soto Sánchez* (2003) es más matizada que la dictada en el asunto *Díaz Aparicio* (2001), en la medida en que aporta motivos adicionales que justifican la estima-

¹⁸ En relación con la jurisdicción ordinaria es la queja más repetida en la jurisprudencia europea, habiéndose tratado en casi todos los órdenes judiciales y siendo generalmente estimada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Puede consultarse, en este punto, las Sentencias recaídas en los asuntos *Ruiz Mateos* (1993), *González Doria Durán de Quiroga* (2003), *López Sole y Martín de Vargas* (2003), *Quiles González* (2004), *Alberto Sánchez* (2004), *Iribarren Pinillos* (2009), *Bendayan Azcantot y Benatal Bendayan* (2009) y *Moreno Carmona* (2009), examinadas *infra*, en el apartado 7.7 de este estudio.

¹⁹ Cfr. MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: «Dilaciones indebidas. Justicia constitucional y TEDH: La sentencia del TEDH Soto Sánchez c. España de 25 noviembre de 2003». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2003/2, pp. 115 y ss., y, con carácter general, ORTEGA CARBALLO, Carlos: «El derecho fundamental a no padecer dilaciones indebidas en la jurisprudencia del TEDH y el Tribunal Constitucional». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2010/15, pp. 169 y ss.

ción del recurso. Sin embargo, resulta difícil pedir que un Tribunal, compuesto por doce Magistrados, pueda tramitar y resolver más de doce mil asuntos en un año, sobre todo cuando los amparos conviven con procesos de constitucionalidad de disposiciones con fuerza de Ley, que también merecen una pronta respuesta por afectar a disposiciones generales.

No quiere argumentarse que el Tribunal Constitucional escape al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en tal materia, pero sí que éste debe ser comprensivo con la situación de sobrecarga que pesa sobre la institución española, entendiendo que estamos en presencia de un órgano constitucional cuyas dimensiones y medios personales y materiales imponen, con carácter general, una especial complejidad intrínseca en los asuntos que tramita. Lo que, sin embargo, resulta simplemente inadmisibles en términos jurídicos es que dicho control se ejerza por un Tribunal español que, como resulta obvio, no puede controlar la actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional²⁰.

El Tribunal de Estrasburgo ha examinado, por otra parte, si el Tribunal Constitucional ha vulnerado el derecho fundamental al proceso debido, en su vertiente del derecho a obtener una resolución judicial motivada, en la Sentencia recaída en el asunto *Ferre Gisbert* (2009). En su día, el Tribunal Constitucional inadmitió la demanda de amparo interpuesta por el recurrente, entendiendo que era extemporánea, ya que debió impugnar la providencia de inadmisión en la que se interesaba que se declarara la nulidad del procedimiento hipotecario sumario iniciado en su contra. Lo cierto es que en dicha providencia judicial se señalaba, equivocadamente, que dichas tachas de nulidad no podían ser sustanciadas al hilo del proceso declarativo, aunque así había ocurrido (tanto en instancia como en apelación) (§ 31). La Sala estima, partiendo de estos datos, que no podía considerarse extemporánea la demanda de amparo. «El Tribunal [de Estrasburgo] considera que la motivación de la impugnada decisión del Tribunal Constitucional es incoherente con las decisiones de las jurisdicciones civiles ordinarias que habían reconocido el carácter adecuado de la vía utilizada por el recurrente para reparar su derecho a la protección juris-

²⁰ Aludimos a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26 de noviembre de 2009 en la que se declara competente para determinar si se han producido dilaciones en los procesos habidos en el Tribunal Constitucional, que ha sido justamente criticada por César AGUADO RENEDO en «La responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo (con motivo de la STS de 26 de noviembre de 2009)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 90 (2010), pp. 335 y ss. Es forzoso recordar, igualmente, en esta materia, la Sentencia dictada por la Sección Tercera Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el 8 de julio de 2008 en el recurso 593/2006.

diccional. El recurrente se ha visto así privado de su derecho de acceso a un tribunal por una razón formal» (arts. 6.1 y 13 CEDH) (§ 32). Se ha impuesto, así, siempre a juicio del Tribunal de Estrasburgo, «una carga desproporcionada, que rompe el justo equilibrio entre, de una parte, el fin legítimo de asegurar el respeto de las condiciones formales para recurrir ante la jurisdicción constitucional y, de otra parte, el derecho de acceso a esta instancia. En este caso, rechazar el recurso de amparo por extemporáneo con el motivo de que debería haber sido interpuesto contra la providencia [...], mientras que tanto el juez de primera instancia como la jurisdicción de apelación examinaron, sin embargo, el fondo de las pretensiones de nulidad del recurrente, debe ser calificado, como mínimo, como una falta de seguridad jurídica que ha sufrido el recurrente» (§ 33).

Sin embargo, no vulnera el derecho a un recurso efectivo que el Tribunal se niegue a examinar un recurso interpuesto contra la providencia que acuerda la inadmisión de la demanda de amparo, puesto que dicha resolución solamente puede ser cuestionada, en el plano estatal, por parte del Ministerio Fiscal (recurso de súplica) (§ 38) y que el recurso efectivo, en tales casos, viene precisamente constituido por la demanda ante el Tribunal de Estrasburgo (§ 39).

Ambas resoluciones del Tribunal de Estrasburgo contienen una motivación razonable, y reconocen el derecho de los justiciables de que la respuesta que otorgue el Tribunal Constitucional a sus demandas de amparo sea motivada. Partiendo de este dato, resulta muy interesante saber cómo valorará el Tribunal europeo la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional en los últimos tiempos, y que se concreta en la mera cita del requisito incumplido que justifica la inadmisión de la demanda. Es probable que tal decisión solamente merezca ser cuestionada por el Tribunal de Estrasburgo en el supuesto de que la mera enunciación del requisito no sea suficiente para que el recurrente entienda los motivos concretos que justifican la inadmisión de su demanda²¹.

Finalmente, el Tribunal considera, en el asunto *De la Fuente Ariza* (2007), que «rechazar el primer recurso de amparo con el motivo de que el procedimiento no había concluido, y una vez que éste ha finalizado declararlo inadmisibles por falta de agotamiento, con el motivo de que el recurrente no había formalizado un recurso contra una decisión que declaraba expresamente que no podía ser impugnada, puede ser calificado, cuando menos, de ausencia de seguridad jurídica que ha sufrido el recurrente» (§ 27). Por este (más que discutible) argu-

²¹ Sobre estas cuestiones, puede consultarse MATIA PORTILLA, Francisco Javier: «La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86 (mayo-agosto 2009), pp. 343 y ss.

mento, el Tribunal concluye que se ha vulnerado el derecho de acceso al Tribunal Constitucional. Se afirma que es discutible porque, como resulta evidente, los motivos de inadmisión de los recursos forman parte del orden público procesal, por lo que el mero error inicial del Tribunal, advertido antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, no puede justificar la tramitación de una causa que no cumple con los requisitos legamente preceptivos para ello.

Debemos recordar, antes de poner fin al presente apartado, que el Tribunal inadmitió el motivo en el que se cuestionaba la falta de imparcialidad de la Presidenta del Tribunal Constitucional en el asunto *Polanco Torres y Movilla Polanco* (2010), ya que no existe ninguna apariencia de violación (§ 63). En esta misma asunto se afirma, de forma temeraria, que el Tribunal Constitucional ha discriminado a los recurrentes, por estimar el amparo solicitado de un medio editorial (cfr. STC 53/2006, de 27 de febrero) e inadmitir el interesado por otro (providencia de inadmisión de 16 de noviembre de 2000) en relación con su derecho a la vida privada. Olvidan los recurrentes que el Tribunal Constitucional ha estimado que la diligencia del periodista solamente se ha producido en uno de los casos, lo que explica el diferente criterio expresado en las resoluciones citadas. No es por tanto de extrañar que el Tribunal de Estrasburgo opine que, aunque aluden a los mismos hechos, los casos no son comparables (§ 60), por lo que se decida inadmitir la queja (§ 61).

5. La jurisprudencia europea y el legislador español

Antes de comenzar a desarrollar el contenido de este epígrafe conviene precisar que, con carácter general, el Tribunal de Estrasburgo examina el conjunto del Derecho español, escrito y no escrito, desde una perspectiva general e integradora, en la que le interesa determinar si existe, en la materia de su análisis, una injerencia en el derecho del Convenio de que se trate que ha sido prevista por la Ley y asegurarse de que ésta presenta una suficiente calidad.

Buena prueba de esta afirmación la encontramos en la difundida y polémica Sentencia *Valenzuela Contreras* (1998), en la que el Tribunal entendió que el Derecho español (conformado por la propia Constitución y ciertas disposiciones de la legislación procesal criminal, así como por normas no escritas, § 61) era deficiente en lo que afectaba a la intervención de las comunicaciones (§ 46), por lo que, aún valorando positivamente las cautelas adoptadas en las resoluciones judiciales cuestionadas (§ 56), entendió que se había vulnerado el derecho a la vida privada (art. 8.1 CEDH) (§ 61).

No es ésta, sin embargo, la única vez que la omisión normativa ha influido decisivamente en la estimación de la demanda interpuesta ante los órganos de Estrasburgo. La imposibilidad legal de que el representante de *Ruiz Mateos* (1993)²² pudiera intervenir ante el Tribunal Constitucional con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad relacionada con la expropiación sufrida provocó también la condena del Estado español, por comprometer el principio de igualdad de armas (§ 68), ínsito en el derecho al proceso debido (art. 6.1 CEDH). Es de justicia reseñar que esta Sentencia fue acompañada de numerosas opiniones separadas tanto concordantes como discrepantes. Aunque esta doctrina ha sido reiterada en la Sentencia recaída en el asunto *Gorráiz Lizárraga y otros* (2004)²³, la conclusión del Tribunal es distinta, denegando el amparo solicitado (§ 61). De un lado, porque la Ley impugnada tiene vocación general y no afecta exclusivamente a los demandantes (§ 58). De otro, porque las alegaciones presentadas por los demandantes ante la Audiencia Nacional fueron remitidas al Tribunal Constitucional (§ 60).

Se podrá estar de acuerdo o no con estas resoluciones del Tribunal de Estrasburgo²⁴, pero podremos convenir, en lo que ahora interesa, que el Estado español debería colmar estas y otras lagunas normativas allí detectadas. Dejando de lado la hipótesis de que nuestro Estado entienda que se ha producido manifiestamente un exceso por

²² Entre los comentarios habidos destacan los de Víctor FAIRÉN GUILLÉN («El plazo razonable y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: (La sentencia n.º 2/1992/147/420/Asunto *Ruiz Mateos* c. España)». *Revista de Derecho Procesal*, 1994/1, pp. 157 ss.). Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ («Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 en el asunto *Ruiz Mateos* contra España». *Revista Española de Derecho Internacional*, 1993/2, pp. 573 y ss.). Fanny CASTRO-RIAL GARRONE («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*, 1994/1, pp. 157 y ss.) y Ángel Gregorio CHUECA SANCHO («La sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Ruiz Mateos*». *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1994/3, pp. 553 y ss.).

²³ Esta Sentencia es interesante por otras razones. Interesa recordar ahora que su origen está en el recurso presentado por una asociación contra el embalse de Riaño. Aunque se personaron también particulares ante el Tribunal de Estrasburgo, éste entendió que tanto la asociación (que fue parte del proceso previo) (§ 36) como las personas físicas (cuyos intereses defendía aquella) (§ 39) se encontraban directamente afectados por la causa, porque (§ 48) la impulsión del embalse les afecta en sus modos de vida y en sus propiedades (§ 46). *Vid.*, en el plano doctrinal, BOIX PALOP, Andrés: «La primera Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a una convalidación legislativa española. STEDH de 27 de abril de 2004 (Asunto *Gorráiz Lizárraga y otros* contra España)». *Revista General de Derecho Administrativo*, 6 (2004).

²⁴ Es oportuno recordar que la Sentencia recaída en el asunto *Ruiz Mateos* (1993) contó con diversas opiniones separadas discrepantes, y que la Sentencia Valenzuela Contreras ha sido fuertemente cuestionada en nuestra doctrina, cfr. RODRÍGUEZ RUIZ, BLANCA Y DOMÍNGUEZ MANZANO, Begoña: «El caso *Valenzuela Contreras* y nuestro sistema de derechos fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 56 (1999), pp. 223 y ss.

parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dicha actividad normativa podría encontrar, además, natural cobijo en el artículo 81.1 de la Constitución y, con carácter general, en la reserva legal contemplada en el artículo 53.1 del mismo cuerpo normativo.

No deja de ser paradójico que el Estado haya colmado la laguna legal que admitía mayores reservas dogmáticas, como es la de intervenir la presencia de particulares en procesos de control de constitucionalidad, y que no haya hecho lo propio cuando lo exigido desde Estrasburgo no merecía ningún reproche doctrinal.

En efecto, el artículo 37.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone ahora, en su versión derivada de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que, «publicada en el Boletín Oficial del Estado la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días». Aunque esta disposición colma las carencias detectadas en el asunto *Ruiz Mateos* (1993), podría cuestionarse si la misma podría haber recogido exigencias añadidas a las exigidas por el Tribunal de Estrasburgo, que pecan de cierta generalidad, como podría ser la de que la norma con fuerza de Ley impugnada fuera de caso único o dirigida a una persona concreta. Más aún, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en el asunto *Gorráiz Lizárraga y otros* (2004) ha entendido que, tratándose de una ley que tiene voluntad general y no afecta de forma exclusiva a los recurrentes (§ 58), resulta suficiente con que el órgano judicial (en este caso, la Audiencia Nacional) hubiera remitido al Tribunal Constitucional las alegaciones realizadas por los demandantes (§ 60), lo que le lleva a excluir que se haya producido una lesión en el derecho al proceso debido (§ 61).

También aprecia el Tribunal de Estrasburgo una insuficiencia en la legislación relacionada con la devolución de menores, insuficiencia que ha sido resuelta a través de la LO 9/2002, que confiere realce penal a la sustracción de menores (§ 61).

