

icade núm. 104 [Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales]

Monográfico

XL Aniversario de la Constitución Española

Artículos

4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el 40 aniversario de la Constitución española (FRANCISCO DE ASÍS SANZ GANDASEGUI)

4 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el 40 aniversario de la Constitución española

FRANCISCO DE ASÍS SANZ GANDASEGUI

Abogado del Estado (FRANCISCO.SANZG@mjusticia.es)

Sumario:

- I. Introducción
 - II. La configuración del recurso de amparo a partir de la reforma producida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el TEDH
 - III. La configuración de nuevos derechos fundamentales a partir de las sentencias del TEDH
 - 1. La creación de nuevos derechos por parte del TEDH
 - 2. La creación de nuevos derechos constitucionales a partir de la jurisprudencia del TEDH
 - IV. Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento interno español y en el Consejo de Europa
 - V. Conclusiones
- Bibliografía

Resumen: En este trabajo se aborda la influencia que ha tenido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación, por parte del Tribunal Constitucional, de los derechos fundamentales formulados en la [Constitución Española](#). Cuando se cumplen casi simultáneamente 40 años de la entrada de España en el Consejo de Europa y de la aprobación de la Constitución Española (1977 y 1978, respectivamente), se analiza la positiva influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en la doctrina del Tribunal Constitucional. Sin pretender un análisis exhaustivo de la jurisprudencia, el trabajo analiza tres cuestiones de actualidad en la interacción entre el sistema del Tribunal Europeo y el sistema constitucional español. En primer lugar, la configuración del recurso de amparo a partir de la reforma producida por la [Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo](#), de la [Ley Orgánica del Tribunal Constitucional](#) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esto es, el requisito de la especial relevancia constitucional exigido para la admisión del recurso de amparo y la no existencia de tal requisito en el sistema del Convenio de Roma. En segundo lugar, se aborda un tema polémico y todavía no resuelto por la doctrina constitucional, como es la configuración de nuevos derechos a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, se analiza la reciente reforma introducida en el ordenamiento jurídico español para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento interno español que complementa el sistema de control de ejecución de sentencias por el Consejo de Europa.

Palabras clave: Derechos Fundamentales; Tribunal Constitucional; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Convenio Europeo de derechos humanos y libertades fundamentales de Roma de 1950; recurso de amparo; ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract: This paper will focus on the impact produced by the European Court of Human Rights case-law on the interpretation adopted by the Constitutional Court regarding fundamental rights laid down in the Spanish Constitution. On the occasion of honoring the almost simultaneous 40th anniversary of Spain becoming a Member State of the Council of Europe and passing the Spanish Constitution (1977 and 1978, respectively), the positive impact of the European Court of Human Rights case-law is assessed. Although the purpose is not to carry out an exhaustive assessment of the case-law, this paper nevertheless appraises the study of three current topics through the fruitful interaction between the European Court system and the Spanish Constitutional order. Firstly, the configuration of an amparo appeal [an appeal for legal protection of fundamental rights] following the reform operated by Organic Law 6/2007, of 24 May, amending Organic Law on the Constitutional Court, and the European Court of Human Rights, that is, addressing the concept of special constitutional importance as a requirement for admissibility of amparo appeals, and the non-existence of such requirement within the system of the Rome Convention. Secondly, a controversial issue not yet solved by the constitutional doctrine is addressed, namely the creation of new rights from the case-law of the European Court of Human Rights. Finally, the late reform introduced in the Spanish legal system in order to enforce judgements of the European Court of Human Rights within the internal legal order is also assessed, which supplements the control system for enforcing judgements adopted by the Council of Europe.

Keywords: Fundamental Rights; Constitutional Court; European Court of Human Rights; Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome in 1950; amparo appeal; enforcement of judgments delivered by the European Court of Human Rights.

Fecha de recepción: 16/05/2018.

Fecha de aceptación: 31/05/2018.

I. INTRODUCCIÓN

En el contenido de este número monográfico dedicado a celebrar los 40 años de la Constitución española, no puede faltar una referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), principal Institución del Consejo de Europa.

Y ello por muchas razones. La primera, por la conexión histórica entre la admisión de España al Consejo de Europa y al sistema del Convenio Europeo de derechos humanos y libertades fundamentales de Roma de 1950 (en adelante [CEDH](#)) y la Constitución Española (CE). En efecto, en noviembre del año pasado, concretamente el 23 de noviembre de 2017, se celebraron también los 40 años desde la entrada de España en esta organización donde solo se admiten países en los que impere el Estado de Derecho y tengan una Constitución democrática. No era el caso de España hasta entonces, que acababa de salir de una larga dictadura y se encontraba en pleno proceso de transición hacia la democracia, proceso

amenazado no solo por el terrorismo, y sectores involucionistas, sino por la falta de confianza de los países de nuestro entorno en su éxito.

Pero, como contaron con emoción contenida dos de los protagonistas españoles que, desde diferentes posiciones políticas, Marcelino Mayor Oreja como Ministro de UCD y Miguel Ángel Martínez como alto dirigente socialista, todas las fuerzas políticas españolas de izquierdas y derechas constitucionalistas se conjuraron a ejercer todas sus influencias en el ámbito del Consejo para acreditar la credibilidad del proceso de transición democrática española. De esta manera, y como señalada excepción a la regla habitual del Consejo, España fue admitida en el Consejo antes de que fuera aprobada y refrendada la Constitución española de 1978, como apoyo incondicional al proceso de transición democrática concretado en la elaboración de la Constitución.

Por lo tanto, dos aniversarios seguidos de gran importancia para la historia de España y su sistema político; el que se celebra este año, la aprobación de la Constitución española, y el que se celebró el año pasado, la adhesión al Consejo de Europa y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Curiosamente, en esta época tanto la institución europea como la Constitución son objeto de cuestionamiento, por diferentes y múltiples razones. En ambos casos, modificando o actualizando lo que sea preciso, se trata de instituciones vitales para garantizar un Estado de Derecho y un sistema democrático de convivencia, con respeto a los derechos fundamentales, y que han dado sobradas pruebas de todo ello.

Desde el punto de vista jurídico, que es la perspectiva desde que la se confecciona esta aportación, la relación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Constitución Española arroja un balance muy positivo.

El constituyente abrió, a través del [artículo 10](#) y del [artículo 96](#) CE la posibilidad de que los derechos fundamentales constitucionales pudieran ser interpretados a través de los textos internacionales y la jurisprudencia de sus Tribunales, entre los que se encuentra el TEDH. Por otra parte, la adhesión al Convenio de 1950 permitía su invocación como Derecho interno a través del [artículo 96](#) CE.

Y, en efecto, una vez constituido e iniciado el Tribunal Constitucional (en adelante TC), en sus funciones jurisdiccionales el 12 de julio de 1980, casi inmediatamente, la jurisprudencia del TEDH se constituyó en fuente inspiradora, como lo había sido antes para el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en orden a interpretar e incluso para dotar de contenido los derechos fundamentales españoles. Las citas y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la doctrina de Estrasburgo son presentes en casi todas las sentencias dictadas en los recursos de amparo. Según los estudios del propio TC¹³, en el 60% de las sentencias dictadas por el Tribunal en los procedimientos de amparo, se cita la doctrina del TEDH. Aunque justo es reconocer que ya la jurisdicción ordinaria antes que el propio TC había iniciado la cita de la doctrina del TEDH, la labor del Tribunal Constitucional «importando» y adaptando a las peculiaridades españolas la doctrina europea fue fundamental para la interpretación extensiva y garantista de los derechos fundamentales. Esta doctrina incorporada como propia por el TC se transfiere e integra también a los Tribunales ordinarios (Pérez de los Cobos, 2015 y 2016). Por otra parte, los fallos condenatorios contra España produjeron y siguen produciendo una mejora de la protección de los derechos fundamentales en España.

En el discurso del Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Constitucional, González Rivas (2017), se recuerda la primeriza STC 22/1981, relativa a una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Magistrado de Trabajo a resultados de un despido, donde se dilucidaba si cierta disposición del [Estatuto de los Trabajadores](#), en la que se basaba el mismo, infringía los artículos 14 y 35 de la Constitución. Al respecto, el Tribunal Constitucional subrayaba, que: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado (...) que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El art. 14 del Convenio Europeo (...) no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable (...). Así pues, conforme a esta interpretación, de decisiva relevancia en el caso español por la remisión contenida en el art. 10.2 de la Constitución, ha de concluirse que la argumentación en que se apoya el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no es suficiente para deducir de ella la inconstitucionalidad de la [disposición adicional quinta](#) del Estatuto de los Trabajadores»²⁾³⁾.

Como afirma el expresidente del Tribunal Constitucional, Pérez de los Cobos (2016) la «decisiva relevancia» de la jurisprudencia del TEDH es, pues, evidente.