Resulta más criticable, sin ningún género de duda, que el legislador orgánico no haya colmado en todo este tiempo las evidentes carencias que presentaba el artículo 579 LECrim, cuando las mismas comprometían un derecho fundamental y humano: el referido al secreto de las comunicaciones. Esta crítica no debe ser atemperada por el hecho de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya entendido, como ya se había adelantado en sede doctrinal²⁵, que el difundido Auto

²⁵ MATIA PORTILLA, Francisco Javier: «Legislador, derechos fundamentales y proceso». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58 (2000), p. 256.

del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 y los avances contenidos en la jurisprudencia constitucional (cfr. STC 45/1999, de 5 de abril), colman las lagunas del Derecho español en materia de secreto de las comunicaciones. En efecto, en la Sentencia recaída en el asunto *Prado Bugallo* (2003) se afirma que, a la vista de tal evolución jurisprudencial, se han paliado las deficiencias normativas anteriormente detectadas (§ 32), lo que no excluye la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, por haberse producido la misma con posterioridad a los hechos enjuiciados (§ 33).

A la vista de estas consideraciones, podemos concluir en la conveniencia de que el legislador español (especialmente el orgánico) esté atento a las debilidades normativas detectadas, en materia de derechos humanos, por el Tribunal de Estrasburgo y se apreste a subsanarlas en el plazo más breve posible.

Ahora bien, no toda intervención legislativa, que afecte a una situación subjetiva judicialmente establecida, merece el reproche del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la Sentencia recaída en el asunto *Gorráiz Lizárraga y otros* (2004) el Tribunal de Estrasburgo entiende que una Ley dictada por el legislador que afecta a la situación material establecida en sede judicial para determinados particulares no lesiona el derecho fundamental al proceso debido (§ 73). Considera el Tribunal que la modificación legislativa opera en un dominio evolutivo por naturaleza, como es el referido a la ordenación del territorio (§ 70), sin que pueda afirmarse que la Ley navarra «fuese aprobada con el fin de eludir el principio de la preeminencia del derecho», debiendo recordarse que la misma ya fue examinada por el Tribunal Constitucional (§ 72).

6. El margen de apreciación nacional: entre la comprensión y el exceso

Antes de desarrollar este epígrafe es oportuno aclarar que no pretendemos utilizar una aproximación dogmática al *margen de apreciación nacional*, que cuenta ya con magníficas aportaciones²⁶, sino aglutinar una serie de Sentencias del Tribunal Europeo cuya lectura permite adivinar que el órgano judicial ha sido consciente de que las materias examinadas debían ser enfocadas tomando en consideración el concreto caso español. Estamos en presencia, pues, de una especial defe-

²⁶ Entre ellas, la muy reciente de Javier García Roca: *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Civitas, Madrid, 2010.

rencia hacia el concreto enfoque de la cuestión adoptado por las autoridades españolas. Sin embargo, en una reciente Sentencia, el Tribunal europeo ha preferido dar un paso más adelante, provocando una manifiesta injerencia en una construcción jurisprudencial del Tribunal Constitucional que, además, era razonable.

6.1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y ANUNCIOS PROFESIONALES DE ABOGADOS

Partiendo, pues de la premisa de que la selección de resoluciones recogidas en esta Sección es absolutamente subjetiva²⁷, centremos nuestra mirada, en primer lugar, en la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo recaída en el asunto *Casado Coca* (1994). Como se recordará, la Sala tiene que decidir si los Colegios de Abogados pueden establecer límites a los anuncios publicados por sus miembros. Tras entender que el Colegio de Abogados es una autoridad pública a los efectos del Convenio (§ 39), afirma estar en presencia de una cuestión compleja, para la que están mejor posicionadas las autoridades colegiales o los jueces y tribunales del país que el juez internacional (§ 55), optando, finalmente, por entender que no hay lesión de la libertad de expresión (§ 57). Dos de los siete Magistrados discrepan del parecer mayoritario, formulando su opinión discrepante en la que sostienen que la injerencia en el derecho fundamental citado no era necesaria en una sociedad democrática.

6.2. LA ILEGALIZACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS Y LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN (ART. 11.1 CEDH)

En la difundida Sentencia *Herri Batasuna y Batasuna* (2009), a la que ya se ha hecho referencia con anterioridad, se afirma que la actuación estatal de ilegalización de un partido político se produce cuando las autoridades han realizado un examen minucioso de la situación y siempre que tal decisión se someta al estricto control ejercido por el Tribunal de Estrasburgo (§ 81). No es que dicha actuación estatal no sea incompatible con el Convenio, es que, siempre a juicio del Tribunal de Estrasburgo, viene exigido por esta norma, ya que el Estado debe impedir también los ataques a los derechos que provengan de sujetos distintos de la Administración Pública (en sentido lato) (§ 82).

²⁷ Por esta misma razón no incluiremos aquí el examen de algunas Sentencias, como son las referidas a los asuntos *Iglesias Gil y AUI, CC* y *De Diego Nafria*, aunque en ella se alude al margen de apreciación nacional (§§ 62, 35 y 42, respectivamente).

Es posible interpretar estas afirmaciones como un reconocimiento al problema de terrorismo que padece el Estado español, y como un respaldo a la lucha de las autoridades contra tal lacra.

La aplicación de estas ideas al supuesto que enjuicia lleva al Tribunal a entender que existe por parte de Batasuna y Herri Batasuna una «estrategia para conseguir su proyecto político, contrario en su esencia, a los principios democráticos contenidos en la Constitución española» (§ 87), dada la concurrencia de indicios esgrimidos por las jurisdicciones españolas, que evidencian que las citadas formaciones políticas han favorecido un clima de confrontación social y han supuesto un apoyo implícito al terrorismo de ETA (§ 85), sin excluir el uso de la fuerza (§ 86). No se presume infringido, pues, el derecho de asociación política.

En la misma dirección incide la Sentencia recaída en el asunto *Etxeberría, Barrena Arza, Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea, Aiarako y otros* (2009), que parte de la consideración general de que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para restringir el derecho a participar en elecciones periódicas (art. 3 del Protocolo 1), siempre que persigan un fin legítimo y no utilicen medios desproporcionados, y siempre que tal restricción cuente con la precisa base legal (§ 48), ya que estamos ante un derecho muy relevante en el marco de un Estado democrático (§ 47), pero que no tiene carácter absoluto (§ 48). Para que sea acorde con el Convenio, el Tribunal entiende que la restricción del derecho de sufragio pasivo debe no ser arbitraria (§ 50) y ser proporcionada. La primera condición se cumple por estar en presencia de una medida prevista en una Ley suficientemente previsible y accesible (§ 51) que persigue una finalidad compatible con el Convenio (la protección del Estado democrático) (§ 52). La segunda también, ya que la medida acordada ha sido proporcionada. Este dato se acredita si se recuerda que la decisión de cada Agrupación de electores ha sido individualizada y fiscalizada posteriormente por el Tribunal Constitucional (§ 53) y que se ha probado su pretensión de retomar las actividades de Batasuna y Herri Batasuna de apoyo a la banda terrorista ETA (§ 54). El Tribunal excluye que se haya pretendido coartar el discurso político nacionalista, ya que otras agrupaciones de tal signo ideológico han concurrido al mismo proceso electoral (§ 55), por lo que tampoco se ve comprometida la libre expresión del pueblo (§ 56). Esta argumentación, que va mucho más allá de la contenida en la STC 85/2003, de 8 de mayo, se retoma en la Sentencia recaída en el asunto *Herritarren Zerrenda* (2009) (cfr. § 43, superando igualmente la recogida en la STC 99/2004, de 27 de mayo).

6.3. EL MATRIMONIO GITANO

Si se recoge, en este apartado del presente estudio, la Sentencia recaída en el asunto *Muñoz Díaz* (2009)²⁸ es porque, a juicio del autor de estas líneas, el Tribunal tendría que haber mostrado mayor sensibilidad hacia el Estado español por diversas razones.

Recordemos, ante que nada, los datos referidos a esta resolución. En la misma, el Tribunal de Estrasburgo considera que se ha vulnerado el derecho de propiedad de la recurrente, por habersele denegado la pensión de viudedad que, a su decir, se justificaría en el matrimonio celebrado en su día atendiendo al rito gitano. Recuerda la Sección que en un primer momento solamente se encontraba abierta la vía del matrimonio canónico (§ 57) y que, con posterioridad, la recurrente pensaba, de buena fe, que se encontraba casada para el Estado (de un lado, porque creía que el rito gitano era válido y de otro porque se le expidieron algunos documentos oficiales a la familia por parte de las autoridades, §§ 59 y 62). Sin cuestionar el Derecho español, el Tribunal de Estrasburgo entiende que, por referirse la solicitud de la pensión a una persona de una minoría racial, los tribunales ordinarios deberían haber tomado este dato en cuenta y haber otorgado la prestación solicitada (§ 61). A juicio del Tribunal hubiera sido oportuno asimilar la situación de la recurrente a otras previstas en el Derecho (la buena fe de la convivencia en el matrimonio, aunque éste fuera nulo, art. 174 LGSS) y jurisprudencial (la falta de inscripción registral de un matrimonio canónico –STC 199/2004, de 15 de noviembre–) (§ 65). Se separa de este parecer el magistrado Myjer, quién considera que no existe discriminación alguna, ya que ni el rito matrimonial gitano es un tipo de matrimonio religioso (§ 80), ni el rito civil excluye a nadie para su eventual celebración (§ 79). El Tribunal se alinea con la posición defendida por el Magistrado Rodríguez-Zapata en el Voto Particular que acompaña a la STC 69/2007, de 16 de abril.

Esta Sentencia es cuestionable por muchas razones²⁹. Ahora nos interesa apuntar que el Tribunal europeo debería haber contemplado

²⁸ Esta Sentencia ha recibido un buen número de glosas doctrinales, entre las que destacan las de Fernando REY MARTÍNEZ («La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto *Muñoz Díaz vs. España*: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?». *Diario la Ley*, 7.344 (2010), Millán REQUENA CASANOVA («Sentencia de 08.12.2009. *Muñoz Díaz c. España*, 49151/07». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 36 (2010), pp. 563 y ss.) y Björn ARP («La protección de la minoría romaní: comentario al asunto *Muñoz Díaz c. España*, resuelto por el TEDH con sentencia de 8 de diciembre de 2009». *Revista General de Derecho Europeo*, 21, 2010).

²⁹ Desglosadas con mayor detalle en «Condena por una discriminación inexistente (Tribunal de Estrasburgo y matrimonio gitano)». *Revista Española de Derecho Constitucional*, en prensa.

la posibilidad de desestimar la cuestión atendiendo a un (razonable) margen de apreciación nacional en la materia, ya que estamos ante una cuestión social y políticamente controvertida, donde resulta preciso respetar las decisiones democráticas que en cada Estado se haya adoptado en la materia, siempre que no vulneren los derechos fundamentales. No deja de ser sorprendente, y criticable, que, tras aceptar la legitimidad del Derecho nacional, se espere que los garantes de su cumplimiento, jueces y tribunales, actúen contrariándolo.

6.4. LA SENTENCIA SOBRE EL *PRESTIGE*

Sí que ha mostrado la Gran Sala del Tribunal una especial comprensión (no sé si tanto con el margen de apreciación español, como con los muy peculiares perfiles del asunto sometido a su jurisdicción) en el asunto *Mangouras*. Como se recordará, al capitán del *Prestige* se le impuso una fianza de 3.000.000 de euros para eludir la prisión provisional. Lo que se discute ante el Tribunal Europeo (primero por la Sección Tercera, 2009, y luego por la Gran Sala, 2010) es si esa fianza no es desproporcionada y si se ha fijado al margen de la situación personal del imputado. La Gran Sala señala que la fianza supera los recursos personales del recurrente (2010, § 83), pero reconoce expresamente que los jueces nacionales se encuentran mejor posicionados para determinar si el medio profesional del recurrente podía ser legítimamente tomado en consideración (§ 85). Y entiende que sí por una serie de motivos que va desgranando a continuación: (a) preocupación creciente en relación con los delitos ecológicos, expresada a través de las normas penales (§ 86); (b) la importancia del daño ocasionado en las sanciones impuestas por el Tribunal Internacional del Derecho del mar (§ 89) y la relación del Capitán del navío con el armador (§ 90). El Tribunal 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), por lo que desestima la queja (§ 93). No comparten este parecer siete de los diecisiete Magistrados, que estiman que la fianza no se fijó tomando en consideración ni la situación personal del imputado ni para asegurar su presencia en el proceso.

7. La jurisprudencia europea y el Poder Judicial español

El grueso de las quejas relacionadas con el poder judicial suelen tener que ver, de forma tradicional, con alguna de las componentes del derecho al proceso debido. A continuación nos detendremos en las principales decisiones del Tribunal de Estrasburgo, aunque ya se han adelantado algunas referencias en líneas anteriores. Así, por ejemplo, en la citada Sentencia *Barberá, Messegué y Jabardo* (1988), a la que se ha hecho extensa referencia en el apartado segundo del presente estudio, quedó acreditada la indefensión sufrida por los recurrentes, que supuso igualmente una flagrante lesión de su derecho a un proceso con todas las garantías.

Nuestro propósito, ahora, es detenernos en los principales aspectos del derecho al proceso debido, recordando los principales pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia.

7.1. DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA

Nos detendremos, en este apartado, en el examen de la Sentencia recaída en el asunto *Lacárcel Menéndez* (2006). En dicho asunto, la Sala estima que el derecho de acceso a la justicia de la recurrente ha sido vulnerado (§ 38) porque, siendo consciente el órgano judicial del desequilibrio mental que demostrara en su declaración, debió ejercer de oficio un poder de intervención protectora o, como dispone el artículo 203 CC, excitar la intervención del Ministerio Fiscal (§ 37) en relación con la capacidad (más correctamente, incapacidad) de la recurrente. Por otra parte, «el razonamiento [judicial] fundado sobre la no retroactividad de una declaración de incapacidad aparece como demasiado formalista y no se concilia con el internamiento de la recurrente, contra su grado, en un hospital psiquiátrico, decretado por otros dos jueces de la misma localidad» (§ 39).

7.2. DERECHO A UN JUEZ IMPARCIAL

En diversas ocasiones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha preguntado, en sus Sentencias, si determinados órganos jurisdiccionales internos eran, o no, imparciales. Las resoluciones dictadas se han producido en el ámbito penal, militar y contencioso-administrativo.

En el plano penal destacan las Sentencias recaídas en los asuntos *Perote Pellón* (2002), *Gómez de Liaño y Botella* (2008) y *Vera Fernán-*

dez-Huidobro (2010), tres asuntos cuya tramitación en nuestro país alcanzó una especial repercusión por afectar a un agente de los servicios secretos, a un Magistrado y un alto responsable del Ministerio del Interior, respectivamente³⁰.