De igual forma, las constantes referencias a los pronunciamientos de Estrasburgo en otras sentencias del Tribunal, tanto mediante la incorporación de contenidos como mediante la aceptación de criterios interpretativos, han enriquecido con el paso de los años el acervo constitucional español, acompañándolo con el acervo recibido del sistema del Convenio de Roma. La más ponderada valoración cualitativa, por su parte, arroja datos no menos impresionantes: derechos tan relevantes como el de igualdad ante la ley y no discriminación⁴⁾ ([art. 14](#) CE), el derecho a la intimidad⁵⁾ (art. 18.1CE), el derecho al secreto de las comunicaciones⁶⁾ ([art. 18.3](#) CE), la libertad de expresión⁷⁾ ([art. 20.1](#) CE), el derecho de reunión y manifestación⁸⁾ ([art. 21](#) CE), el derecho a un proceso con todas las garantías⁹⁾ (art. 24.2), el derecho de defensa¹⁰⁾ ([art. 24.2](#) CE) o el de presunción de inocencia¹¹⁾ ([art. 24.2](#) CE), han sido configurados por nuestra doctrina siguiendo las pautas de Estrasburgo¹²⁾¹³⁾.

Afirma Pérez de los Cobos que “estos datos muestran que el Tribunal Constitucional español se ha tomado muy en serio ese diálogo obligado con los convenios y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y con sus órganos de garantía, que impone el art. 10.2 del texto constitucional, y que ha realizado con plena disposición la labor de recepción que este precepto pretendía. En este sentido, cabría decir que el Tribunal Constitucional español ha hecho suyo el principio de la «fuerza de cosa interpretada» de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

Evidentemente, la situación en 2018 es muy diferente a la de 1978. La democracia española es incontestablemente una democracia madura en la que, mal que les pese a quienes intentan desacreditarla, sin por ello dejar de servirse de ella, todas las garantías democráticas propias del Estado de Derecho son respetadas y, si no lo son existen remedios efectivos y en última instancia está el TEDH para que los derechos fundamentales sean respetados.

El sistema de protección de derechos fundamentales del TEDH es un derecho de mínimos, o mejor dicho la protección correspondiente al estándar común de los Estados miembros,¹⁴⁾ lo que se explica fácilmente porque el sistema incluye 47 países con culturas jurídicas y sistemas políticos y sociales muy diferentes y el TEDH no puede imponer un nivel de protección de derechos que, aunque deseable, sea inalcanzable para muchos Estados¹⁵⁾. España se sitúa indudablemente por encima de los estándares comunes europeos de protección de derechos fundamentales. Y por ello, tanto la legislación como la jurisprudencia española están ya desde hace tiempo en condiciones de aportar, como de hecho sucede, su sistema de garantías al acervo del TEDH¹⁶⁾.

No se concluya de esta exposición introductoria una visión excesivamente ingenua de la relación entre el TEDH y el sistema de protección de derechos fundamentales español. Por una parte, España es uno de los países que menos demandas recibe anualmente y de estas demandas el número de las admitidas y comunicadas al Estado y por lo tanto con posibilidades de convertirse en sentencia condenatoria es muy pequeño si se compara con el número de habitantes incluidos en la jurisdicción española. Puede decirse que España se encuentra sistemáticamente entre el furgón de cola de países no solo demandados sino condenados por el TEDH, por más que algunos de los casos en los que ha sido objeto de condena hayan tenido una gran repercusión social y jurídica.

Ahora bien, por otra parte, la asunción sin duda, y con pleno convencimiento, de las bondades del sistema, no debe evitar la crítica a algunas tendencias del TEDH que pueden incluso perjudicar el sistema convencional, como la creación de derechos que no se encuentran en el CEDH o la imposición de estándares comunes europeos cuando no están consolidados, o por la infracción de la doctrina del margen de apreciación cuando se valora la decisión jurisdiccional de un Estado miembro entrando, por ejemplo, a analizar los hechos como si de una primera instancia se tratara, o no se respeta la peculiar idiosincrasia de un sistema jurídico concreto.

Por ello y finalizando esta quizás excesivamente larga introducción, el objeto de este trabajo no es tanto relatar la relación exhaustiva de casos que el TEDH ha dictado en relación o con repercusión en España, citadas en las notas precedentes, sino en seleccionar una serie de cuestiones de

actualidad que permitan comprender mejor la relación actual entre el sistema del Convenio de Roma y el sistema de protección de los derechos fundamentales en España. No se pretende obviamente descubrir el Mediterráneo puesto que los temas que van a ser citados han sido objeto de estudios mucho mejores que este, pero sí de compartir con el lector una serie de cuestiones de actualidad en la relación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el sistema de protección de los derechos fundamentales en España.

II. LA CONFIGURACIÓN DEL RECURSO DE AMPARO A PARTIR DE LA REFORMA PRODUCIDA POR LA LEY ORGÁNICA 6/2007, DE 24 DE MAYO, DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TEDH

La reforma operada por la Ley 6/2007 fue objeto de un procedimiento que se planteó ante el TEDH en el caso *Arribas Antón c. España* y que dio lugar a la STEDH de 20 de enero de 2015. En la demanda se cuestionó la inclusión del requisito de la «especial relevancia constitucional» en el [artículo 50.1.b\)](#) de la LOTC.

En defensa de la reforma legal se argumentó, por parte del Estado Español, que el Tribunal Constitucional ha desempeñado desde su entrada en funcionamiento un importantísimo papel en la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española. Su jurisprudencia, debe ser respetada por los Tribunales ordinarios en su función de protección de los derechos fundamentales, como establece, entre otros, el [artículo 7](#) de la [Ley Orgánica del Poder Judicial](#). En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 (los derechos fundamentales) de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido.

Ahora bien, el progresivo incremento de las demandas de amparo ha hecho peligrar el propio funcionamiento del Tribunal Constitucional. Paralelamente, el legislador español ha considerado oportuno reforzar el papel de la Jurisdicción ordinaria en la protección de los derechos fundamentales. No puede omitirse que la Constitución Española, en su [artículo 53.2](#), dispone que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos (...) ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso (es decir, si así se establece), a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». Por su parte, el [artículo 161.1.b](#) CE, establece como competencia del Tribunal Constitucional «el recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2, de esta Constitución, en los casos y formas que la Ley establezca». De estos preceptos se deduce que el papel primordial de la defensa de los derechos fundamentales corresponde a la Jurisdicción ordinaria, de acuerdo con la configuración legal que en cada momento se considere más adecuada.

Estos elementos han determinado que el recurso de amparo haya adquirido, sobre todo tras la reforma del año 2007, un carácter más extraordinario en sus motivos de admisión, y más subsidiario de la Jurisdicción ordinaria en la protección de los derechos fundamentales. El recurso de amparo queda reservado a aquellos casos que por su trascendencia constitucional precisan el pronunciamiento del Tribunal Constitucional. Es por ello, que el Tribunal Europeo, al enjuiciar la actuación del TC español no podía ver en éste un Tribunal ordinario al que corresponde siempre y en todo caso la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, puesto que dicha protección corresponde a la Jurisdicción ordinaria, tal y como se reforzó por la ampliación del denominado procedimiento de nulidad de actuaciones.

La reforma introducida por el legislador persigue mejorar el funcionamiento del TC y evitar el riesgo de su colapso, y en consecuencia la posibilidad de que este hecho redunde en la falta de protección de los derechos fundamentales. Para ello, se ha diseñado un sistema de protección de derechos fundamentales que, en términos utilizados por la doctrina, atiende más a circunstancias objetivas especialmente la importancia del caso para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales (la vulneración de un derecho es una condición necesaria pero no suficiente, como se ha formulado por la doctrina), que a circunstancias de tipo subjetivo, aunque no puede decirse que éstas últimas hayan quedado ni mucho menos abandonadas.

El contenido de la reforma en materia de garantía de los derechos fundamentales se fundamenta en dos pilares: la Ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de la regulación de la nulidad de los actos procesales ex [artículo 241.1](#) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria.

La reforma de la LOTC ha sido objeto de interpretación por el propio Tribunal Constitucional, pudiéndose considerar a estos efectos como fundamental la importante sentencia 155/2009, en la que se exponen criterios para valorar la especial trascendencia constitucional de la demanda.

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional 155/2009, la reforma introducida en 2007:

«El carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de “especial trascendencia constitucional”, como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, confieren a este Tribunal un amplio margen decisorio para estimar cuándo el contenido de un recurso de amparo “justifica una decisión sobre el fondo ... en razón de su especial trascendencia constitucional”. Como es obvio, la decisión liminar de admisión a trámite del recurso al apreciar el cumplimiento del citado requisito no limita las facultades del Tribunal sobre la decisión final en relación con el fondo del asunto (...) Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del [art. 50.1 b\)](#) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido.

Tales casos serán los siguientes: a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la [STC 70/2009, de 23 de marzo](#) (RTC 2009, 70); b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el [art. 10.2](#) CE; c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general; d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución; e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros; f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional ([art. 5](#) de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ); g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios».

Pues bien, el TEDH en la sentencia *Arribas Antón c. España* de 20 de enero de 2015⁴⁷, avaló esta reforma con los siguientes argumentos.

En primer lugar, el TEDH (41) recuerda que el «derecho a un Tribunal», del cual el derecho de acceso constituye un aspecto, no es absoluto y que se

presta a unas limitaciones implícitamente admitidas, especialmente en lo que respecta a los requisitos de admisibilidad de un recurso, ya que requiere, por su misma naturaleza, una normativa por parte del Estado, quien goza, a este respecto, de un cierto margen de apreciación.

El TEDH recuerda asimismo que el artículo 6 del Convenio no obliga a los Estados contratantes a crear jurisdicciones de apelación o de casación y, aún menos, jurisdicciones competentes en materia de amparo, como sucede en España. Sin embargo, un Estado que se dota de jurisdicciones de esta naturaleza, tiene la obligación de velar por que los justiciables gocen, ante ellas, de las garantías fundamentales del artículo 6.

En el apartado 47, el TEDH recuerda al respecto que no puede ir contra el Convenio, el que una jurisdicción superior rechace un recurso limitándose a citar las disposiciones legales previstas en tal procedimiento, en tanto los problemas planteados por el recurso no revistan una trascendencia especial o si el recurso no tuviera suficientes visos de prosperar. En lo que respecta –48– a un alegado defecto de motivación del Tribunal Constitucional en decisiones de admisibilidad de recursos de amparo, el TEDH recuerda haber juzgado que el rechazo de un recurso motivado por la sola referencia a la disposición de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional aplicable al asunto, había cumplido con las exigencias del artículo 6 del Convenio y estaba desprovisto de arbitrariedad (Almenara Álvarez c. España, no 16096/08, § 27, 25 de octubre de 2011, Varela Geis c. España (dec.), no 61005/09, § 38, 20 de septiembre de 2011, y Rupperecht c. España (dec.), no 38471/10, § 17, 19 de febrero de 2013).

Finalmente, El TEDH –49– estima que el fin pretendido por el cambio legislativo de 2007 es legítimo: en efecto, este cambio persigue mejorar el funcionamiento del Tribunal Constitucional y reforzar la protección de los derechos fundamentales, y esto para evitar una saturación excesiva de la función del Tribunal Constitucional para asuntos de menor importancia. Aun así, la inadmisibilidad de un recurso de amparo no debe vulnerar la sustancia misma del derecho del demandante a un «tribunal», en el sentido del artículo 6 § 1 del Convenio.

Habida cuenta de la especificidad del papel que juega el Tribunal Constitucional, cómo jurisdicción suprema de protección de los derechos fundamentales, el TEDH estima que se puede admitir que el procedimiento seguido ante dicho Tribunal lleve aparejado un mayor formalismo. Por otra parte, el TEDH estima que el hecho de subordinar la admisibilidad de un recurso de amparo a la existencia de circunstancias objetivas y a su justificación por parte del recurrente, siendo estos criterios previstos por la Ley e interpretados por la jurisprudencia constitucional –tales como la trascendencia de la causa para la interpretación, la aplicación o la eficacia general de la Constitución o para determinar el contenido y el alcance de los derechos (párrafo 29 anterior)– no es, como tal, desproporcionado o contrario al derecho de acceso al Tribunal Constitucional.

A la luz de lo que precede, el TEDH desestima la demanda.

Como subraya Pérez de los Cobos (2016), «al tiempo que el Tribunal Europeo avaló la reforma legislativa, hizo a nuestro Tribunal Constitucional dos indicaciones generales (§ 46 de la Sentencia): La primera, que el Tribunal Constitucional defina el contenido y el alcance de la especial trascendencia constitucional, estaba debidamente cumplida ya desde nuestra [STC 155/2009, de 25 de junio](#) (RTC 2009, 155), en la que se identificaron, sin ánimo exhaustivo, los supuestos idóneos para la apreciación de esa especial trascendencia constitucional. La segunda indicación, a saber, la explicitación de la especial trascendencia constitucional apreciada en cada uno de los recursos admitidos a trámite, no formaba parte de nuestra praxis, pues sólo en contadas ocasiones el Tribunal había explicitado en sentencia el motivo que le llevó a apreciar la existencia de la especial trascendencia constitucional, y siempre en casos en los que una de las partes había aducido que la demanda no debió ser admitida a trámite por carecer de esta condición. Pues bien, actualmente las providencias de admisión a trámite de recursos de amparo dictadas por las Salas o las Secciones del Tribunal han pasado a contener la alusión a cuál o cuáles de los supuestos enunciados en nuestra STC 155/2009 es el apreciado en el caso concreto. Y, además, para que adquiera la necesaria difusión, esa apreciación se ha trasladado a los «antecedentes de hecho» de las sentencias o, en su caso, a los fundamentos jurídicos».

Expuesto todo lo anterior, lo cierto es que existe una cierta asimetría entre los criterios de admisibilidad del TC y del TEDH. En efecto, el TEDH no exige acreditar un requisito similar a la especial relevancia, en este caso para el Convenio, para admitir a trámite las demandas¹⁸⁾. Ello hace, como ha puesto de relieve la doctrina (Ripoll Carulla, 2014) y se puede constatar de muchas sentencias del TEDH que haya casos españoles inadmitidos por el TC y que son, no sólo admitidos, sino estimados por el TEDH.

En la propia sentencia del caso Arribas Antón c. España, el TEDH se «reserva» esta facultad cuando dice: «51. El TEDH recuerda, por otra parte, que no tiene en absoluto como función el sustituir a las Autoridades nacionales competentes para definir la política más oportuna en materia de normativa de acceso a los recursos, sino de valorar, desde la perspectiva del Convenio, las decisiones que han dictado en el ejercicio de su facultad de apreciación. Su función no consiste por tanto en controlar de manera alguna in abstracto la Ley y la práctica pertinente, sino de averiguar, si la manera en que han sido aplicadas al demandante, ha infringido el Convenio. Por tanto, hace hincapié en subrayar que el hecho de que el Tribunal Constitucional haya declarado inadmisibles un recurso de amparo aduciendo que no revestía la especial trascendencia constitucional requerida o, en su caso, que el recurrente no había acreditado la existencia de tal trascendencia, no impide que el TEDH se pronuncie sobre la admisibilidad y el fondo de una demanda que se le plantea sobre este asunto (ver, entre otras, Del Río Prada c. España [GC], no 42750/09, CEDH 2013, Varela Geis c. España, no 61005/09, 5 de marzo de 2013, Manzanas Martín c. España, no 17966/10, 3 de abril de 2012, y R.M.S. c. España, no 28775/12, 18 de junio de 2013, sentencias dictadas por el TEDH a raíz de decisiones de inadmisibilidad de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional español)»¹⁹⁾.

Por ello, a pesar de que el propio TEDH es un órgano jurisdiccional con una importante carga de trabajo y demora en la resolución de los asuntos y de disponer de un porcentaje de inadmisibilidad de las demandas también muy alto, no existe, como causa de inadmisión, el hecho de que, sobre una cuestión, el TEDH disponga ya de una jurisprudencia reiterada. Ello, al menos teóricamente, porque las decisiones de inadmisión son solo sucintamente motivadas a pesar de los esfuerzos realizados por el Tribunal por justificarlas.

Es evidente la oportunidad, tanto por el legítimo derecho del demandante, como por la necesidad de evitar condenas repetitivas al Estado, de que en estos casos el TC admita y en su caso estime los recursos de amparo en los que exista probabilidad de que el TEDH va a estimar la demanda, aunque se trate de casos repetitivos que por ello no puedan encuadrarse en los supuestos de «especial relevancia constitucional» descritos en la STC 155/2009.

Todo ello sin perjuicio de que el TC, en aplicación de la citada STC 155/2009, aprecia especial relevancia constitucional cuando su doctrina ha sido objeto de contradicción por el TEDH.

Justo es también reconocer que el TC, aun cuando haya resuelto casos similares, admite y resuelve recursos de amparo en sentido estimatorio cuando la doctrina del TEDH es reiterada como, por ejemplo, en los casos en que se produce una condena en segunda instancia previa absolución en primera instancia sin la celebración de vista y cuando los hechos probados son modificados, o en los casos en que se aprecie una falta de investigación suficiente en una denuncia por malos tratos²⁰⁾.

Pero, en todo caso, parece conveniente por las razones expresadas que, cuando se plantee una demanda ante el TC en un asunto en el que la jurisprudencia del TEDH sea reiterada, se admita y analice el fondo del asunto. De esta manera se fortalece el sistema de protección de los derechos fundamentales en el ámbito interno y se evita tanto el esfuerzo innecesario del TEDH como las condenas a España por el TEDH. El TEDH, la reciente declaración de Copenhague de 11 de abril de 2018²¹⁾ y los trabajos del Comité Director de los Derechos Humanos del Consejo de Europa realizan continuas apelaciones a que se remedien las vulneraciones de los derechos en España cuando todavía es posible.