Habiendo quedado acreditado, en el asunto *Perote Pellón* (2002), que tanto el Presidente como un Magistrado del Tribunal Sentenciador habían intervenido en varios actos de instrucción de evidente relevancia, concluyó en que se había producido la aducida lesión en el derecho fundamental. Entre tales actuaciones previas destacaban las referidas al auto de procesamiento pronunciado contra el demandante y de prórroga de la prisión provisional (§ 51). En algunas de estas resoluciones judiciales se aludía a la existencia de indicios de culpabilidad «sólidos» o «sólidos y razonables» (§ 50), afirmaciones que comprometen la imparcialidad objetiva. Entiende el Tribunal que el reconocimiento de la lesión ya supone una satisfacción equitativa respecto del daño moral infringido (§ 61), por lo que no se acuerda indemnización alguna por este concepto.

Por otra parte, el Tribunal de Estrasburgo considera que también se ha vulnerado el derecho a un juez imparcial en el asunto *Gómez de Liaño y Botella* (2008), entendiendo que estamos, una vez más, en un caso de falta de imparcialidad objetiva. Tal lesión se habría producido porque los tres Magistrados que habían participado en la primera instancia (uno de ellos como ponente, y otros dos que habían acordado y confirmado la admisión de la querrela) lo hicieron también en la fase de enjuiciamiento. En esta última resolución (Auto de 3 de noviembre de 1998) se incluyen materias que tienen más que ver con el fondo del asunto (como son las referidas a las causas de justificación o circunstancias atenuantes), lo que permite intuir que los tres Magistrados ya se habían formado una opinión sobre la culpabilidad del recurrente (§ 68). Esto supone que «la imparcialidad de la jurisdicción de enjuiciamiento podía suscitar dudas serias en la medida en que todos sus miembros habían intervenido en numerosos actos de instrucción y, en particular, en la apelación» relacionada con la acusación (§ 71).

Más polémica ha sido, dentro del mismo Tribunal, la evaluación del asunto *Vera Fernández-Huidobro* (2010), en cuya demanda se cuestionaba la actuación de los jueces instructores (tanto del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 como del Juez delegado del Tribunal Supremo). Pues bien, la Sala recuerda, con cabal sentido común, que «el

³⁰ De los tres se ocupó, previamente, el Tribunal Constitucional a través de la providencia de 29 de junio de 1998 y SSTC 229/2003, de 18 de diciembre y 65/2001, de 17 de marzo, respectivamente. Véase también, en relación con el señor Vera Fernández-Huidobro, la STC 155/2002, de 22 de julio.

Juez Central de Instrucción era, al igual que el recurrente, Secretario de Estado en el seno del Ministerio del Interior. Dado que no puede excluirse que el Juez haya tenido contactos con miembros de ciertos cuerpos de la seguridad del Estado, o que haya tenido conocimiento de la gestión de los fondos reservados vinculados al citado Ministerio» (§ 122), puede concluirse que «la imparcialidad del juez de instrucción n.º 5 podría parecer sujeta a reserva», por lo que no responde a la exigencia de imparcialidad objetiva impuesta por el artículo 6 CEDH (§ 125).

Dicha ausencia de imparcialidad objetiva en el primer instructor de la causa no se traslada, sin embargo, a lo actuado, posteriormente, por el juez delegado del Tribunal Supremo. En efecto, éste repitió todas las declaraciones realizadas en la primera instrucción, acordó la realización de interrogatorios cruzados y de pruebas complementarias, por lo que la Sala concluye, en línea con lo acordado en su día por el Tribunal Constitucional español, que estamos en presencia de una nueva instrucción (§ 133), que no se encuentra viciada por la anteriormente realizada (§ 135).

Sin embargo, la decisión de la Sala se adopta por una ajustada mayoría de cuatro votos contra tres Jueces, que expresan su discrepancia a través de las oportunas opiniones separadas. El Juez Casadevall (y la Juez Power, que se adhiere a su voto) se pregunta si «los vicios y daños que resultan de la falta de imparcialidad exigida a un juez de instrucción pueden ser reparados por el simple hecho de que, siete meses más tarde, un nuevo juez instructor (proveniente de la jurisdicción suprema) sea designado, y se encargue de tomar un *dossier* ya contaminado y de tramitar, proseguir, continuar y/o concluir la instrucción» o debe acordarse la nulidad radical del proceso (§ 4). A su juicio los vicios detectados por la Sala influyen de forma ineluctable sobre la equidad del proceso ulterior (§ 5), sin que esta tacha se pueda subsanar a través de un control posterior de un órgano judicial (§ 6), por tratarse instrucción y enjuiciamiento de funciones distintas. Considera la juez Power que el nuevo instructor parte, en su trabajo, de la labor realizada por un juez parcial sobre la causa (§§ 9 y 10), lo que contamina el proceso y consagra la lesión del derecho al proceso debido, por falta de imparcialidad (§ 12). La Juez Power dicta un voto complementario al del Juez Casadevall, en el que se afirma que el derecho al proceso debido tiene un carácter absoluto y que el proceso es un todo orgánico, por lo que los defectos cometidos en una fase se pueden proyectar en las ulteriores (§ 5).

Finalmente, el voto discrepante del Juez Zupančič aunque incide en los mismos argumentos, pretende dotarse de un vasto y, en ocasiones, pretencioso marco doctrinal (sosteniendo, por ejemplo, que es

contradictorio en sus términos la referencia juez instructor, o afirmando que éste hereda la posición del infame inquisidor de la santa inquisición, §§ 4 y 6). No estamos persuadidos, sin embargo, de que la decisión de que la instrucción se deje en manos de órganos judiciales sea una decisión errónea, sobre todo si la otra opción es confiarla al Ministerio Fiscal, cuyo máximo responsable no siempre ha actuado con la independencia que reclama su estatuto jurídico³¹.

La Sentencia dictada en el caso *Castillo Algar* (1998)³² se vincula a un proceso militar. Aunque la Sala considera evidente que ha vulnerado el derecho al juez imparcial, dado que dos Magistrados del Tribunal militar sentenciador habían formado parte de la Sala que confirmó el auto de procesamiento (§ 49), concluyó que la concurrencia de tal lesión no podía traducirse, como sostenía la representación del recurrente, en un pretendido derecho de ascenso en la escala militar. Y este hecho ha sido confirmado en el ATC de Pleno 96/2001/3, de 24 de abril.

Finalmente, debemos ocuparnos de la Sentencia *Pescador Valero* (2003), que afecta a un proceso contencioso-administrativo. En este caso, la imparcialidad se ve comprometida si, en un proceso contra la Universidad, interviene como Magistrado un profesor Asociado de la Universidad demandante. La Sala no considera en modo alguno convincente el argumento de que pudiera denegarse la recusación por haberse instado tardíamente, por entender la Sala que ya conocía anteriormente la vinculación del Magistrado con la Universidad (§ 26). No se desprende este dato, desde luego, del expediente, y se funda en una presunción que no ha quedado acreditada (§ 26). Las dudas sobre dicha imparcialidad del demandante son, además, legítimas, dado que el Magistrado recibía igualmente haberes de la Universidad (7.200 euros anuales en opinión del Gobierno) (§ 27). Hubo así violación del derecho invocado (§ 29), lo que se satisface a través de una indemnización por daño moral (§ 33).

³¹ Vid., del autor de estas líneas, «La politización de las instituciones: mito y realidad». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 13 (2010), pp. 38 y ss.

³² Resolución comentada, entre otros, por Ángel ARIAS DOMÍNGUEZ («Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Castillo Algar*, de 28 de octubre de 1998». *Revista Española de Derecho Militar*, 76 (2000), pp. 153 y ss.), Luis RODRÍGUEZ RAMOS («La imparcialidad judicial objetiva. Comentario a la STEDH de 28 de octubre de 1998». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 376 (1999), p. 1), y José JIMÉNEZ VILLAREJO («Análisis de la sentencia del TEDH de 28/10/98 dictada en el caso *Castillo Algar*». *Revista del Poder Judicial*, 55 (1999), pp. 489 y ss.). Ver, también, con carácter general, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: *La contaminación procesal: el derecho al juez imparcial*. Comares, Granada, 1999.

7.3. DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS

En el asunto *Tejedor García* (1997), el Tribunal de Estrasburgo considera que no vulnera el derecho al proceso debido la admisión a trámite de un recurso del Ministerio Fiscal dirigido contra un auto de sobreseimiento acordado dos meses antes, dado que no consta en las actuaciones la fecha de recepción de su certificación (§ 33). Solamente uno de los once Magistrados, Valticos, discrepa de este parecer, acuciado por una sensación (*sic*). Tampoco se lesiona dicho derecho cuando el órgano judicial inadmite la oposición al pago de una letra que fue indebidamente realizada, por hacerse a nombre de una persona física y no de la persona jurídica obligada (STEDH Edificaciones March Gallego, 1998, § 36).

7.4. DERECHO DE DEFENSA

En líneas anteriores ya hemos hecho referencia a las Sentencias recaídas en los casos *Barberá, Messegué y Jabardo I* (1988) y *Ruiz Mateos* (1993). En ambos casos, aunque por distintas razones, se había producido una indefensión en los recurrentes, aunque de muy distinta entidad y consecuencias. Nos corresponde ahora centrar nuestra mirada en otras Sentencias del Tribunal de Estrasburgo.

Un supuesto habitual en el que puede generarse indefensión es cuando se celebra un proceso judicial en ausencia del afectado. Nuestro Tribunal Constitucional tiene dicho que no hay indefensión material que merezca ser reparada cuando queda acreditado que el recurrente tuvo un conocimiento extraprocesal del proceso y optó, libremente, por no personarse en la causa. Esto es precisamente lo que ocurre en el asunto *Cañete de Goñi* (2002)³³. Y el Tribunal de Estrasburgo ha optado, mayoritariamente, por respetar el (razonable) criterio de nuestra jurisdicción constitucional. En efecto, cinco de los siete magistrados afirman expresamente que el criterio mantenido por el Tribunal Constitucional en la STC 152/1999 «completa el artículo 64» LJC-A (§ 41), y que dicha interpretación no parece arbitraria, por lo que no hay vulneración del derecho alegado (§ 42). Sin embargo, el Juez Casadevall emite una opinión disidente, a la que se adhiere la juez Straznicka, ya que, a su juicio, no existe prueba de que la demandante tuviera noticia del proceso.

³³ Cfr. PULIDO QUECEDO, Manuel: «La doctrina constitucional sobre los emplazamientos en el proceso contencioso-administrativo ante el TEDH (Caso *Cañete de Goñi* c. España)». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2002, pp. 2067 y ss.

Tampoco concurrió una indefensión material en el asunto *Verdú Verdú* (2007), aunque se haya constatado la falta de traslado del escrito adhesivo interpuesto por la acusación particular en relación con el recurso de apelación promovido por el Ministerio Fiscal a la defensa del acusado (§ 28), puesto que no aportaba nada distinto o novedoso. Se separan de esta decisión adoptada por cinco Magistrados, los jueces Lorenzen y Villiger, por entender que «es preferible permitir que sea el acusado quien decida en relación con la pertinencia que pueda presentar un documento para su defensa, porque está en mejor posición para hacerlo».

Finalizamos este apartado con la Sentencia *Díaz Ochoa* (2006), en la que el Tribunal sí ampara al recurrente, entendiendo que la inadmisión de un incidente de nulidad de actuaciones por ser considerado extemporáneo genera indefensión. Si bien es cierto que se interpuso fuera del plazo legalmente previsto (cinco años), «la combinación de los hechos enjuiciados, en la medida en que el recurrente no podía conocer el procedimiento contra él dirigido mientras que su dirección figura en la documentación sometida para el procesamiento al órgano judicial, ha tenido por efecto privarle de un acceso efectivo a un tribunal a fin de defenderse. Además, las jurisdicciones a las que se interesó la nulidad de actuaciones y el recurso de amparo, no han remediado tal ausencia de participación en el proceso principal procediendo a una interpretación excesivamente restrictiva del Derecho» (§ 50).

7.5. DERECHO A OBTENER UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL MOTIVADA

7.5.1. *La motivación como elemento inescindible de la labor judicial*

Aunque bajo este subepígrafe pueden ser analizadas casi todas las resoluciones dictadas por el Tribunal de Estrasburgo (puesto que una correcta fundamentación evitaría cualquier lesión sobre cualquier derecho –fundamental o no– o interés legítimo) nos centramos ahora en algunas de ellas.

Tres de ellas guardan relación directa con la incongruencia omisiva, que se produce cuando el órgano judicial no da respuesta a las pretensiones de las partes, o a los argumentos defendidos ante los tribunales. Son las referidas a los asuntos *Hiro Balani* (1994), *Ruiz Torija* (1994) y *García Ruiz* (1999). En las dos primeras³⁴ estima la Sala que

³⁴ Que han sido glosadas por LUIS JIMENA QUESADA en «Comentario a las sentencias de 9 de diciembre de 1994 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Caso *Ruiz Torija*

los órganos judiciales españoles no dieron respuesta a los alegatos de los recurrentes (referidos a la oposición de cancelación de una marca y a la eventual prescripción de una demanda de desahucio, respectivamente –§§ 31 y 30–). Ambas Sentencias se acompañan de la Opinión disidente del Juez Bernhardt. Si existe unanimidad en la Sentencia que ventila el asunto *García Ruiz* (1999), en la que se considera que el alegato sobre la incongruencia omisiva es infundado (§ 29).

Por lo demás, el derecho a la motivación de las Sentencias ha sido frontalmente tratado en las Sentencias *Pérez Arias* (2007) y *Juez Albizu* (2009). En el primer caso, para dejar claro, por si fuera preciso, que este derecho no se ve comprometido porque distintos órganos judiciales realicen una distinta interpretación de una misma normativa, siempre que ninguna de ellas sea irrazonable. Y es que «extender el principio de igualdad en aplicación de la Ley a lo que resulte en decisiones posteriores implicaría la revisión de todas las resoluciones definitivas anteriores que fueran contradictorias con las más recientes, actuación que sería contraria al principio de seguridad jurídica» (§ 27).