Otra cuestión distinta es que ha de entenderse debidamente agotada la vía previa interna cuando el demandante en amparo no ha hecho el más mínimo esfuerzo argumental para argumentar la especial trascendencia constitucional del caso. En estos casos el incumplimiento de este requisito procesal, siempre que sea explicitado en la providencia de inadmisión del TC, debería llevar a la inadmisión de la demanda ante el TEDH por no haber agotado adecuadamente las vías internas, conforme se ha expresado anteriormente.

III. LA CONFIGURACIÓN DE NUEVOS DERECHOS FUNDAMENTALES A PARTIR DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

Como se ha expuesto anteriormente, el influjo de la jurisprudencia del TEDH en la del TC por la vía del artículo 10.2 y 96 CE ha sido muy importante y fructífero en la interpretación y en el contenido de los derechos fundamentales constitucionales. La cuestión que se quiere abordar ahora es si la jurisprudencia del TEDH puede «crear» nuevos derechos constitucionales. Esta cuestión tiene un gran relieve y actualidad, no solo en el ámbito español sino y sobre todo en el ámbito del TEDH.

1. LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS POR PARTE DEL TEDH

En el ámbito del TEDH no son escasas las críticas a la evolución de su jurisprudencia por crear nuevos derechos o dotarlos de un contenido muy diferente al que tuvieron inicialmente, críticas que se convierten en alabanzas desde otras posiciones ideológicas y jurídicas.

Es bien conocida la expresión de que el Convenio es un «instrumento vivo», a *living instrument* (Canosa Usera, 2013). El contenido del derecho a la vida privada y familiar en el año 1950 es muy diferente al actual, con el empleo, por ejemplo, de técnicas informáticas. Así sucede con muchos derechos. Ello quiere decir que la interpretación del Convenio evoluciona, sin necesidad de que se modifique la formulación del Derecho. En el año 1950 no se podía prever la fuerza que podría tener la utilización de la informática y su invasión del ámbito de la intimidad de las personas, o la evolución de la consideración social y jurídica de la homosexualidad y relaciones homosexuales, la pena de muerte y tantas cuestiones que afectan a los derechos fundamentales.

Esta evolución se ha encauzado desde el punto de vista del Derecho positivo a través de los Protocolos que han actualizado los derechos del convenio o han configurado otros nuevos como sucede en el caso del derecho a la propiedad, artículo 1 del protocolo 1, el derecho a elecciones libres y periódicas también en el protocolo 1, el protocolo 4 que establece la doble instancia penal y señaladamente la prohibición de la pena de muerte en todo tipo de circunstancias, protocolo 7.

Ello podría considerarse desde la perspectiva del Derecho continental la evolución normal de la protección jurisdiccional del Convenio. El legislador, en este caso los Estados signatarios, amplían los derechos protegibles por el sistema convencional y legitiman la ampliación de la jurisdicción del TEDH. Sin embargo, en el caso del TEDH, la jurisprudencia va mucho más allá. Es cierto que no se pueden aplicar al CEDH las categorías jurídicas españolas, dada la ya evocada heterogeneidad de sistemas jurídicos, pero en algunos casos parece que la jurisprudencia va mucho más allá de lo que los Estados se comprometieron a asumir.

Ello es la consecuencia de la consideración del CEDH como se ha dicho como un *living instrument* que evoluciona paso a paso cuando se aprecia que existe un estándar común europeo que permite dar un paso más adelante en la interpretación o extensión de un derecho (Theil, 2015). Como expresa Stefan Theil cuando afirma que «The ECtHR views the Convention rights as subject to evolution and change in their understanding over time. What constitutes privacy, a right to life and freedom of expression must evolve with technological and social developments. This updating approach is, in the mind of the ECtHR, not an overruling, but rather the logical conclusion from the object and purpose of the Convention: to provide effective and meaningful protection of individual rights. The “living instrument” has indeed led the ECtHR to adapt and expand the Convention rights to keep pace with modern developments and changes in the prevailing societal attitudes. The ECtHR thus intends to provide for an interpretation of the Convention that “upholds individual rights as practical and effective, rather than theoretical and illusory protections”» (Theil, 2015)²².

Por su parte, Letsas (2012), afirma que «the first thing to note is that it coheres with the Court’s general approach to legal interpretation, which in previous work I have called Strasbourg’s interpretive ethic. This ethic is based on rejecting textualism and intentionalism as methods of interpretation of the Convention. I already mentioned the Court’s doctrine of autonomous concepts, which detaches the meaning of several Convention concepts from the way they are construed within the respondent state. In addition, the Court has read into the Convention, rights that are not explicitly mentioned in the text, such as the right of access to Court. Finally, the Court has recognised not only rights the drafters could not have intended to protect, such as the right to vote in EU elections, but also rights that they had intended not to protect, such the right not to join a trade union. In other words, the Court’s interpretive ethic has been both anti textualist and anti-originalist».

Y a partir de aquí refleja la problemática que esto causa cuando afirma que «Yet the Court’s interpretive ethic is not uncontroversial. In recent years, a number of old Contracting states have vocally reacted against the Court’s adverse rulings and against the retreat of the use of the margin of appreciation²³. Meanwhile, the issue of the legitimacy of the European Court and the role of consensus in its case law has become a lively topic. Even if the morality of human rights requires a counter-majoritarian reading of the Convention, as I argue, does the Court possess the legitimacy to impose its own view about what human rights require upon most or all contracting states? Does the moral reading of the Convention exceed the boundaries of the Court’s legitimacy? After all, the Court is an international, not a constitutional court and its effect is ultimately dependent on state consent. If evolutive interpretation is controversial at domestic level, then it is even more controversial at international level».

El autor expone muy bien las diferentes tesis al respecto y sobre ellas cada persona tendrá sus preferencias y convicciones. No hay duda del aspecto positivo que supone actualizar el CEDH a las nuevas realidades jurídicas, políticas y sociales. Tampoco hay duda de que no se puede pretender que cada uno de los avances en la formulación de nuevos derechos o en su extensión deba obligatoriamente encauzarse a través de nuevos protocolos, de difícil elaboración y consenso. Pero, precisamente, por la dificultad que manifiesta la redacción de nuevos protocolos parece que el TEDH debería tener un cierto *self-restraint* a la hora de formular nuevos derechos o extenderlos cualitativamente con, por lo menos, una estricta aplicación de los principios de subsidiariedad, margen de apreciación y las reglas jurisprudenciales que permiten apreciar un consenso europeo en nuevos derechos o interpretaciones. Lo contrario no puede sino suscitar desafección entre los Estados miembros y cierta inseguridad jurídica y, por supuesto, la división entre la parte de la sociedad partidaria de la ampliación de un derecho y la que considera que no debe hacerse. El caso de la maternidad subrogada y la sentencia de la Gran Sala de 24 de enero de 2017 *Paradiso and Campanelli v. Italy*²⁴ es un claro ejemplo de lo que se pretende decir, o la pretensión de establecer carácter retroactivo a las pensiones entre cónyuges en el caso del matrimonio homosexual, caso *Tomas Aldeguer c. España* de 14 de junio de 2016²⁵ por no citar otros supuestos²⁶ y²⁷.

Pues bien, respecto de todas estas cuestiones y como advierte Montalvo Jääskeläinen (2012) la clave está en la falta de previsibilidad de cuál va a ser la actuación del Tribunal y el hecho, que obviamente temen los Estados, de que con cualquiera de estas técnicas el Tribunal se convierta no tanto en un órgano que interpreta la Ley sino que la crea. El Tribunal es consciente de este importante tema y hace un uso comedido de estas facultades, pero no cabe duda de que es todo un riesgo que afecta a su propia legitimidad en caso de un eventual exceso en el uso de sus atribuciones.

Pues bien, como se ha expuesto, esta situación ha sido objeto de críticas en favor y en contra por parte de la doctrina Estados y sociedad civil.

Por un parte, las posiciones que estiman que el TEDH tiene una función de promoción de los derechos y afirman que puede crear Derecho y, por otra, posiciones que defienden en la interpretación literalista: El TEDH debe someterse a la ley; la ley es el convenio y por lo tanto el lugar que existe para el creacionismo judicial es limitado.

En el fiel de la balanza está la técnica de la evolución del Convenio a través de los estándares comunes a partir de la legislación interna y la jurisprudencia de los Estados miembros.

2. LA CREACIÓN DE NUEVOS DERECHOS CONSTITUCIONALES A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Pues bien, todo esto se trae a colación por la cuestión que motiva este epígrafe que es si el convenio permite la creación de nuevos derechos no previstos en la CE, lo que vuelve a suscitar una notable polémica, planteada pero no resuelta²⁸.

A estos efectos procede en este caso limitarse a hacerse eco del debate creado en el seno del propio TC. El Tribunal Constitucional ha adoptado posiciones un tanto contradictorias. En la [STC 186/2013, de 4 de noviembre](#) (RTC 2013, 186), el Tribunal ante un caso de expulsión de una ciudadana que tenía una hija en España, se planteó si dicha expulsión vulneraba el [artículo 18.1](#) CE, a la vista de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida privada y familiar recogido en el [artículo 8](#) del CEDH.

Pues bien, en el fundamento jurídico 6 el Tribunal afirma:

«En este punto y sobre el contenido y alcance del derecho a la intimidad familiar que reconoce a todas las personas el [art. 18.1](#) CE existe una doctrina constitucional consolidada que procede recordar. En la [STC 236/2007, de 7 de noviembre](#) (RTC 2007, 236), FJ 11, precisamente en relación a si era constitucional la remisión al reglamento que los [arts. 16](#) a [18](#) de la [Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEx) contenían en materia de reagrupación familiar o contradecía las reservas de ley prevista en los [arts. 81.1](#) y [53.1](#) CE, declaramos que «el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contraste con la de este Tribunal, ha deducido de aquel precepto un “derecho a la vida familiar”, que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso Johansen, de 27 de junio de 1996, § 52) ... Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha admitido que en algunos casos el [art. 8.1](#) CEDH puede actuar como límite a la posibilidad de aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros, si bien teniendo en cuenta a su vez los límites impuestos por el [art. 8.2](#) CEDH, las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego (entre muchas, STEDH caso Dalia, de 19 de febrero de 1988, §§ 39-45, 52-54)».

En todo caso, en la misma Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, matizamos que «nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el [art. 8.1](#) CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el [art. 18.1](#) CE» y dijimos en esa misma resolución que el [art. 18](#) CE «regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia».

Posteriormente, en la [STC 60/2010, de 7 de octubre](#) (RTC 2010, 60), resolviendo acerca de qué principios o derechos constitucionales se ven restringidos como consecuencia de la adopción de la pena de prohibición de aproximación a la víctima de los delitos aludidos en el [art. 57.2](#) [Código Penal](#) (...) puntualizando inmediatamente después que «la distancia entre la doctrina expuesta y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el [art. 8.1](#) CEDH, que, tal y como afirma la Sala en el Auto de cuestionamiento, ha deducido de este precepto un “derecho a la vida familiar”, debe relativizarse en gran medida. En efecto, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, hemos señalado que nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el [art. 8.1](#) CEDH (FJ 11). Sin embargo, según se ha advertido, ello en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese “derecho a la vida familiar” derivado de los [arts. 8.1](#) CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional».

«7. En consecuencia, procede declarar que es jurisprudencia constitucional reiterada, a la que hemos de ajustarnos al resolver este recurso de amparo, que el “derecho a la vida familiar” derivado de los [arts. 8.1](#) CEDH y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex [art. 18.1](#) CE y que su protección, dentro de nuestro sistema constitucional, se encuentra en los principios de nuestra Carta Magna que garantizan el libre desarrollo de la personalidad ([art. 10.1](#) CE) y que aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia ([art. 39.1](#) CE) y de los niños ([art. 39.4](#) CE), cuya efectividad, como se desprende del [art. 53.2](#) CE, no puede exigirse a través del recurso de amparo, sin perjuicio de que su reconocimiento, respeto y protección informará la práctica judicial ([art. 53.3](#) CE), lo que supone que los jueces ordinarios han de tenerlos especialmente presentes al ejercer su potestad de interpretar y aplicar el art. 57.2 LOEx, verificando si, dadas las circunstancias del caso concreto, la decisión de expulsión del territorio nacional y el sacrificio que conlleva para la convivencia familiar es proporcional al fin que dicha medida persigue, que no es otro en el caso del art. 57.2 LOEx que asegurar el orden público y la seguridad ciudadana, en coherencia con la [Directiva 2001/40/CE](#), de 28 de mayo de 2001 del Consejo. Por todo ello, verificado que la posición jurídica invocada en la demanda en relación a la vida familiar y las relaciones paterno-filiales no aparece protegida por ningún precepto constitucional exigible en este cauce procesal, corresponde desestimar también este segundo motivo de amparo».

Es decir, el Tribunal no puede pronunciarse sobre el fondo del asunto porque el derecho alegado no se encuentra entre los derechos fundamentales previstos en la Constitución y estima implícitamente que la solución a este conflicto corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, la [STC 11/2016, de 1 de febrero](#) (RTC 2016, 11), parece que mantiene un criterio distinto, como se deduce de la lectura de los fundamentos jurídicos 2 y 3 cuando afirma: «2. No hay precedente de sentencia constitucional sobre casos análogos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí ha resuelto asuntos similares en un sentido favorable al reconocimiento del derecho a disponer de los restos humanos para su enterramiento como contenido del derecho al respeto de la vida privada y familiar ([art. 8](#) CEDH). (...) 3. A la vista de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es criterio de interpretación de las normas constitucionales relativas a las libertades y derechos fundamentales ([art. 10.2](#) CE), cabe afirmar que la pretensión de la demandante que da origen a las resoluciones impugnadas se incardina en el ámbito del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el [art. 18.1](#) CE. Ahora bien, como todo derecho fundamental, también éste admite restricciones que respondan a “un fin constitucionalmente legítimo” y que sean necesarias y adecuadas “para alcanzar dicho objetivo” (por todas, [SSTC 62/1982, de 15 de octubre](#) (RTC 1982, 62) , FJII 3, 4 y 5; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, y 64/2001, de 17 de marzo)».

En conclusión, las resoluciones impugnadas han vulnerado el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar ([art. 18.1](#) CE) de la actora, por no esgrimir normas que pudieran dar cobertura jurídica suficiente a su decisión e imponer un sacrificio desproporcionado, sin que se vislumbren bienes constitucionales cuya preservación justifique la denegación del permiso de incineración solicitado».

Frente a la opinión mayoritaria, se emitió un voto particular del Presidente, don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel. En él, se recoge la discrepancia con este criterio cuando se afirma:

«El principal motivo de mi desacuerdo radica en que, a mi entender, la pretensión de la demandante de obtener autorización para incinerar los restos resultantes del aborto padecido no puede ser reconducida al contenido protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en el [art. 18.1](#) CE. A mi modo de ver, el derecho a la intimidad proclamado en el art. 18.1 de nuestro texto constitucional se incluye “dentro del más genérico derecho al respeto de la vida privada y familiar” proclamado en el art. 8.1 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales ([SSTC 207/1996, de 16 de diciembre](#) (RTC 1996, 207), FJ 4; [233/2005, de 26 de septiembre](#) (RTC 2005, 233), FJ 6). Ahora bien, precisamente por la mayor amplitud de este último, los respectivos ámbitos de protección de uno y otro precepto no resultan totalmente coincidentes. Por lo que se refiere específicamente a la intimidad familiar, así lo ha declarado de manera expresa el Tribunal Constitucional en algunos de sus pronunciamientos, al afirmar que «nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida

familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el [art. 8.1 CEDH](#)» (SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11; y 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8), y que «es jurisprudencia constitucional reiterada...que el “derecho a la vida familiar” derivado de los [arts. 8.1 CEDH](#) y 7 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea no es una de las dimensiones comprendidas en el derecho a la intimidad familiar ex [art. 18.1 CE](#)» (STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 7).

«Estos presupuestos permiten, a mi juicio, concluir que el criterio interpretativo prescrito en el [art. 10.2 CE](#) no puede conducir a integrar el contenido del derecho a la intimidad ex [art. 18.1 CE](#) mediante una traslación automática e indiscriminada de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el derecho al respeto de la vida privada y familiar a que hace referencia el art. 8.1 del Convenio de Roma. El [art. 10.2 CE](#) ciñe su mandato a los derechos fundamentales y a las libertades “que la Constitución reconoce”, de modo que, como la propia doctrina constitucional ha advertido, no es posible ignorar en su aplicación “las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos” (SSTC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6; [16/2004, de 23 de febrero](#) (RTC 2004, 16) , FJ 3). Pues bien, en mi opinión, esta exigencia no ha sido observada por la Sentencia de la que discrepo cuando, con apoyo en resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictadas en relación con el art. 8.1 del Convenio, sitúa la pretensión de la recurrente dentro del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar reconocido en nuestra Constitución, dando así lugar a lo que considero constituye una indebida ampliación del ámbito protegido por el [art. 18.1 CE](#), que no se acomoda a la lectura que de él ha venido haciendo el [Tribunal Constitucional](#) (entre otras, SSTC 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134) , FJ 5; [190/2013, de 18 de noviembre](#) (RTC 2013, 190) , FJ 2».

No se puede concluir, ante estos dos pronunciamientos contradictorios, que exista ya una doctrina clara del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión. Desde el punto de vista estrictamente jurídico y más allá de la solución del caso concreto con criterios de justicia material, lo cierto es que la Constitución reconoce unos derechos fundamentales como susceptibles de amparo y otros que no lo son y que dicha asimetría se constata por ejemplo en el derecho a la propiedad, formulado en el artículo 1 del protocolo 1 del CEDH y no en la Constitución como derecho fundamental y no se puede afirmar que no por ello dicho derecho no esté protegido en nuestro sistema jurídico.

IV. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO INTERNO ESPAÑOL Y EN EL CONSEJO DE EUROPA

Una cuestión que se planteaba de manera recurrente tanto en la doctrina como en la práctica es el efecto que una sentencia del TEDH puede tener en el ordenamiento español.