La libertad del órgano judicial no es ilimitada, puesto que no puede incurrir en respuestas irrazonables, irracionales o arbitrarias. Y este canon lleva al Tribunal de Estrasburgo, en línea con lo expuesto en los Votos Particulares de los Magistrados García-Calvo y Montiel y Rodríguez-Zapata Pérez que acompañaron a la STC 325/2005, de 12 de diciembre, a estimar la demanda *Juez Albizu* (2009), entendiendo que resulta irrazonable afirmar en la vía judicial ordinaria que el recurrente no aportó a la causa un contrato de compraventa (cuando su pretensión evidente era defender que un contrato de arras era, en realidad, un contrato de compraventa). La inadmisión por una cuestión formal cuando lo que suscitaba era, en realidad, un motivo de fondo, desconoce el citado derecho (§ 23). Pero es que, además, resulta que la Sala se remite a las consideraciones realizadas en primera instancia sin justificar esta decisión (§ 24), contradictoria por lo demás con lo anterior, y dejando de responder cuestiones expresamente suscitadas en el recurso de apelación (§ 25)

7.5.2. *La no incorporación de datos íntimos en las resoluciones judiciales*

El asunto *CC* (2009) tiene su origen judicial en la demanda que el recurrente presenta contra una compañía de seguros y ésta sostiene que él había ocultado, en el momento de contratar su póliza, que era

ja contra España y Caso *Hiro Balani* contra España». *Revista General de Derecho*, 631 (1997), pp. 3707 y ss.

portador del VIH. El recurrente pide entonces que no conste su filiación completa en el proceso, y que se celebre el juicio a puerta cerrada. Aunque la Sala estima que el dato de la enfermedad era relevante en el marco del proceso que se ventilaba (§ 29), se cuestiona si la divulgación de su filiación es necesaria en una sociedad democrática (§ 30). Pues bien, dado que «la divulgación de tales informaciones [relativas a la seropositividad] pueden tener consecuencias devastadoras sobre la vida privada y familiar de la persona afectada y sobre su situación social y profesional, pudiendo exponerla al oprobio y a un riesgo de exclusión (Z. c. *Finlandia*, § 96)», debe pesar más la protección de la confidencialidad que otros intereses en juego (§ 33), lo que lleva a la Sala a realizar un examen más riguroso de la queja (§ 34).

Aunque los Estados gozan de un amplio margen de apreciación en lo que atañe a la ponderación entre la publicidad de la justicia y la protección de datos de carácter personal, la amplitud del mismo dependerá, en todo caso, de factores tales como la naturaleza e importancia de los intereses en juego y de la gravedad de la injerencia (§ 35). Como el ordenamiento español permite al juez limitar la publicidad en determinados casos (arts. 232.2 y 266.1 LOPJ) (§ 37), como ha hecho en ocasiones el Tribunal Constitucional y el mismo Tribunal de Estrasburgo (§ 39), este último estima que la publicación en todas las comunicaciones de la identidad del recurrente, asociada a su estado de salud, en el juicio celebrado ante el Juez de Primera Instancia no estaba justificado por ningún motivo determinante (§ 40), por lo que concluye en la violación del derecho a la vida privada (§ 41). Se reconoce así una satisfacción equitativa al recurrente por los daños morales sufridos (§ 45).

7.6. DERECHO AL RECURSO

7.6.1. Generalidades

Sobre este derecho existe una abundante jurisprudencia que, por su interés, conviene sistematizar, partiendo del dato de que la existencia de recurso judicial es fruto de la libre decisión del legislador, salvo lo que atañe, claro está, al proceso penal, en el que debe asegurarse la doble instancia. Sin embargo, si se trata de un derecho civil, el artículo 6 constituye una *lex specialis* del derecho al recurso recogido en el artículo 13, por lo que no resulta preciso examinar si éste ha sido vulnerado (asuntos *Stone Court Shipping Company, S.A.*, 2003, § 46 o *Brualla Gómez de la Torre*, 1997, § 41, entre otros muchos).

Los problemas que ahora nos interesan guardan relación, fundamentalmente, con la debida o indebida forma en que se han interpuesto dichos recursos, o con los requisitos que legalmente se anudan a los mismos y que solamente pueden ser censurados, en la práctica, si cierran de forma injustificada la vía judicial.

En relación con la forma de presentar los recursos se han planteado dos problemas específicos. El primero sobre la interposición del recurso en el Juzgado de Guardia. En el caso que nos ocupa, intitulado *Stone Court Shipping Company, S.A.* (2003), la demandante presentó «el recurso, la víspera de la fecha límite del plazo ante el Juzgado de Guardia», posibilidad no prevista en la legislación española. Aunque el defecto es innegable, el Tribunal entiende que no existió negligencia, «teniendo en cuenta el hecho de que el día *a quo* era controvertido, y por otro lado, fuera de las horas de apertura del Registro General del Tribunal Supremo» (§ 41). En efecto, el «cálculo de treinta días laborales del plazo podía plantear problemas, debido a que el calendario del período de las vacaciones de Pascua varía entre las Comunidades Autónomas» (§ 39). Se ha producido una «interpretación excesivamente rigurosa hecha por los tribunales de una norma procesal» (§ 42), por lo que ha existido lesión del derecho invocado (§ 43), que debe traducirse en el reconocimiento de una satisfacción equitativa (§ 51). Dos de los siete Magistrados discrepan de este criterio a través de la Opinión disidente de Pastor Ridruejo, a la que se adhiere Maruste, recordando que el acceso al registro del Juzgado de Guardia es un privilegio y, por ello mismo, limitado, vinculado a que se realice el último día del plazo.

También es muy interesante la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo relacionada con la interposición de recursos a través del correo postal, y que viene marcada por los asuntos *Pérez de Rada Cavanillas* (1998) y *Rodríguez Valín* (2001). En la primera de ellas se considera vulnerado el derecho de acceso al recurso, por la inadmisión del recurso de reposición que, aunque cursado por vía postal en plazo, llegó al juzgado 48 horas después de la expiración del plazo legalmente previsto de tres días (§§ 46 y 50), constituyendo la propia Sentencia satisfacción equitativa suficiente (§ 54). No ocurre lo mismo en la más reciente *Rodríguez Valín* (2001), en la que se desestimó el recurso. El demandante envió por vía postal el recurso de amparo el mismo día en que vencía el plazo para interponerlo, siendo recibido un día más tarde. En este caso, el Tribunal entiende que ha habido falta de diligencia por parte del recurrente, a diferencia de lo resuelto en Rada, ya que *a*) el plazo de amparo era de veinte días (y no de tres, como en el caso citado) y que *b*) el demandante es abogado en ejercicio, por lo que debía conocer la aplicación práctica de los pla-

zos seguidos en el alto tribunal. Impetrando el recurso el día final y a través de vía postal, debía saber que era imposible que llegara en plazo (§ 28).

Otros problemas relacionados con el derecho de acceso a los recursos guardan relación con aspectos tales como el cómputo del plazo y la exigencia de consignación previa. El Tribunal de Estrasburgo se alinea en la Sentencia *Miragall Escolano y otros* (enero 2000) con lo sostenido en el Voto Particular suscrito por los Magistrados Vicente Gimeno Sendra, Enrique Ruiz Vadillo y Manuel Jiménez de Parga y Cabrera que acompaña a la STC 160/1997, de 2 de octubre, al entender que «el derecho de acción o el de los recursos ha de ejercitarse desde el momento en que las partes puedan efectivamente conocer la resoluciones judiciales que les ocasionan gravamen o lesionan sus derechos o intereses legítimos». Y es que, en palabras del Tribunal de Estrasburgo, «la notificación [...] sirve para dar a conocer la decisión del Tribunal así como los fundamentos que la motivan, para, dado el caso, permitir a las partes recurrir» (§ 37 *in fine*). Estamos, igual que en el caso *Pérez de Rada Cavanillas* (1998), ante una «interpretación excesivamente rigurosa» que privó a los demandantes de su derecho de acceso a los tribunales³⁵. El Tribunal confiere un plazo de tres meses para que los demandantes y el Estado lleguen a un acuerdo para fijar la satisfacción equitativa³⁶. Uno de los siete magistrados Pellonpää, se separa de este parecer, recordando que miles de farmacéuticos presentaron sus reclamaciones en plazo.

También se confiere el amparo solicitado en el asunto *García Manibardo* (2000)³⁷, en el que se censura la indebida inadmisión de un recurso, por falta de consignación, cuando el recurrente había solicitado el beneficio de justicia gratuita. La imposición de tal obligación impidió a la demandante valerse de un recurso existente y disponible, por lo que entiende que sí existió vulneración del citado derecho (§ 45), sin que ello deba concretarse en un satisfacción equivalente monetaria (§ 49), limitándose a conceder costas y gastos (§ 52).

³⁵ § 38. No se comparte el criterio expresado en la STC 42/1997, de 10 de marzo, en la que la Sala Segunda deniega el amparo solicitado entendiendo que ni se ha impedido el acceso a la justicia (de hecho, es una Sentencia de fondo la que determina prescrita la acción, FJ 3) ni estamos en presencia de una motivación irrazonable o arbitraria (FJ 4). El Tribunal considera además que el recurrente era conocedor de la Sentencia que pretendía cuestionar por haber participado en aquel proceso el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos (FJ 5).

³⁶ Así ocurre, como se acredita en la STEDH *Miragall Escolano y otros II* (mayo 2000).

³⁷ Ver MARÍN LÓPEZ, Juan José: «Consignación para apelar en el juicio verbal del automóvil y justicia gratuita». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 444 (2000), pp. 1 y ss.

Finalmente, no se entra en el examen de esta queja en el asunto *Gurguchiani* (2009, § 51).

7.6.2. La jurisprudencia relacionada con el recurso de casación

Antes de finalizar este apartado del presente estudio, debemos dar cuenta de la abundante jurisprudencia en la que se examina si las exigencias anudadas a dos concretos recursos (los de casación y amparo) imposibilitan el adecuado ejercicio del derecho de los recurrentes a la tutela judicial efectiva.

En relación con el recurso de casación, debemos recordar las Sentencias *Brualla Gómez de la Torre* (1997), *Sáez Maeso* (2004), *SALT Hiper, S.A.* (2007), *Barrenechea Atucha* (2008), *Golf de Extremadura* (2009) y *Llavador Carretero* (2009). En la primera de ellas, la Sala afirma que el formalismo del recurso de casación no vulnera el derecho al proceso debido, dado que existieron dos instancias civiles previas (§ 38). Ahora bien, lo que el Tribunal de Estrasburgo no acepta es que se inadmita por Sentencia un recurso de casación que había sido admitido años antes. Esta discutible jurisprudencia arranca del caso *Sáez Maeso* (2004), en el que el demandante vio «cómo su recurso de casación era rechazado por falta de formalidad en la fase de admisión, cuando su recurso había sido admitido» siete años antes (§ 26). Y ello, a pesar de que «la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, prevé informar a las partes de la presencia de un eventual motivo de inadmisión» (§ 27). El «plazo de siete años entre las dos decisiones del Tribunal Supremo, destruyó la relación de proporcionalidad entre las limitaciones como las aplicadas en este caso» (§ 30). La interpretación particularmente rigurosa de una regla de proceso privó al demandante de su derecho de acceso a un Tribunal (§ 30), por lo que se acuerda una satisfacción equitativa que repare el daño moral causado (§ 35). También se condena al Estado español en el asunto *SALT Hiper, S.A.* (2007), porque el Tribunal Supremo inadmite a través de Sentencia un recurso de casación (§ 14) por entender que se encuentra defectuosamente preparado cuando, previamente, lo había admitido a trámite mediante Auto recaído en recurso de queja contra el Auto por el que el Tribunal Superior de Cataluña denegaba su preparación (§ 10), «sin explicación sobre ese cambio y sin seguir un procedimiento de rectificación» (§ 26). La misma senda es seguida en la Sentencia que ventila el asunto *Barrenechea Atucha* (2008) en el que se considera excesivamente formalista (§ 35), que el Tribunal termine inadmitiendo dicho recurso en fase de Sentencia, cuando cinco años antes (§ 33) había acordado su admisión mediante Auto, sin haberle dado trámite de alegaciones en las que pudiera cuestionar los argumentos maneja-

dos por las instituciones vascas concernidas (§ 34). Lo mismo ocurre en el asunto *Golf de Extremadura* (2009), siendo el lapso de tres años, lo que lleva al Tribunal de Estrasburgo a condenar al Estado español, haciendo ver que el enfoque excesivamente riguroso del Tribunal Supremo en este caso atenta contra la esencia misma del derecho de la recurrente a un tribunal, componente de su derecho al proceso debido garantizado por el apartado 1 del artículo 6 del Convenio (§ 27). Y se reitera esta jurisprudencia en el asunto *Llavador Carretero* (2009) (§ 23).

Ya adelantamos, al examinar el control ejercido sobre el Tribunal de Estrasburgo sobre las resoluciones judiciales que inadmiten recursos de amparo, que es razonable exigir que en ellas se aporten los argumentos jurídicos que fundamentan tal decisión³⁸. Pero, señalado ello, es cuestionable que el Tribunal de Estrasburgo censure las Sentencias que inadmiten un recurso por incurrir en una causa de inadmisión legalmente prevista. Puede ser llamativo que dicha decisión se adopte en Sentencia y no a través de Auto, o que las razones esgrimidas para ello puedan variar. Lo relevante, pese a todo, es determinar si las mismas se aplican de forma razonable o no. Y si lo son, entonces procede decretar la inadmisión. De un lado, porque así se respeta el orden público procesal. De otro, porque la resolución de la causa que incurre en una causa de inadmisión compromete el derecho a la tutela judicial de la contraparte.

7.7. DERECHO A UN PROCESO SIN DILACIONES INDEBIDAS

Son muchas las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo que han evidenciado uno de los mayores problemas que suscita nuestro modelo procesal, que no es otro que las causas incurran en endémicas dilaciones indebidas.

Esta crítica, concretada en la condena del Estado español, se ha realizado tanto en relación con el poder judicial como respecto del propio Tribunal Constitucional, y afecta a todo tipo de órganos judiciales y de órdenes procesales. Centramos ahora nuestra mirada en las primeras, puesto que las segundas ya han sido examinadas en el epígrafe 4.2 del presente estudio.

Así, en el asunto *Unión Alimentaria Sanders* (1989)³⁹, se considera que una dilación indebida de cinco años, dos meses y trece días en

³⁸ Ver apartado 4.2.

³⁹ Vid. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Rossana: «Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de julio de 1989 en el asunto *Unión Alimentaria San-*

la tramitación de un proceso civil de mayor cuantía (§ 30), no puede justificarse en la saturación que padecen determinados órganos judiciales (§ 40). Es oportuno hacer notar que sobre esta cuestión (o, más exactamente, una muy cercana pero distinta) se había pronunciado el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia 5/1985, de 23 de enero. Se dice que es cercana porque mientras que el Tribunal estatal examina la licitud de la tramitación de la primera instancia, el europeo considera que el plazo alcanza hasta la notificación del fallo habido en primera instancia. En la Sentencia se desestima el amparo solicitado, pese a reconocer excesivo el plazo habido, dada la complejidad de la causa y el escaso perjuicio que el paso del tiempo ha podido provocar en la sociedad recurrente (FJ 8), y de este parecer discrepa el Magistrado Tomás y Valiente que defiende la estimación del recurso, con una argumentación más clara que la mantenida por la mayoría de la Sala.

En el asunto *Ruiz Mateos* (1993), se estima que no es razonable que un proceso interdictal tendente a la recuperación de sus bienes dure siete años y nueve meses (§ 53). Tampoco considera de recibo el Tribunal, en la Sentencia que ventila el asunto *González Doria Durán de Quiroga* (2003), que un proceso penal pueda durar catorce años, cuatro meses y cinco días (§ 30), pese a que concurra cierta complejidad por el número de documentos a examinar y a que dicho retraso haya contribuido el propio demandante (§ 34). Idénticos argumentos se manejan en el asunto *López Sole y Martín de Vargas* (2003) (§§ 30 y 34, respectivamente) en relación con una causa que duro catorce años, ocho meses y dos días. Aunque la causa impulsada por el señor *Quiles González* (2004) ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social tuvo una duración menor (*solamente* seis años, once meses y trece días, § 22), el Tribunal entiende que también se ha incurrido en dilaciones indebidas (§ 29), dado que el asunto no presentaba complejidad alguna y que el demandante no ha provocado retrasos notables (§ 26). Existe, en particular, un evidente lapso de inactividad, entre la presentación del recurso de apelación ante el TSJ de Valencia y su desestimación, período de inactividad de cerca de cuatro años (§ 27), sin que pueda justificarse éste, como pretende el gobierno, en el exceso de trabajo del órgano judicial. También ampara el Tribunal al señor *Alberto Sánchez* (2004), entendiendo que la resolución del procedimiento contencioso-administrativo relacionado con su demanda de traslado tuvo una duración irrazonable de cinco años, cuatro meses y tres días (§ 37). El Tribunal concluye que ha concurrido tal dilación

ders, S.A.». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 17-20 (1989-1992), pp. 389 y ss.

(§ 50), dado que *a*) transcurrió más de un año antes de que el TSJ declinara su competencia, y *b*) la Audiencia Nacional tuvo que reclamar en varias ocasiones el expediente a la Administración, que solamente lo entregó completo cuatro años y seis meses después de la demanda (§ 48). En todo caso, «una duración global de cinco años, cuatro meses y trece días por un incidente de competencia de jurisdicción y una única instancia sobre el fondo no podría, en sí misma, ser considerada como acorde con las exigencias del plazo razonable garantizado por el artículo 6.1» CEDH (§ 49). En el asunto *Iribarren Pinillos* (2009), relativo con la indemnización exigida al Estado después de que el recurrente recibiera el impacto de un bote de humo que le ha provocado serios problemas de salud también se han producido dilaciones, dado que el período transcurrido (en el que se incluye la vía penal previa, tendente a identificar al agente culpable del delito de lesiones, § 65) es de once años y diez meses (§ 67), sin que tan amplio plazo pueda justificarse en la cierta complejidad que el mismo presenta.

Especial interés presenta el asunto *Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan* (2009) porque el retraso denunciado se produce en la ejecución de un fallo penal. Es evidente que la dilación concurrió (§ 75) ya que la misma tuvo lugar siete años, nueve meses y veintisiete días después de que fuera decretada (§ 70), a pesar de que la misma se hubiera complicado por diversos factores (muerte del condenado, sucesión testamentaria, disolución de la sociedad de gananciales, etc.) (§ 74). Lo relevante es si estamos ante una simple dilación indebida, en la que procede acordar una satisfacción equitativa que colme el daño moral ocasionado, o si, como sostienen los Magistrados Ziemele y Saiz Arnaiz en su Voto Particular, lo que se ha producido es una inejecución del fallo judicial, que debería entonces repararse a través de la *restitutio in integrum*, y no, como se ha hecho, acordando una cantidad muy inferior a la efectivamente adeudada.

También presenta cierto interés la Sentencia recaída en el asunto *Moreno Carmona* (2009). No tanto por lo que resulta obvio (y es que una instrucción penal que dura trece años y casi seis meses, concluyendo con una providencia que declara prescrito el delito, incurre en manifiestas dilaciones indebidas —§ 50—, especialmente visibles en el parón de cinco años que sufrió la causa tras la apertura de la fase oral —§ 54—), sino porque en la misma el Tribunal realiza dos afirmaciones de evidente interés y sentido común. La primera es que no puede exigirse que el acusado inste la aceleración del proceso penal dirigido en su contra (§ 35). La segunda es que la prescripción de la causa no supone la reparación del derecho fundamental vulnerado (§ 42).

7.8. GARANTÍAS VINCULADAS CON EL PROCESO PENAL

Nos detenemos ahora, brevemente, en el examen de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo relacionada con el Estado español, en lo que atañe, en particular, con diversas garantías especialmente diseñadas para ser aplicadas al proceso penal y que favorecen el derecho de defensa de los imputados.

7.8.1. El principio de legalidad penal (art. 7.1 CEDH)⁴⁰

El Estado español ha sido condenado, en el asunto *Gabbarri Moreno* (2003), por no extraer consecuencias penológicas del reconocimiento de una atenuante decretada (enajenación mental). Resulta indubitado, a la vista del examen de la legalidad aplicable y de la posición sustentada por el mismo Ministerio Público en el marco del recurso de casación, que la Audiencia Provincial debía reducir la pena, cuando menos, en un grado (§ 32). Corrobora este hecho el mismo Gobierno español cuando defiende que el error atañe a un solo día de condena, siendo claro que debería, en su caso, haber sido corregido (§ 30), aunque el Tribunal hace ver, además, que la pena judicial podía haber sido fijada en grado mínimo (lo que restaría dos años de condena, § 33). Resulta evidente, en todo caso, que el principio de legalidad penal «requería, al menos, una rectificación del *quantum* que no se produjo» (§ 33), por lo que hubo lesión del derecho invocado (§ 34), procediéndose, por ello, a cuantificar el daño sufrido (§ 38).

Mayor interés presenta la Sentencia *Gurguchiani* (2009)⁴¹, en la que, a juicio del Tribunal, se ha vulnerado el principio de legalidad por imponerse una pena más grave que la prevista en el momento de la comisión del hecho delictivo. El proceso gira en torno al polémico artículo 89 CP, precepto que, tras la reforma operada por la LO 11/2003, obliga a los órganos judiciales a decretar la expulsión del condenado si es un residente ilegal sin tomar en consideración, salvo supuestos excepcionales, sus circunstancias personales (§ 25). Recuerda la Sala que maneja una noción autónoma de pena, lo que le permite ir más allá «de las apariencias y de apreciar, por sí misma, si una medida particular constituye una pena en el sentido de este artículo» (§ 31) y diferenciar ésta de otras medidas relacionadas con su ejecución o aplicación, aunque dicha distinción «no puede ser siempre nítida en la práctica» (§ 31).

⁴⁰ Ver, también, el apartado 7.8.5.

⁴¹ Ver CANO PALOMARES, Guillem: «La expulsión de extranjeros como sustitución de la pena de prisión ante el Tribunal de Estrasburgo». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2010/15, pp. 259 y ss.

Partiendo de estas premisas, al Tribunal le interesa examinar la expulsión como lo que ahora se presenta: como medida de sustitución de la pena impuesta en su día (§ 38), acordada con posterioridad al fallo de la Sentencia condenatoria y que, además, aumentaba la prohibición de pisar suelo español de seis a diez años, en virtud de la nueva Ley de 2003 (§ 39). Enfocada así la cuestión, el reemplazo del fallo condenatorio debe analizarse como si de una pena se tratara, como lo fue la impuesta en su día (§ 40). Una pena imprevisible en el momento de la comisión del delito, lo que conduce a pensar que ha sido retroactiva y, por ello mismo, contraria al Convenio (§ 41). Es así porque el nuevo artículo 89 impone una actuación automática del órgano judicial y porque se aumenta la duración de la medida (ahora de diez años, y antes de entre tres y diez años) (§ 43), lo que determina la condena del Estado español (§ 44). El interés de esta Sentencia radica en que determina la autonomía conceptual de la expulsión de residentes ilegales decretada en un proceso penal de la que trae causa de un expediente administrativo de expulsión.

Las diferencias entre los Magistrados aparecen, sin embargo, a la hora de fijar la satisfacción equitativa. Se impone el criterio de cuatro de ellos frente a la opinión de los tres restantes, que cifra aquélla en 5.000 euros por daños morales, y las cantidades adeudadas por impuestos, estableciéndose una fórmula correctora en el supuesto de que dicho pago no se satisfaga en el plazo de tres meses desde que la sentencia sea definitiva. Discrepa de esta decisión el Magistrado Zupančič por dos razones de distinta índole. De un lado, porque es difícil considerar que la lesión decretada pueda engendrar daño moral alguno. De otro, porque sería más oportuno invitar al Estado español a reabrir el proceso en el que se vulneró el derecho del recurrente, sin consentir que los efectos de la lesión constatada puedan seguirse perdurando en el tiempo. Sería así útil que España estableciera la posibilidad de reabrir procesos penales a la vista de las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo. También se distancia de la mayoría el Magistrado Myjer, aunque por motivos bien distintos. En la opinión discrepante que elabora, a la que se adhiere la Magistrada Fura, recuerda que el recurrente únicamente se ha visto privado de libertad diecinueve días, y que la expulsión también admitía justificación en el plano administrativo, por lo que ningún daño que merezca ser reparado se ha producido. Aunque en el caso que nos ocupa pueda parecer que el amparo conferido al recurrente es, en cierta medida, paradójico, lo cierto es que está bien justificado en la Sentencia, siendo obligado recordar que los efectos de la expulsión administrativa no son los mismos que los anudados a una resolución penal condenatoria. Este dato, unido a las distintas consecuencias que lleva aparejada una nueva entrada en sue-

lo español en uno y otro caso, justifica sobradamente la tutela ejercida por el Tribunal de Estrasburgo en el caso que nos ocupa.

También se alude al principio de legalidad penal en la opinión separada de la Magistrada Ziemele, a la que se adhiere la Magistrada Gyulumyan, relacionada con el asunto *Bazo González* (2008), que será examinado en el apartado 7.8.5 de este estudio, para descartar su eventual lesión.

7.8.2. *El derecho a ser informado de la acusación* [art. 6.3.a) CEDH]

En este punto merece ser destacados los asuntos *Gea Catalán* (1995)⁴² y *Salvador Torres* (1996). En el primero de ellos el recurrente se dolía de la eventual lesión de su derecho a ser informado de la calificación jurídica penal relacionada con los hechos imputados, por aplicársele una agravante distinta de la señalada en el escrito de acusación. La Sala considera que la queja era inconsistente, dado que el relato de los hechos de los que se acusaba al recurrente evidenciaba que se estaba en presencia de un mero error material. Se deniega pues la tutela, a la vista de la claridad de la calificación jurídica de los hechos (§ 29).

Tampoco se tutela al recurrente *Salvador Torres* (1996), quién se duele de que no se le acusará, formalmente, de que concurría la agravante de que el delito fue cometido por funcionario. Recuerda la Sala que el delito de malversación de caudales públicos exige que el autor sea un funcionario o [como era el caso] un administrados de fondos de un establecimiento público, que se ha prevalido de su función para cometer el delito y que las sumas desviadas provengan de fondos públicos (§ 30). Ningún reproche cabe realizar cuando «el carácter público de las funciones ejercidas por el recurrente era un elemento intrínseco de la acusación inicial, de desviación de fondos públicos, que el interesado conocía desde el comienzo del proceso» (§ 33). No parece sorprendente, en efecto, que el administrador de un importante hospital (hecho en el que tanto la acusación como la defensa estaban de acuerdo, § 31), que hurta parte de los intereses generados por fondos públicos, sea finalmente condenado como autor de un delito de apropiación indebida con la agravante de haberse prevalido de su condición de funcionario.

⁴² Ver TOMÁS MALLÉN, Beatriz 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 y ss.

7.8.3. *Las privaciones de libertad judicialmente decretadas* (arts. 5.1 y 5.3 CEDH)

Diversas Sentencias del Tribunal de Estrasburgo analizan la corrección de privaciones de libertad acordadas en sede judicial y que persiguen distintos fines. Así, por ejemplo, y en relación con las extradiciones, deben ser recordadas ahora los asuntos *Scott* (1996), *Raf* (2003) y *Olaechea Cahuas* (2006). En el primero de ellos se cuestionan, en realidad, varios autos judiciales en los que se decreta la prisión provisional del recurrente. Mientras que el Juzgado de Instrucción del Puerto de la Cruz decreta su libertad en relación con un delito de violación, mantiene su privación de libertad por haberse iniciado un procedimiento de extradición por un delito cometido en Gran Bretaña (§ 18). Incide en esta misma decisión la Audiencia Nacional once días más tarde (§ 19). Estas decisiones no hacen sino aplicar el derecho en vigor, por lo que no merecen reproche alguno, a juicio del Tribunal (§ 60), por lo que no estamos en presencia de una detención irregular (art. 5.1 CEDH). El mismo criterio es aplicable al posterior Auto de 25 de agosto de 1983, en el que se confirma su prisión por haber sido imputado en un delito de violación. No comparte este parecer el Magistrado Repik, por entender que o bien ha existido falta de diligencia o que se ha utilizado una privación de libertad a efectos de extradición para ventilar un proceso penal.