El artículo 46.1 del Convenio prevé que «las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes». De dicho precepto se deduce que el TEDH no tiene la potestad de hacer ejecutar lo juzgado, función que, según el apartado 2 del citado precepto, se atribuye al Comité de Ministros del Consejo de Europa quien deberá velar por la ejecución de las sentencias.

Por su parte, el artículo 41 del Convenio prevé la concesión de una «satisfacción equitativa» al particular que ha sufrido la vulneración como remedio a la falta de cumplimiento íntegro de la sentencia. La cuantificación de esta satisfacción equitativa corresponde al TEDH. La satisfacción equitativa comprende tanto el daño material como el daño moral, así como las costas siempre que sean «reales, necesarias y razonables». No está prevista por lo tanto la *restitutio in integrum*. Las sentencias del TEDH no anulan sentencias, ni normas ni actos de la Administración.

La sentencia del Tribunal Constitucional español 197/2006 ha recopilado la doctrina sobre la ejecución de sentencias del TEDH en España, antes de la reforma producida por la LOPJ en 2015.

En el Fundamento Jurídico 3º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 197/2006 se explica, con remisión a los precedentes de las resoluciones del propio Tribunal 313/2005 y 245/1991, los efectos de las Sentencias del TEDH en España, doctrina que puede sintetizarse de la siguiente manera:

– El Tribunal Constitucional se hace eco de la doctrina del TEDH según la cual las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos declarados contrarios al Convenio, citando las sentencias Marckx (Sentencia de 13 de junio de 1979) y Pakelli (Sentencia de 25 de octubre de 1983), Olsson c. Suecia (núm. 2), Sentencia de 27 de mayo de 1992, §§ 93 y 94; Ribemont c. Francia, Sentencia de 7 de agosto de 1996, §§ 19 y 21 a 23; Hentrich c. Francia, Sentencia de 3 de julio de 1997, §§ 13 a 16; Scozzari y Giunta c. Italia, Sentencia de 13 de julio de 2000, § 249; Mehemi c. Francia (núm. 2), Sentencia de 10 de abril de 2003, § 43; Assanidza c. Georgia, Sentencia de 8 de abril de 2004, § 198; Öcalan c. Turquía, Sentencia de la Gran Sala de 12 de mayo de 2005, § 210].

Para el Tribunal Constitucional «el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal». Y es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de conformidad con lo dispuesto en el [art. 46 CEDH](#) (rubricado «fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias»), tan sólo ostenta una potestad declarativa, puesto que la fase de ejecución de sus sentencias es encomendada al Comité de Ministros, órgano encargado de «velar» por su ejecución».

Por ello, las Sentencias pronunciadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no son ejecutivas y del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos no se desprende que el Tribunal Europeo «tenga atribuciones para derogar una norma, anular un acto administrativo o casar una sentencia que estimase contraria al Convenio». Las Sentencias pronunciadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son resoluciones «sin efecto directo anulatorio interno, ni ejecutoriedad a cargo de los Tribunales españoles».

– Sin embargo, lo anterior no determina que las sentencias del TEDH carezcan de efectos internos cuando declaran la vulneración de un derecho reconocido en el Convenio.

El Tribunal Constitucional admitió la eficacia de las sentencias a través del recurso de revisión penal cuando la lesión de un derecho es grave e implica pena privativa de libertad que todavía se mantiene al dictar sentencia. Ese fue el caso de la STC 245/1991 que estimó el recurso de amparo formulado por los demandantes por vulneración del derecho a un proceso público con todas las garantías ([art. 24.2 CE](#)), al constatar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «declaró la existencia de una violación del Convenio especialmente cualificada, la del art. 6.1, en un proceso penal que terminó con la condena de los actores y al que dicho Tribunal imputa una serie de irregularidades que le llevan a concluir que aquel procedimiento penal, tomado en su conjunto, no ha satisfecho las exigencias de un juicio justo y público». En ese caso las condenas penales de pérdida de libertad estaban pendientes aún de cumplimiento, razón por la cual, el Tribunal Constitucional anuló tanto la Sentencia del Tribunal Supremo impugnada en amparo, como las Sentencias condenatorias de los recurrentes.

En aquellos casos en que la lesión no es «actual», circunstancia ésta que el Tribunal aprecia de manera casuística (por ejemplo en la sentencia de reiterada cita, no considera «actual» la lesión causada por una resolución que el TEDH había anulado consistente en el despido de un trabajador por infracción del Convenio), el Tribunal Constitucional considera que dicha declaración ni permite la revisión de la sentencia española ni debe producir efectos en el orden interno.

– El Tribunal Constitucional parece valorar el hecho de que el TEDH acuerde en un caso concreto la «satisfacción equitativa» del artículo 41 de Convenio a solicitud del reclamante para entender de ese modo cumplidos los efectos de su sentencia, junto con el valor moral de la declaración de incumplimiento sin necesidad de rescindir la resolución censurada.

– Aunque no existe en España un sistema específico para ejecutar las sentencias del TEDH (Ripoll Carulla, 2010), que no anulan sentencias, ni

normas ni actos de la Administración, esta situación se ha visto modificada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite desde el año 2004 que una sentencia del TEDH puede servir de fundamento para la interposición y admisión de un recurso de revisión de sentencias, en el ámbito penal.

Pues bien, la [Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio](#), por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ha supuesto una modificación sustancial de esta situación, admitiendo la revisión de sentencias internas como consecuencia de una sentencia del TEDH, a través del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo y todos los órdenes jurisdiccionales.

Así, dispone el [artículo 5.bis](#) de la LOPJ: «Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión».

Por ello, constituyen requisitos para admitir la revisión que la resolución judicial firme, que se haya declarado por el TEDH una violación del CEDH o Protocolos declarada por el TEDH de carácter grave, que sus efectos persistan y que el demandante no disponga de otra alternativa.

Esta previsión general de la LOPJ se ha concretado en las leyes de los diversos órdenes jurisdiccionales. Por ejemplo, en materia penal (aunque de manera similar se regula en la [LJCA](#), LECi, o en las Leyes que regulan la Jurisdicción social y la militar), el artículo 954.3 LECri dispone que: «Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. En este supuesto, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal».

Las leyes procesales limitan por lo tanto la posibilidad de ejercer esta acción exclusivamente al demandante ante el TEDH (no permiten su extensión a casos análogos) y en el plazo de un año. La estimación del recurso puede implicar la anulación de la condena con o sin retroacción de actuaciones.

Así procedió el [Tribunal Supremo en las SSTs 145/2015, de 12 de marzo](#) (RJ 2015, 1129), [633/2015, de 23 de octubre](#) (RJ 2015, 4921) y [177/2015, de 26 de marzo](#) (RJ 2015, 1496) en casos de condena en segunda instancia previa absolución en primera.

Es este un cambio legislativo sustancial abierto a la aplicación que vaya haciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo, partiendo de que la regulación no se ha de interpretar en el sentido de que, en todo caso, si el TEDH ha apreciado la vulneración de un derecho reconocido en el CEDH, haya de estimarse directamente la demanda de revisión, y deba acordarse mecánica e ineludiblemente la nulidad de la sentencia cuya revisión se pretende.

No se trata, por lo tanto, de proceder a ejecutar la resolución del TEDH. Por el contrario, lo que permite el llamado recurso de revisión, es precisamente el examen o reapertura del caso, que ya había sido cerrado por la sentencia firme, en orden a la precisión de los efectos que necesariamente haya de producir la declaración del TEDH en el supuesto concreto que se examina.

Como afirma la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo, «la declaración de la existencia de vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, bien en el desarrollo del proceso, bien en la obtención o práctica de una determinada prueba de cargo, no siempre determinará la nulidad de la sentencia condenatoria dictada contra quien acudió al Tribunal de Estrasburgo, pues puede que no haya sido afectado todo el proceso o que la declaración no se refiera a todas las pruebas, y que subsista material suficiente, independiente de la vulneración declarada, que autorice el mantenimiento de la condena, total o parcialmente. Será preciso, pues, en cada caso determinar el alcance de la declaración efectuada por ese Tribunal».

En la STS 1483/2017 de la Sala de lo Penal de 19/04/2017, N.º de Recurso: 20748/2016, se llega a una solución similar en un caso que afectaba a la libertad de expresión de un abogado condenado por calumniar a una Juez. La STEDH, caso Rodríguez Ravelo c. España de 12 de enero de 2016, declaró la vulneración del CEDH. Pues bien, el Tribunal Supremo afirma: «Como antes se señaló el objeto del recurso de revisión es simple y congruente con su naturaleza de recurso extraordinario: constatar si un hecho nuevo –en el caso de la Sentencia del TEDH– supone una evidencia de que el recurrente no debió ser condenado. A ese cuestionamiento la respuesta es obvia, no debió ser condenado, porque se vulneró el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 10 de Convenio y 20 CE. Por lo tanto, el hecho nuevo, la Sentencia del TEDH debe relacionarse con el objeto del recurso de revisión, la anulación de la condena, condenatoria que se ha producido con lesión de un derecho fundamental. En consecuencia, a tenor de lo argumentado procede estimar el recurso de revisión y declarar la nulidad de las sentencias de 24/4/08 del Juzgado de lo Penal n.º 4 de Las Palmas de Gran Canaria, dictada en el Procedimiento Abreviado 238/07, y la de 19/4/10 dictada en el Rollo 179/2008 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria que condenó y confirmó, respectivamente, a Maximiliano como autor de un delito de calumnias. Consecuentemente ha de dejarse sin efecto y anular las sentencias, a las que se refiere la revisión que se insta, con declaración de las costas de oficio».