Distinta es la respuesta del Tribunal cuando examina si la privación de libertad tiene una duración irrazonable. Partiendo de que su *ratio* ha sido, especialmente, la acusación relacionada con el delito de violación, la Sala concreta su duración en cuatro años y dieciséis días (§ 75). Y considera, con evidente sentido común, que tal duración es irrazonable, sin que pueda justificarse la misma en dificultades ligadas a la puesta en marcha de la comisión rogatoria internacional (§ 83). No se acuerda satisfacción equitativa, dado que el tiempo pasado en prisión se le descontara de la penal finalmente impuesta (§ 87).

Las mismas quejas se suscitan en el asunto *Raf* (2003), aunque ambas son desestimadas en este caso. Ni la privación de libertad ha dejado en ningún momento de estar amparada por el Convenio (art. 5.1 CEDH) (§ 61), aunque la misma ha encontrado diversas apoyaturas a lo largo del tiempo (§§ 57-59), ni su duración ha sido irrazonable (art. 5.3 CEDH) (§ 65), dado que una buena parte de la misma trae causa de la condena impuesta en nuestro país (§ 64).

Especial interés presenta el asunto *Olaechea Cahuas* (2006), en la que se cuestiona la extradición realizada a un presunto miembro de la red peruana de Sendero Luminoso. Aunque el Tribunal de Estrasburgo excluye que se haya producido lesión alguna en los derechos

recogidos en los artículos 3 (§§ 40 y ss., especialmente § 44), 5.1 (§ 58) y 6.1 (§ 61), se plantea, desde el prisma del artículo 34 CEDH, la negativa por parte del órgano judicial español de acordar la suspensión acordada en Estrasburgo. El problema es determinar «si la obligación de respetar las decisiones cautelares [del Tribunal Europeo de Derechos Humanos] debe estar vinculada a la posterior constatación de la existencia de trabas al ejercicio efectivo del derecho al recurso» por parte del recurrente (§ 75). Aunque tal circunstancia no se ha producido en el caso que nos ocupa (§ 79), la Sala estima que «la fuerza de la medida cautelar debe ser juzgada obligatoria» (§ 81): «la simple inobservancia de una medida cautelar acordada por el Tribunal [de Estrasburgo] en función de la existencia de un riesgo es, en sí misma considerada, una grave traba, en ese momento preciso, al ejercicio efectivo del derecho de recurso individual» (ídem). Aunque no se puede negar que este razonamiento está plagado de sentido común, es oportuno hacer notar que el afectado también pudo solicitar la suspensión de la extradición ante las autoridades nacionales⁴³.

Menor importancia dogmática presenta el asunto *Van der Tang* (1995)⁴⁴, en el que se indica que no es irrazonable por desproporcionada la privación de libertad sufrida por el recurrente, de tres años, un mes y veintisiete días (58), por concurrir un evidente riesgo de fuga (§ 76). Se acompaña esta resolución de una opinión discrepante firmada por el Magistrado Morenilla, para quien la demanda debería haber sido inadmitida en atención a los artículos 27.2 y 29 CEDH, por haberse sustraído el recurrente a la justicia española.

7.8.4. *La presunción de inocencia* (art. 6.2 CEDH)

En este apartado destacan los asuntos *Puig Panella* (2006) y *Tendam* (2010), que ya han sido examinados supra, en el epígrafe segundo del presente trabajo, al que nos remitimos sin más dilación. Sí que debemos hacer una somera referencia ahora al asunto *Vera Fernández-Huidobro* (2010), en el que se deniega el alegato referido a la presunción de inocencia, que forma parte del derecho al proceso debido (§ 141), por entender que ha existido prueba de cargo suficiente que justifica la condena impuesta (cfr. §§ 143 y 146) (siendo hábiles, a es-

⁴³ Hallándose el acusado en Perú, las autoridades de su país interesaron una ampliación de la extradición a otros delitos, entre los que se contaba el referido a la apología del terrorismo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 82/2006, de 13 de marzo, ha anulado dicha referencia, entendiendo que el delito debía considerarse prescrito si se partía de la legislación penal en vigor en el momento de los hechos (FJ 10).

⁴⁴ Ver PICATOSTE BOBILLO, Julio: «El caso *Van der Tang* contra España: el plazo razonable de prisión preventiva», *Revista Jurídica Galega*, 12 (1996), pp. 13 y ss.

tos efectos, los testimonios vertidos por coimputados, § 144) y que ésta ha sido ampliamente motivada (§ 147).

7.8.5. *La intermediación penal en segunda instancia* (art. 2 del Protocolo 7 CEDH)

El derecho a la doble instancia penal, supone que, en esta materia, debe encontrarse previsto un recurso judicial, una doble instancia judicial. Este concreto derecho está recogido en el artículo 2 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aunque este derecho no era invocable frente al Estado español, por no haber ratificado éste dicho Protocolo (cfr. Sentencia *Bazo González*, 2008, § 45), es oportuno recordar que éste lo ha hecho el pasado 16 de septiembre de 2009.

El Tribunal de Estrasburgo ha realizado una lectura polémica del principio de intermediación penal, y dicha posición se ha mostrado también en su jurisprudencia relacionada con el Estado español. Como es sabido, se exige la intermediación en la segunda instancia penal siempre que el tribunal de apelación examina pruebas de carácter personal. Esto no ocurre en el asunto *Bazo González* (2008), en el que la Audiencia Provincial de Vizcaya limita su examen a cuestiones netamente jurídicas y no fácticas (en concreto, determinar si la Ley 13/1998, relativa al mercado de tabaco, había despenalizado o no determinadas conductas). Los aspectos examinados tienen un «carácter predominantemente jurídico» (§ 36). Partiendo de este dato, el Tribunal de Estrasburgo concluye que no era indispensable la celebración de una audiencia pública para el acusado (§ 36). Además, el reo sí que se ha beneficiado de un procedimiento contradictorio, ya que tuvo la oportunidad, y la aprovechó, de presentar alegaciones a los escritos del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado (§ 37). No comparten este parecer las Magistradas Ziemele y Gyulumyan, dado que *a)* el delito por el que se le condenó en segunda instancia es distinto del que fue acusado en un primer momento; *b)* la condena, y *c)* la pena se ha impuesto sin que fuera oído por el tribunal. Sin embargo, la Sala establece, en este punto, que la aplicación de Ley no puede calificarse ni de imprevisible ni de irrazonable, lo que excluye toda lesión del principio de legalidad penal (art. 7 CEDH) (§ 32).

Sí que se considera vulnerado el derecho a la intermediación penal en el asunto *Igual Coll* (2009), dado que la Audiencia Provincial de Valencia ha variado su opinión sobre la intención (*animus*) del acusado. Tal examen «difícilmente puede ser considerado que atañe solamente a cuestiones de Derecho», sino que implica adoptar una valoración de los hechos (§ 35), por lo que la celebración de una audiencia

pública resultaba indispensable (§ 36). Y lo mismo ocurre en la Sentencia que ventila el asunto *Marcos Barrio* (2010), dado que «en este caso la Audiencia Provincial no se ha limitado a realizar una nueva apreciación de elementos de naturaleza puramente jurídica, sino que se ha pronunciado sobre una cuestión fáctica, a saber la credibilidad del testimonio de DF, modificando así los hechos declarados probados por el juez de primera instancia» (§ 40), «sin que el recurrente haya tenido la ocasión de ser oído personalmente o de debatirlas a través de un examen contradictorio realizado en el curso de una audiencia pública» (§ 41). El Tribunal constata, además, que el artículo 41.1 de la Ley Orgánica 5/2000 sobre la responsabilidad penal de los menores, aplicable al caso, prescribía la celebración de una audiencia pública (§ 42), lo que refuerza su convicción⁴⁵.

Finalmente, no resulta preciso examinar la queja relacionada con el principio de intermediación en el asunto *Gurguchiani* (2009), en el que ya se ha reconocido que el Estado español vulneró el principio de legalidad penal (§ 49).

8. La jurisprudencia europea y la administración: las privaciones de libertad (art. 5.1 CEDH)⁴⁶

8.1. LAS PRIVACIONES DE LIBERTAD (ART. 5.1. CEDH)

Distintas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos examinan diversas restricciones de la libertad personal acordadas por agentes del orden público y que se realizan al margen de toda intervención judicial⁴⁷. Debemos examinar, en este apartado, de un lado,

⁴⁵ Es llamativo que el Tribunal Constitucional desoyera la queja contenida en la demanda de amparo 1732-2005, ventilada a través del ATC 372/2006, de 23 de octubre, asumiendo, en línea con lo expuesto en la Sentencia dictada en apelación, que «la distinta valoración que hace esta Sala afecta a la reproducción de unas declaraciones pasadas, que tampoco el Juzgador a quo pudo contemplar bajo el principio de la intermediación, en relación con la declaración que realiza en la audiencia, por lo que dicho principio no se verá comprometido» (Fundamento de Derecho tercero, FD 3). Y es que asumir dicha aseveración supone que la condena trae causa de una declaración que nunca fue sometida a intermediación, lo que, lejos de sanar la lesión en el derecho fundamental, la profundiza. Por otra parte, no se toma en consideración en el mentado Auto el precepto de la LO 5/2000 al que se alude en el texto.

⁴⁶ En el epígrafe segundo del presente estudio se recogen distintas Sentencias dictadas por el Tribunal de Estrasburgo en las que se censura, en ocasiones, la inacción de los poderes públicos españoles, lo que se ha concretado en la lesión de otros derechos recogidos en el Convenio, como puede ser el de la vida privada. Nos remitimos ahora, sin más trámite, a dichas resoluciones.

⁴⁷ Las privaciones que tienen un origen judicial ya han sido analizadas en el apartado 7.8.3 del presente estudio.

las peculiares circunstancias que rodean el caso *Riera Blume y otros* (1999), y de otro el régimen del arresto domiciliario en el ámbito de la Guardia Civil.

En la Sentencia *Riera Blume y otros* (1999)⁴⁸ se enjuicia si la reclusión en un hotel de los miembros de la secta CEIS para su desprogramación, que fue ejecutada por la policía autónoma catalana, siguiendo indicaciones de sus superiores y, parcialmente, del Juzgado de Instrucción (§ 33), vulnera el artículo 5.1 CEDH. El Tribunal entiende que tal lesión se ha producido, ya que han sido privados de libertad durante diez días, aunque en ese momento tuvieran mayor protagonismo las familias y la asociación *Pro Juventud* (§ 35). Considera la Sala innecesario pronunciarse sobre la eventual lesión de la libertad de pensamiento (art. 9 CEDH) (§ 38), concediendo a los recurrentes una satisfacción equitativa por daños morales.

Por otra parte, en el asunto *Dacosta Silva* (2006)⁴⁹, el Tribunal enjuicia la legitimidad de un arresto domiciliario impuesto a un Guardia Civil por su superior. Recuerda el Tribunal que el legislador español ha establecido un régimen propio de responsabilidad disciplinaria de la Guardia Civil (a través de la LO 11/1991, de 17 de junio, derogada hoy por la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre), separado del militar (previsto en la LO 8/1998) (§ 33). Partiendo de este dato, la Sala considera que la privación de libertad, de indudable realce para el derecho humano (y fundamental, *ex* SSTC 31/1985/3, de 5 de marzo; 14/1999/9, de 22 de febrero y 122/2010/3, de 22 de noviembre) a la libertad personal, no puede ampararse en la reserva manifestada por el Estado español ante el Consejo de Europa, puesto que ésta se vincula exclusivamente con el régimen disciplinario de las fuerzas armadas (§§ 36-38). Y es que «la reserva no puede consecuentemente extenderse a una Ley que contempla una segregación del objeto mismo de dicha reserva». Dado que el arresto domiciliario prescinde de las garantías judiciales previstas en el artículo 5.1.a) CEDH, se constata la lesión del derecho humano invocado (§ 44).

⁴⁸ Esta Sentencia ha sido glosada por diversos autores, como son Manuel PULIDO QUECEDO («Sectas, delito de detención ilegal y jurisdicción constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 1999/3, pp. 2481 y ss.), Antonia MONGE FERNÁNDEZ («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) y Agustín MOTILLA DE LA CALLE («Desprogramación y libertad religiosa», *Quaderni di Diritto e Política Ecclesiastica*, 2002/3, pp. 817 y ss.).

⁴⁹ *Vid.*, en el plano doctrinal, PÉREZ SOLA, Nicolás: «El régimen disciplinario de la Guardia Civil y su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Derecho Político*, 71-72 (2008), pp. 675 y ss., y DÍAZ PÉREZ DE MADRID, Amelia: «STEDH de 02.11.2006. *Dacosta Silva* c. España, 69966/01», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2008/30, pp. 527 y ss.

Debe reseñarse que, pese a que la citada Ley Orgánica 12/2007 suprime la sanción de arresto, el Tribunal Constitucional ha examinado la constitucionalidad del artículo 10.1 de la LO 11/1991, y lo ha hecho tomando en consideración, precisamente, la STEDH *Dacosta Silva* (2006). Ha entendido el alto Tribunal que «el procedimiento disciplinario aplicable a la Guardia Civil, en su consideración de fuerza de seguridad del Estado (esto es, fuera de su actuación como fuerza armada), ha de quedar sujeto a las determinaciones de los artículos 5 y 6 CEDH, y, en concreto, en lo que aquí nos interesa, a la del artículo 5.1.a), conforme al cual, la privación de libertad ha de derivar de una Sentencia judicial, debiendo ser impuesta por un Tribunal competente que goce de independencia con respecto a la Administración y en un procedimiento seguido con las debidas garantías» (STC 73/2010/5, de 18 de octubre). La conclusión se impone por sí misma: «el artículo 10.1 y 2 de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de régimen disciplinario de la Guardia Civil, sólo resulta acorde con la Constitución si se interpreta en el sentido de que la imposición de las sanciones privativas de libertad (según el procedimiento previsto en la Ley) procede cuando la infracción ha sido cometida en una actuación estrictamente militar y así se motive en la resolución sancionadora» (ídem). Como en el caso que el Tribunal examina, la sanción se impuso por su actuación policial, se le confiere el amparo solicitado en la posterior STC 122/2010/4, de 29 de noviembre de 2010.

Aunque la doctrina contenida en la STC 73/2010, que se acaba de glosar, es razonable, pueden realizarse, a su amparo, un par de reflexiones. La primera sirve para cuestionar si es constitucionalmente adecuado que sea el mismo órgano del Tribunal Constitucional quien plantee la autocuestión y la resuelva. En el caso que nos ocupa hubiera sido más acertado, a nuestro modesto entender, que el proceso de constitucionalidad fuera ventilado por el pleno del Tribunal (o, como mal menor, por la Sala Primera). Se dice mal menor porque puede tener sentido que las autocuestiones sean resultas por órganos del Tribunal de mayor entidad (como es el Pleno con respecto a la Sala, o como lo es ésta respecto de las Secciones).

El segundo comentario guarda ya relación con el fondo. Aunque el conflicto es hoy imposible, por haberse suprimido el arresto domiciliario en la Ley Orgánica 12/2007, es oportuno indicar que, de seguir en vigor el texto de 1991, el Gobierno debería incluir esta Ley en la reserva formulada, en relación con la aplicación de los artículos 5.1 y 6.1 CEDH, porque, en caso contrario, los reparos expresados por el Tribunal de Estrasburgo no desaparecerían.

8.2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL DERECHO DE PROPIEDAD (ART. 1 DEL PROTOCOLO 1 CEDH)

Debemos volver a detenernos, brevemente, en la Sentencia *Tendam* (2010), a la que ya se ha hecho referencia en los epígrafes 2 y 7.8.4 del presente estudio, y en la que también se denuncia una lesión en el derecho de propiedad producida por la indebida tutela de los bienes del recurrente secuestrados por orden judicial. Estando acreditado, en el mismo acta de restitución, que faltaban algunos bienes y que otros se encontraban deteriorados (§ 53), resulta censurable que sea el mismo afectado quien deba probar dichos extremos. Recuerda la Sala que la carga de la prueba debe recaer, lógicamente, en la administración de justicia, que era la responsable de la conservación de los bienes secuestrados (§ 54). Se separa así la Sala del parecer expresado en la providencia de inadmisión del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2005, en la que se justificaba la actuación de los tribunales por ajustarse a la legislación y jurisprudencia existente en materia de responsabilidad patrimonial de la administración.

9. La jurisprudencia europea y los particulares

Los conflictos planteados entre particulares ante el Tribunal Europeo de Derechos humanos atañen, muy especialmente, a la libertad de expresión. Ya hemos hecho alusión, en líneas anteriores, a los asuntos *Casado Coca* (1994), *Etxeberría Barrena Arza Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea Aiarako y otros* (2009) y *Herritarren Zerrenda* (2009) (apartados 6.1 y 6.2). Interesa ahora detenernos en otros procesos en los que también se invoca la libertad de expresión, ya sea en el ámbito laboral o periodístico.

9.1. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL (ART. 10.1 CEDH)

En algunos de estos casos, las quejas se refieren a entes públicos (como es el Banco de España), pero lo que se ventila en ellos es el alcance de la libertad de expresión (y de crítica) de los trabajadores frente a sus empleadores. Bajo este enfoque pueden examinarse también los asuntos *Fuentes Bobo* (2000), *De Diego Nafría* (2002) y, con ciertos matices, *Aguilera Jiménez y otros* (2009).

Aunque las declaraciones realizadas por *Fuentes Bobo* (2000)⁵⁰ (llamando sanguijuelas a los directivos de TVE y acusándoles de cagarse en los trabajadores) justifican restringir la libertad de expresión (§ 47), lo cierto es que las mismas se hicieron en un «contexto particular» de trabajo provocado por la supresión de la emisión de la que era responsable y se enmarcaba en un «amplio debate público respecto a cuestiones de interés general relativas a la gestión de la televisión pública» (§ 48). Dado que se le aplicó la sanción máxima (rescisión del contrato de trabajo sin derecho a indemnización) (§ 49), entiende el Tribunal que tal sanción no obedece a una necesidad social imperiosa. No existe, pues, «una relación razonable de proporcionalidad entre la sanción impuesta al demandante y el fin legítimo perseguido» (§ 50). Constatada tal lesión, no resulta preciso pronunciarse sobre la queja referida al artículo 14 (violación del principio de no discriminación), acordándose una satisfacción equitativa para paliar el daño, tanto material como moral, producido. Es oportuno recordar que dos Magistrados, Cafilisch y Makarczyk, discrepan de tal decisión, entendiéndose que no es impensable entender que el propio recurrente provocaba de forma deliberada a la empresa.

A diferencia de lo acaecido en el asunto *Fuentes Bobo*, el demandante, sr. *De Diego Nafría* (2002), alto funcionario del Banco de España sobrepasó el derecho de crítica vertiendo duras acusaciones contra varios de sus dirigentes. El Tribunal basa su decisión en varias razones: a) dichas acusaciones no entraban dentro de un debate público relativo a cuestiones de interés general, § 38; b) se formulan de forma general, sin aportar ningún elemento de prueba, constituyendo por su gravedad y tono, ataques personales gratuitos», § 40; c) su comportamiento es más censurable, si cabe, por ser alto funcionario del mismo Banco de España, § 40; d) dichas acusaciones no fueron proferidas en el marco de un intercambio oral rápido y acalorado, sino a través de un texto escrito y madurado, en el que el propio demandante admitía que era plenamente consciente del alcance de su contenido, § 41. Concluye el Tribunal, a la vista de estos extremos, que las autoridades nacionales no sobrepasaron su margen de apreciación al sancionar al demandante. Dos Magistrados de los siete, se separan de este criterio. En la Opinión disidente del Magistrado Casadevall, a la que se adhiere Zupancic, se defiende que sí ha concurrido la citada le-

⁵⁰ Vid. PULIDO QUECEDO, Manuel: «Libertad de expresión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2000/1, pp. 1745 y ss., y, más reciente y críticamente, TORRES PÉREZ, Aida: «Fuentes Bobo y la infraejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España». *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, 21 (2007), pp. 145 y ss.

sión, dadas las muchas similitudes del caso con el resuelto por el asunto *Fuentes Bobo* (conflicto profesional/disfunciones y graves irregularidades, sin que ningún ofendido se querellase/debate público/misma sanción, que es la máxima). Además se hizo en una carta privada, en la que se denunciaban presuntas irregularidades, y no a través de los medios de comunicación.

Un supuesto cercano, aunque algo más complejo, a los anteriores es el que acaece en el asunto *Aguilera Jiménez y otros* (2009), en el que unos trabajadores que forman parte de un sindicato elaboran un boletín que contiene imágenes y alusiones insultantes hacia el jefe de personal de la empresa y hacia dos compañeros, por haber declarado éstos en sede judicial a favor de la empresa en un conflicto previo. El Tribunal recuerda que, aunque la libertad de expresión es un fundamento esencial de la sociedad democrática (§ 22) y opera en las relaciones horizontales (§ 25), el derecho al honor de los demás actúa como límite expresamente previsto en la Ley y que persigue un fin legítimo, por lo que se encuentra, en principio, justificado (§ 26). La ofensa no alcanzaba únicamente a los sujetos ya señalados, sino también a la empresa (§ 28). Esta conclusión alcanza el Juzgado de lo Social 17 de Barcelona, tras un detenido examen (§ 29), sin que el Tribunal de Estrasburgo encuentre argumentos para separarse de la misma (§ 30). Entiende además que la sanción es proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, dado que la ofensa infringida no se justifica por el empeño en informar sobre la actuación de la sociedad, sino que resulta, simplemente, ofensiva –lo que se muestra en la gravedad de la misma y el tono empleado– (§ 31). Se trata además de una publicación ideada, publicada y difundida en la sociedad (§ 35), y no de una información surgida al calor del debate. Resulta, a la postre, que se han desbordado los límites aceptables para el derecho de la crítica (§ 36), por lo no existe ni violación de la libertad de expresión (§ 37) ni del derecho de asociación, ya que no existen indicios de que la medida adoptada responda a su pertenencia a un concreto sindicato (§ 39). Para la Juez Power no resulta sin embargo intrascendente que los recurrentes sean miembros de un sindicato, que deben poseer un mayor margen de actuación en su libertad de expresión. Este dato, unido a la idea del Tribunal de que la sátira es una forma de expresión artística, permite abrigar dudas de que su despido fuera una medida necesaria y proporcionada.

9.2. LAS LIBERTADES COMUNICATIVAS Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD (ARTS. 10.1 Y 8.1 CEDH)

Aunque acaso fuera más académico utilizar el término previsto en el artículo 8.1 CEDH (vida privada), nos parece más útil utilizar, en este contexto, la palabra intimidad, porque remite a un permanente conflicto de nuestros tiempos: el existente entre las libertades comunicativas y el derecho a la intimidad, entendido ahora en sentido estricto. Desde esta perspectiva es obligado centrar nuestra mirada en las importantes SSTEDH *Gutiérrez Suárez* (2010), *Castells* (1992) y *Polanco Torres y Movilla Polanco* (2010).

En el primer asunto citado se ampara al periodista *Gutiérrez Suárez* (2010) por una publicación incluida en el diario que dirigía en la que, con el titular «una empresa familiar de Hassan II implicada en el narcotráfico», se daba cuenta de que se había incautado un importante alijo de hachís hallado en el camión de una sociedad de la citada familia. A juicio del Tribunal Constitucional esta noticia vulnera el derecho al honor del Rey de Marruecos y es insidiosa, puesto que en modo alguno se investigó su implicación y se rodeó la poca información de comentarios genéricos y se ocultó que la aprehensión se había realizado un año antes (ATC 411/2006/3, de 15 de noviembre). No comparte este parecer el Tribunal de Estrasburgo. Partiendo de las premisas de que los límites a la libertad de expresión (que incluye también nuestra libertad de información) deben ser interpretados de forma estricta (§ 26) y de que la misma protege tanto la expresión de opiniones como de hechos (§ 35), observa que nadie cuestiona la veracidad del hallazgo. Entiende también que, aunque es probable que la periodista incurra en cierta dosis de exageración (§ 37), la condena civil no resulta «necesaria en una sociedad democrática», ya que no responde a una finalidad social imperiosa (§ 39⁵¹) al no afectar de forma tan grave al honor del rey de Marruecos. De este parecer se separa, sin justificación alguna, el Magistrado Zupančič.

También ampara el Tribunal de Estrasburgo a *Castells* (1992)⁵², Senador por HB y autor de un polémico artículo en el semanario *Punto y Hora de Euskalherria* en el que acusa al Gobierno español de estar detrás de grupos fascistas que cometen atentados en el País Vasco.

⁵¹ El Tribunal considera, eso sí, inadmisibles las restantes quejas contenidas en la demanda del periodista (relacionadas con el derecho a presentar pruebas y el principio de igualdad, arts. 6 y 14 CEDH).

⁵² Vid. TESO GAMELLA, Pilar: «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 y ss.

Dicho artículo (que se puede consultar en la propia Sentencia, § 7), le costó una condena por un delito de injurias menos graves contra el Gobierno. Frente a esta condena se alza el recurrente invocando su libertad de expresión, primero ante el Tribunal Constitucional y después ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El primero deniega el amparo solicitado por entender que las libertades de expresión y de información «encuentran un límite indiscutible en la seguridad exterior e interior del Estado, que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, en las que las fuerzas políticas del país se deben reconocer y que expresan no sólo el interés singular de algunos miembros de la comunidad nacional, sino el interés de la colectividad entera» (FJ 10), constituyendo una cuestión de mera legalidad la existencia o inexistencia de la *exceptio veritatis*. No comparte este parecer el Tribunal de Estrasburgo. Tras recordar que la libertad de expresión de los parlamentarios merece también protección fuera de la Cámara legislativa de la que forman parte (§ 43), recuerda el interés social de las denuncias realizadas (§ 45) y considera inaceptable que se denegara la práctica de la prueba interesada por el recurrente en la que se trataba de acreditar la veracidad de los hechos denunciados (§ 49), por lo que concluye que su libertad de expresión ha sido vulnerada (§ 50), entendiendo que la propia Sentencia sirve para reparar el daño moral causado (§ 56).

Ya hemos hecho unas brevísimas referencias al asunto *Polanco Torres y Movilla Polanco* (2010), en los apartados 3.2 y 4.2. Dejando de lado aquí las cuestiones de legitimación del hijo del ofendido por una información publicada (que, lógicamente, no se cuestiona ni es discutida por el Gobierno español, §§ 31 y 32), es oportuno recordar que el Tribunal considera que la noticia presenta interés general para el público español (§ 46), y que la alusión a determinadas personas se efectúa con una base suficiente (§ 47), cual es la contabilidad original de Intra, confirmada por el antiguo contable de la empresa, habiéndose publicado en el mismo medio el posterior desmentido por parte del recurrente, por lo que se alinea a lo resuelto por el Tribunal Constitucional (Sentencia 53/2006, de 27 de febrero), por apreciar «elementos característicos del reportaje neutral» (§ 47). Es oportuno recordar, sin embargo, que el Tribunal español descarta, expresamente, que la noticia difundida pueda calificarse como reportaje neutral (FJ 10 *ab initio*), aunque entienda que el periodista fue veraz, intentando contrastar los documentos con el ex contable de la empresa y con las personas afectadas por ellos (§ 50), sin que la cuestión de la legalidad de los medios a través de los que la información haya sido obtenida puede ser tomada en consideración en el juicio de la ponde-

ración (§ 51). Lo relevante es que el periodista pudo apoyarse razonablemente en la información que tenía (§ 52), lo que descarta la violación del artículo 8 (§ 54). No comparte este parecer, en una argumentada opinión discrepante, el Magistrado Zupančič.

9.3. LA EVENTUAL INCIDENCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL DERECHO DE PROPIEDAD (ART. 1, PROTOCOLO 1, CEDH)

El asunto *Aizpurua Ortiz y otros* (2010) tiene su origen en la pretensión de los recurrentes, trabajadores jubilados, de seguir cobrando unas pensiones complementarias a las públicas aunque éstas hayan sido eliminadas en un convenio colectivo posterior, en razón a las dificultades económicas que atravesaba la empresa. Se duelen, en particular, de que ha sido negociado por personas en activo sin que el Estado se ocupara de convocarles, por verse directamente afectados por tal negociación, tal y como impone la legislación comunitaria en la materia (§§ 42 y 44). El Tribunal de Estrasburgo descarta esta última queja, porque no le compete comprobar la adecuación de las normas internas con los mandatos comunitarios (§ 56). Ya en relación con el derecho de propiedad, entiende la Sala que la afectación del nuevo convenio en el derecho de propiedad ha sido legítima, ya que persigue un fin de interés general, cual es «el mantenimiento de la buena salud financiera de las sociedades y de sus acreedores, la protección del empleo, así como el respecto del derecho a realizar negociaciones colectivas» (§ 53). Este dato, unido a otro menores (como son que el nuevo Convenio no había suprimido totalmente los derechos de los recurrentes, sino que había transformado la pensión mensual en el pago de una cantidad global y que el Derecho español prima la negociación colectiva posterior sobre la anterior, §§ 53 y 52), justifica la decisión final de desestimar la demanda (§ 58). No comparte este parecer uno de los siete Magistrados, Myjer, que forma parte de la Sala, aludiendo en su opinión separada, a la especial vulnerabilidad de los jubilados y que sus intereses son distintos de los que han intervenido en la negociación del nuevo convenio colectivo. Podría haberse evitado el problema si el fondo de pensiones tuviera una personalidad jurídica propia y distinta de la empresa, como imponen algunos Estados, entre los que no se cuenta el español.