Todo ello determina que en nuestro ordenamiento ya no se pueda seguir afirmando que las STEDH carecen de valor jurídico. Lo tienen por la declaración de la vulneración, por la satisfacción equitativa o resarcimiento que, en el caso de daños materiales, pueden ser completo, por la posible reapertura de procedimientos judiciales cerrados y, como se expondrá a continuación en el procedimiento de supervisión de ejecuciones que tiene lugar ante el Comité de Ministros del Consejo de Europa, porque puede determinar la adopción de medidas generales como la revisión de la legislación.

Como ya se ha expuesto, los artículos 39 y 46 del Convenio prevén la obligación de cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ya se ha afirmado que no corresponde sin embargo al Tribunal ejecutar sus sentencias, salvo en casos excepcionales, sugerir o indicar cómo deben cumplirse. La supervisión de la ejecución de las sentencias corresponde al Comité de Ministros del Consejo de Europa, asistido por el Departamento para la ejecución de las sentencias del Tribunal.

Los Estados están obligados jurídicamente a remediar las violaciones, pero tienen un margen de apreciación en cuanto a los medios. Las medidas pueden afectar individualmente al demandante, o ser de alcance general. En el primer caso, se denominan medidas individuales. Estas medidas tienen por finalidad disponer lo necesario para, primero, poner fin a la violación y para la reparación de las consecuencias negativas para el demandante. Esto implica el pago del dinero otorgado por el Tribunal como satisfacción equitativa, o acordado entre las partes. Cuando la compensación monetaria no puede eliminar las consecuencias de una violación, el Comité de Ministros intenta que las autoridades adopten cualquier otra medida de carácter individual que pueda remediar la violación. Entre las medidas más importantes destaca la posibilidad de reapertura de los procedimientos en los que se ha producido la vulneración, como se ha expuesto anteriormente al tratar la ejecución de las sentencias en España. En segundo lugar, la ejecución de las sentencias también incluye la adopción de medidas generales para evitar violaciones similares, como, por ejemplo, modificaciones normativas cuando se aprecia un problema estructural o sistémico. El hecho mismo de publicar y traducir las sentencias en la lengua de cada Estado, asegurando su difusión, tiene un gran valor de cara a asegurar su aplicación.

El procedimiento de supervisión culmina con la aprobación de las medidas por el Comité de Ministros. Hasta entonces, los Estados deben proponer, en primer lugar, un «plan de acción», especificando las medidas que van a adoptar. Una vez adoptadas, los Estados formulan un informe sobre las acciones adoptadas. Durante el proceso de supervisión, los demandantes, las ONG's y las instituciones nacionales para la promoción y protección de los derechos humanos podrán presentar observaciones por escrito. La mayoría de los casos siguen el cauce del

procedimiento estándar. Sin embargo, se aplica el procedimiento reforzado en casos que requieran medidas urgentes de carácter individual o que revelan problemas estructurales importantes. En estos casos el control y seguimiento por parte del comité de Ministros es mucho más intenso. El Comité de Ministros por acuerdo cualificado puede plantear al Tribunal las dudas que le surjan sobre la interpretación de una sentencia. En caso extremo el Comité puede plantearse, ante un incumplimiento grave y reiterado por un Estado, su expulsión del Consejo de Europa.

Para terminar este trabajo, parece oportuno poner un ejemplo para acreditar lo que se viene diciendo. Ya se han expuesto las deficiencias observadas por el TEDH por el hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico era posible que una sentencia absolutoria en primera instancia pudiera dar lugar a una condenatoria sin respetar el principio de inmediación en segunda instancia. El Comité de Ministros del Consejo de Europa mediante sus servicios técnicos propuso a España la adopción de medidas generales tendentes a solventar este fallo sistémico de nuestro ordenamiento.

Fruto de ello es la Ley Orgánica 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la [Ley de Enjuiciamiento Criminal](#) para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Se señala, en su exposición de motivos, que «se ha considerado oportuno completar la regulación del recurso de apelación con nuevas previsiones legales relativas al error en la valoración de la prueba como fundamento del recurso y al contenido de la sentencia que el órgano *ad quem* podrá dictar en tales circunstancias, cuyo fin último es ajustar la reglamentación de esta materia a la doctrina constitucional y, en particular, a las exigencias que dimanen del principio de inmediación. En relación con lo primero, cuando la acusación alegue este motivo como base de su recurso ya fuera a fin de anular una sentencia absolutoria, ya para agravar las condiciones fijadas en una condenatoria, deberá justificar la insuficiencia o falta de racionalidad de la misma o su apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna de las pruebas practicadas, siempre que fueran relevantes, o cuya nulidad hubiera sido improcedentemente declarada. En esta tesitura, el tribunal de apelación verá limitadas sus facultades a declarar la nulidad de la sentencia cuando fuera procedente, fijando el alcance de esa declaración, esto es, si afecta exclusivamente a la resolución del órgano a quo o si ha de extenderse al juicio oral y, en este último caso, si debe darse una nueva composición a ese órgano al objeto de garantizar su imparcialidad».

Esta finalidad se concreta mediante una nueva redacción de los artículos 790 y 792 de la Ley procesal penal, con el siguiente contenido: «1. La sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas. Cuando la acusación alegue error en la valoración de la prueba para pedir la anulación de la sentencia absolutoria o el agravamiento de la condenatoria, será preciso que se justifique la insuficiencia o la falta de racionalidad en la motivación fáctica, el apartamiento manifiesto de las máximas de experiencia o la omisión de todo razonamiento sobre alguna o algunas de las pruebas practicadas que pudieran tener relevancia o cuya nulidad haya sido improcedentemente declarada. 2. No obstante, la sentencia, absolutoria o condenatoria, podrá ser anulada y, en tal caso, se devolverán las actuaciones al órgano que dictó la resolución recurrida. La sentencia de apelación concretará si la nulidad ha de extenderse al juicio oral y si el principio de imparcialidad exige una nueva composición del órgano de primera instancia en orden al nuevo enjuiciamiento de la causa. 3. De esta manera, se garantiza que si, como consecuencia de la decisión del Tribunal superior, se anula la sentencia absolutoria o se pretende agravar las condiciones de una sentencia condenatoria, habrá de repetirse el juicio oral, garantizando en todo caso el principio de inmediación».

Hasta aquí este trabajo para celebrar el 40 aniversario de la adopción de la Constitución Española y su relación con el CEDH. El autor espera haber podido transmitir al lector la valoración positiva de la relación entre el sistema del CEDH y la Constitución Española y las cuestiones que en la actualidad suscitan más interés²⁹.

V. CONCLUSIONES

Primera. No cabe duda que es motivo de alegría para toda persona que asuma los principios de un Estado democrático y la protección de los derechos fundamentales, la celebración del 40 aniversario tanto de la Constitución Española, como de la adhesión de España al sistema convencional del Convenio de Roma. La robustez actual de estas Instituciones para la consecución de los fines para los que han sido creados es algo digno de celebración.

Segunda. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido una importancia fundamental para la formulación del contenido de los derechos fundamentales en la Constitución Española. De hecho, el 60% de las sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en recursos de amparo, citan sentencias del TEDH

Tercera. La interacción actual entre el Convenio de Roma y el sistema constitucional español plantea diversas cuestiones de actualidad. La primera de ellas es el efecto de la reforma del recurso de amparo introducida por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, al limitar la admisión de las demandas a los casos en que se aprecie una especial relevancia constitucional, tiene sobre el ulterior recurso ante el TEDH que no contiene estas limitaciones. Es posible, y de hecho así sucede, que el TEDH admita a trámite e incluso estime una demanda rechazada por el Tribunal Constitucional por entender que existe falta de relevancia por suponer un nuevo caso de una doctrina ya consolidada. En el trabajo se propone la posibilidad de que el Tribunal amplíe las causas de relevancia constitucional que permitan la admisión de demandas en el recurso de amparo a supuestos en que una sentencia española contradiga claramente la doctrina de Estrasburgo.

Cuarta. Otra cuestión planteada es la posibilidad de creación de nuevos derechos constitucionales a partir de la doctrina del TEDH en la interpretación del Convenio y sus protocolos. Siendo esta cuestión misma objeto de debate en el ámbito del sistema convencional (donde debe imperar la prudencia y mesura del TEDH), parece que deben primar las tesis de que no se puede ampliar la protección en amparo –sin perjuicio de su protección por la jurisdicción ordinaria– de derechos que el Constituyente no ha formulado.