10. Los derechos invocados (remisión)

Si algún valor tiene este trabajo puede éste encontrarse en su estructura. Hemos huido del típico examen pormenorizado de los distintos derechos invocados ante el Tribunal de Estrasburgo y hemos optado por presentar un esquema vinculado a los concretos órganos constitucionales a los que, de forma primigenia, se dirigen las eventuales censuras. Consideramos que este enfoque da un especial realce a la presente contribución, aunque no estamos persuadidos de que no haya podido producirse alguna imprecisión.

Sin embargo, sigue siendo útil que el lector pueda, si lo desea, visualizar la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo referida al Estado español para determinar qué es lo que se ha dicho en relación con un determinado derecho recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por tal motivo, nos parece oportuno recoger, de forma necesariamente esquemática los principales derechos invocados en Estrasburgo e indicar los lugares del presente estudio donde han sido examinados, aunque sea de forma parcial. Se completará el estudio con una relación, cronológica, de las Sentencias examinadas en el texto.

Comenzando por los derechos materiales, se han hecho diversas referencias a los derechos a la vida (art. 2.1 CEDH, apartados 3.1 y 3.2) y a no sufrir tortura ni tratos inhumanos o degradantes (art. 3.1 CEDH, aps. 3.1 y 4.1). En relación con la privaciones de libertad, se ha examinado tanto su regularidad a la vista del Convenio (art. 5.1 CEDH, aps. 7.8.3 y 8) como que su duración no fuera irrazonable (art. 5.3 CEDH, aps. 6.4 y 7.83). Se ha hecho también una amplia referencia a la libertad de expresión (art. 10.1 CEDH, aps. 6.1, 9, 9.1 y 9.2) y a la vida privada (art. 8.1 CEDH, aps. 3.2, 4.1, 5, 7.5.2, 7.6 y 9.2). La libertad de asociación (art. 11.1 CEDH) tanto en clave política (aps. 3.3 y 6.2, en los que también se ha aludido extensamente al derecho de participar en elecciones libres –art. 3 P. 1 CEDH–) como sindical (ap. 9.1). Finalmente, se ha hecho alusión al derecho de propiedad en diversas lugares (art. 1 P.1 CEDH, aps. 2, 6.3, 8.2 y 9.3).

El derecho al proceso debido (art. 6.1 CEH) ha sido igualmente mencionado en muchas ocasiones a lo largo de estas páginas. Desde una perspectiva integral, que incluya referencias al derecho de defensa y, en ocasiones, al derecho a la presunción de inocencia (*vid.* art. 6.2 CEDH), pueden consultarse los apartados 2, 5, 7, 7.3, 7.4 y 7.84. Se han tratado, más en particular, una serie de manifestaciones concretas de este derecho, como son las referidas al acceso a la justicia (ap. 7.1), a la imparcialidad judicial (aps. 4.2 y 7.2), a la motivación de las resoluciones judiciales (ap. 7.5.1), a la intermediación en la segunda ins-

tancia penal (ap. 7.8.5), al acceso a los recursos (en general, y en relación con la casación y el amparo, aps. 7.4, 7.6.1, 7.6.2 y 4.2, respectivamente) y a que el proceso se ajuste a unos plazos razonables (aps. 4.2 y 7.7). Finalmente, se ha hecho también alusión al derecho a ser informado de la acusación (art. 6.3 CEDH, ap. 7.8.2) y al principio de legalidad penal (art. 7.1 CEDH, aps. 7.8.1 y 7.8.5).

Anexo: Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ventilan los asuntos interpuestos contra España (orden cronológico)

- 1988** [001] Asunto *Barbera, Messegue y Jabardo c. España* (Demanda 10590/83, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en sesión plenaria de 6 de diciembre de 1988).
- 1989** [002] Asunto *Unión Alimentaria Sanders c. España* (Demanda 11681/85, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 7 de julio de 1989).
- 1992** [003] Asunto *Castells c. España* (Demanda 11798/85, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 23 de abril de 1992).
- [004] Asunto *Drozd y Janousek c. Francia y España* (Demanda 12747/87, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en sesión plenaria de 26 de junio de 1992).
- 1993** [005] Asunto *Ruiz-Mateos c. España* (Demanda 12952/87, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en sesión plenaria de 23 de junio de 1993).
- 1994** [006] Asunto *Casado Coca c. España* (Demanda 15450/89, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 24 de febrero de 1994).
- [007] Asunto *Díaz Ruano c. España* (Demanda 16988/90, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 26 de abril de 1994).
- [008] Asunto *Barbera, Messegue y Jabardo (II) c. España* (Demandas 10588/83, 10589/83 y 10590/83, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en sesión plenaria de 13 de junio de 1994).
- [009] Asunto *Hiro Balani c. España* (Demanda 18064/91, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 9 de diciembre de 1994).
- [010] Asunto *López Ostra c. España* (Demanda 16798/90, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 9 de diciembre de 1994).

- [011] Asunto *Ruiz Torija c. España* (Demanda 18390/91, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 9 de diciembre de 1994).
- 1995** [012] Asunto *Gea Catalán c. España* (Demanda 19160/91, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 10 de febrero de 1995).
- [013] Asunto *Van der Tang c. España* (Demanda 19382/92, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 13 de julio de 1995).
- 1996** [014] Asunto *Salvador Torres c. España* (Demanda 21525/93, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 24 de octubre de 1996).
- [015] Asunto *Scott c. España* (Demanda 21335/93, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 18 de diciembre de 1996).
- 1997** [016] Asunto *Tejedor García c. España* (Demanda 25420/94, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 16 de diciembre de 1997).
- [017] Asunto *Brualla Gómez de la Torre c. España* (Demanda 26737/95, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 19 de diciembre de 1997).
- 1998** [018] Asunto *Edificaciones March Gallego, S.A., c. España* (Demanda 28028/95, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 19 de febrero de 1998).
- [019] Asunto *Valenzuela Contreras c. España* (Demanda 27671/95, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 30 de julio de 1998).
- [020] Asunto *Castillo Algar c. España* (Demanda 28194/95, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 28 de octubre de 1998).
- [021] Asunto *Pérez de Rada Cavanillas c. España* (Demanda 28090/95, Sentencia de Tribunal Europeo de Derechos Humanos reunido en Sala de 28 de octubre de 1998).
- 1999** [022] Asunto *García Ruiz c. España* (Demanda 30544/96, Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de 21 de enero de 1999).
- [023] Asunto *Trome c. España* (Demanda 27781/95, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de abril de 1999).
- [024] Asunto *Riera Blume y otros c. España* (Demanda 37680/97, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de octubre de 1999).

- 2000** [025] Asunto *Miragal Escolano y otros c. España* (Demandas 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 y 41509/98, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de enero de 2000).
- [026] Asunto *García Manibardo c. España* (Demanda 38695/97, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de febrero de 2000).
- [027] Asunto *Fuentes Bobo c. España* (Demanda 39293/98, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de febrero de 2000).
- [028] Asunto *Miragal Escolano y otros (II) c. España* (Demandas 38366/97, 38688/97, 40777/98, 40843/98, 41015/98, 41400/98, 41446/98, 41484/98, 41487/98 y 41509/98, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de mayo de 2000).
- 2001** [029] Asunto *Díaz Aparicio c. España* (Demanda 49468/99, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2001).
- [030] Asunto *Rodríguez Valín c. España* (Demanda 47792/99, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de octubre de 2001).
- 2002** [031] Asunto *De Diego Nafría c. España* (Demanda 46833/99, Sentencia de la Sección Primera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de marzo de 2002).
- [032] Asunto *Perote Pellón c. España* (Demanda 45238/99, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de julio de 2002).
- [033] Asunto *Cañete de Goñi c. España* (Demanda 55782/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de octubre de 2002).
- 2003** [034] Asunto *Prado Bugallo c. España* (Demanda 58496/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de febrero de 2003).
- [035] Asunto *Iglesias Gil y AUI c. España* (Demanda 56673/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de abril de 2003).
- [036] Asunto *Pescador Valero c. España* (Demanda 62435/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de junio de 2003).
- [037] Asunto *Raf c. España* (Demanda 53652/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de junio de 2003).

- [038] Asunto *Gabbari Moreno c. España* (Demanda 68066/01, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de julio de 2003).
- [039] Asunto *González Doria Durán de Quiroga c. España* (Demanda 59072/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003).
- [040] Asunto *López Sole y Martín de Vargas c. España* (Demanda 61133/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003).
- [041] Asunto *Stone Court Shipping Company, S.A., c. España* (Demanda 55524/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003).
- [042] Asunto *Soto Sánchez c. España* (Demanda 66990/01, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2003).
- 2004** [043] Asunto *Gorráiz Lizárraga y otros c. España* (Demanda 62543/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de abril de 2004).
- [044] Asunto *Quiles González c. España* (Demanda 71752/01, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de abril de 2004).
- [045] Asunto *Martínez Sala y otros c. España* (Demanda 58438/00, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 2004).
- [046] Asunto *Sáez Maeso c. España* (Demanda 77837/01, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2004).
- [047] Asunto *Alberto Sánchez c. España* (Demanda 72773/01, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004).
- [048] Asunto *Moreno Gómez c. España* (Demanda 4143/02, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004).
- 2006** [049] Asunto *Puig Panella c. España* (Demanda 1483/02, Sentencia de la Sección Cuarta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 2006).
- [050] Asunto *Lacárcel Menéndez c. España* (Demanda 41745/02, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de junio de 2006).
- [051] Asunto *Díaz Ochoa c. España* (Demanda 423/03, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de junio de 2006).

- [052] Asunto *Olaechea Cahuas c. España* (Demanda 24668/03, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de agosto de 2006).
- [053] Asunto *Dacosta Silva c. España* (Demanda 69966/01, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de noviembre de 2006).
- 2007** [054] Asunto *Verdú Verdú c. España* (Demanda 43432/02, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de febrero de 2007).
- [055] Asunto *Murillo Espinosa c. España* (Demanda 37938/03, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de junio de 2007).
- [056] Asunto *Salt Hiper, S.A., c. España* (Demanda 25779/03, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de junio de 2007).
- [057] Asunto *Pérez Arias c. España* (Demanda 32978/03, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 2007).
- [058] Asunto *De la Fuente Ariza c. España* (Demanda 3321/04, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de noviembre de 2007).
- 2008** [059] Asunto *Barrenechea Atucha c. España* (Demanda 34506/02, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de julio de 2008).
- [060] Asunto *Gómez de Liaño y Botella c. España* (Demanda 21369/04, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de julio de 2008).
- [061] Asunto *Bazo González c. España* (Demanda 30643/04, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de diciembre de 2008).
- 2009** [062] Asunto *Golf de Extremadura, S.A., c. España* (Demanda 1518/04, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de enero de 2009).
- [063] Asunto *Iribarren Pinillos c. España* (Demanda 36777/03, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de enero de 2009).
- [064] Asunto *Mangouras c. España* (Demanda 12050/04, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de enero de 2009).
- [065] Asunto *Igual Coll c. España* (Demanda 37496/04, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de marzo de 2009).

- [066] Asunto *Bendayan Azcantot y Benalal Bendayan c. España* (Demanda 28142/04, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 2009).
- [067] Asunto *Moreno Carmona c. España* (Demanda 26178/04, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de junio de 2009).
- [068] Asunto *Exteberría Barrena Arza Nafarroako Autodeterminazio Bilgunea et Atarako y otros c. España* (Demandas 35579/03, 35613/03, 35626/03 y 35634/03, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2009).
- [069] Asunto *Herri Batasuna y Batasuna c. España* (Demandas 25803/04 y 25817/04, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2009).
- [070] Asunto *Herritarren Zerrenda c. España* (Demanda 43518/04, Sentencia de la Sección Quinta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de junio de 2009).
- [071] Asunto *CC c. España* (Demanda 1425/06, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de octubre de 2009).
- [072] Asunto *Ferré Gisbert c. España* (Demanda 39590/05, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de octubre de 2009).
- [073] Asunto *Juez Albizu c. España* (Demanda 25242/06, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de noviembre de 2009).
- [074] Asunto *Aguilera Jiménez y otros c. España* (Demandas 28389/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28961/06 y 28964/06, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009).
- [075] Asunto *Muñoz Díaz c. España* (Demanda 49151/07, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009).
- [076] Asunto *Gurguchiani c. España* (Demanda 16012/06, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de diciembre de 2009).
- [077] Asunto *Llavador Carretero c. España* (Demanda 21937/06, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de diciembre de 2009).
- [078] Asunto *Tapia Gasca y D. c. España* (Demanda 20272/06, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 15 de diciembre de 2009).

- 2010 [079] Asunto *Vera Fernández-Huidobro c. España* (Demanda 74181/01, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de enero de 2010).
- [080] Asunto *Aizpurua Ortíz y otros c. España* (Demanda 42430/05, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de febrero de 2010).
- [081] Asunto *Gutiérrez Suárez c. España* (Demanda 16023/07, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de junio de 2010).
- [082] Asunto *Tendam c. España* (Demanda 25720/05, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2010).
- [083] Asunto *Polanco Torres y Movilla Polanco c. España* (Demanda 34147/06, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2010).
- [084] Asunto *Marcos Barrio c. España* (Demanda 17122/07, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de septiembre de 2010).
- [085] Asunto *San Argimiro Isasa c. España* (Demanda 2507/07, Sentencia de la Sección Tercera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de septiembre de 2010).
- [086] Asunto *Mangouras c. España* (Demanda 12050/04, Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de septiembre de 2010).