Quinta. Finalmente, procede revisar sustancialmente el alcance de las sentencias del TEDH sobre el ordenamiento jurídico español. Tanto por eficaz la labor del Comité de Ministros y sus servicios administrativos, encargados de la supervisión de los Estados en la ejecución de las sentencias del Tribunal, como por la introducción en España por la reforma de 2015 en la LOPJ como nuevo motivo del recurso de revisión de sentencias con valor de cosa juzgada de una sentencia del TEDH, concurriendo las características expresadas, se ha expandido notablemente la inicial eficacia de las decisiones del Tribunal de Estrasburgo, tanto en el ámbito del caso individual como en los casos en que se detecten vicios sistémicos en la normativa española por contrariar la doctrina europea.

BIBLIOGRAFÍA

Bandrés Sánchez-Cruzat, J.M. (2007, 4 de octubre). Los estándares de calidad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el derecho al proceso equitativo y el plazo razonable de resolución. *Jornades sobre bona administració de justícia i tutela judicial efectiva*. Recuperado de http://justicia.gencat.cat/web/contenut/documents/arxius/estandares_de_qualidad.pdf

Canosa Usera, R. (2013). *Interpretación evolutiva de los Derechos Fundamentales*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3455/9.pdf>

Casadevall, J. (2012). *El convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal de Estrasburgo y su Jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Freixes Sanjuán, T. (1995). Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de Derechos en Europa. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 11/12.

García Roca, J. (2012). El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo. *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 183-224.

González Rivas, J. J. (2017). *Discurso con motivo de los actos de celebración del 40 aniversario de adhesión al Consejo de Europa*. Recuperado de https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2017_095/XI%20Aniversario%20ingreso%20Espana%C3%B1a%20Consejo%20Eu

Jimena Quesada, L. (2010). El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 15, 41-74.

Letsas, G. (2012, 14 March). The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and its *Legitimacy*. Recuperado de SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2021836> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2021836>

Montalvo Jääskeläinen, F. (2012). El difícil equilibrio entre la globalización de los derechos y su contextualización desde la doctrina del margen de apreciación nacional. *Estudios de Deusto*, 60 (2), 133-154.

Morte, C. (2014). *Cómo presentar una demanda ante el TEDH*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Pastor Ridruejo, J.A. (2007). *La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: temas escogidos*. Recuperado de http://www.ehu.es/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2007/2007_8.pdf

Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2015, 22 de mayo). *Speech by the President of the Constitutional Court of Spain*. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado de https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150522_OV_President_Tribunal_constitutionnel_Madrid_SPA.pdf

Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2016). *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional español: una relación fructífera*. Recuperado de <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2016-05-17-00-00/Ponencia%20del%20Presidente%20del%20Tribunal%20Constitucional.pdf>

Ripoll Carulla, S. (2007). Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 79, 309-406.

Ripoll Carulla S. (2010). La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 15, 75-112.

Ripoll Carulla, S. (2014). Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*, LXVI (1), 11-53.

Rodríguez Díaz, B. (2015). *Manual de ámbito jurisdiccional comunitario e internacional. Guía práctica para abogados ante la UE y el TEDH*. Madrid: Dykinson.

Sainz Arnaiz, A. (2013). Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo. En VV.AA., *Tribunal Constitucional y diálogo entre Tribunales*. Madrid: Asociación de letrados del Tribunal Constitucional, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios políticos y constitucionales.

Sanz Gandasegui, F. (2015). *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Dykinson.

Theil, S. (2015). Is the «living instrument» approach of the European Court of Human Rights compatible with the ECHR and International Law? Recuperado de https://www.repository.cam.ac.uk/bitstream/handle/1810/263171/Theil-2017-European_Public_Law-AM.pdf?sequence=1&isAllowed=y 6 European Court of Human Rights - Annual Report 2014 (2015) http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf

FOOTNOTES

1

Discurso del Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas Presidente del Tribunal Constitucional con motivo de los actos de celebración del 40 aniversario de adhesión al Consejo de Europa. En dicho discurso, el Sr. Presidente recuerda así el valor de la adhesión de España al Consejo de Europa: «La incorporación de España al Consejo en noviembre de 1977, en mitad del proceso de cambio que nos llevaría a la aprobación en referéndum de nuestra Constitución el 6 de diciembre de 1978, marcó a todas luces un punto de no retorno, una muestra sin fisuras de la confianza de Europa en nuestra Transición democrática, así como también un compromiso no menos firme, por parte del Estado y de las fuerzas políticas españolas, con el emprendimiento seguro hacia ese camino de modernidad. Así, me gustaría recalcar en particular el impacto que la firma y ratificación del Convenio de Roma tuvo en la propia Transición. (...) Téngase en cuenta además que muy poco después, en octubre de 1979, el instrumento de ratificación español del Convenio reconocía ya la competencia del Tribunal creado por éste. Y, asimismo, a partir de julio de 1981, España abrió la puerta al examen de demandas individuales basadas en su incumplimiento.

Una ratificación y una aceptación de competencias que se produjeron con una velocidad sorprendente, tanto más teniendo en cuenta los cambios de todo orden que imperaban entonces en España, y que dejaron traslucir el deseo de nuestro país por integrarse sólidamente y sin retrocesos ni vaivenes en el sistema al que se acababa de acceder, y al que se quería asimismo desde la más pronta fecha añadir esfuerzo y compromiso.(...) Es muy oportuno subrayar en un foro y en una ocasión como éstos la inmensa relevancia que esta cláusula ha tenido para el Tribunal Constitucional, y más aún en los albores de nuestra democracia, en la medida en que ha facilitado admirablemente una de las ingentes tareas que tenía el Tribunal Constitucional entonces por delante.

Dicha tarea no era otra que dotar de contenido, de parámetros interpretativos y de alcance, a los derechos y libertades consagrados por nuestra Constitución. Y en tal empeño debe ser justamente aplaudida la contribución del Convenio y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, de la que el Tribunal Constitucional de España se ha servido profusamente.

La incidencia del «canon europeo» en nuestro «canon de constitucionalidad» se evidenció desde el primer momento, al subsanar en no pocas ocasiones la falta de precedentes, orientando y perfilando las deliberaciones, así como coadyuvando grandemente al impulso del recurso de amparo en nuestro sistema constitucional» (González Rivas, 2017).

2

Pueden citarse algunas de las sentencias más importantes del TEDH pronunciadas en casos españoles: – Sentencia Bultó (1988): Derecho a un juicio justo. La

Audiencia Nacional vulneró el derecho a un juicio justo de los condenados por la muerte del industrial catalán José María Bultó. – Sentencia Sanders (1989): Dilaciones indebidas en la tramitación de procedimientos judiciales. Los juzgados civiles catalanes incurrieron en dilaciones indebidas en un proceso civil promovido por Unión Alimentaria Sanders. – Sentencia Castells (1992): Libertad de expresión. Se condena a España por la previa condena en España al ex senador de Herri Batasuna Miguel Castells por unas declaraciones sobre la “guerra sucia” contra ETA. – Sentencia Ruiz-Mateos (1993): El Tribunal Constitucional no dio audiencia a José María Ruiz-Mateos en una cuestión de inconstitucionalidad relativa al proceso por la expropiación de RUMASA. – Sentencia López Ostra (1994): España desprotegió la vida privada de la familia López Ostra – artículo 8 del CEDH por los vertidos de una depuradora instalada en Lorca (Murcia)–. – Sentencia Valenzuela Contreras (1998): Las escuchas telefónicas ordenadas por el juez vulneran el CEDH por la forma en que fueron acordadas por el Juez. – Sentencia Castillo Algar (1998): Parcialidad de dos jueces del tribunal militar que condenó al coronel Ricardo Castillo Algar por haber instruido el asunto. – Sentencia Pérez de Rada (1998): La aplicación rigurosa de un plazo procesal privó a Gloria Pérez de Rada del acceso a un tribunal. – Sentencia Olaechea Cahuas (2006): España fue condenada por incumplir la medida cautelar acordada por el TEDH de suspender temporalmente la extradición a Perú de un supuesto miembro del grupo terrorista Sendero Luminoso en 2003. – Sentencia Gómez Liaño (2008): El Tribunal Europeo dictaminó que el exjuez Javier Gómez de Liaño no tuvo un juicio independiente e imparcial. – Sentencia asunto Eusko Abertzale Ekintza-Acción nacionalista vasca (EAE-ANV) (7 de diciembre de 2010). Ilegalización de un partido que persigue fines violentos. – Sentencia Fernández Martínez (2014). La Gran Sala declaró que no existe vulneración de los artículos 8, 10 y 14 por la decisión de la Iglesia Católica de no renovar el contrato de un sacerdote casado con cinco hijos para enseñar Religión Católica, después de la publicación de un artículo en el que se revela la afiliación del demandante al movimiento por el celibato opcional. – Sentencia Del Río Prada (2012): El TEDH estima que la «doctrina Parot», según la cual las redenciones de penas se aplican sobre cada una de las condenas y no sobre el máximo de 30 años de cumplimiento de pena es contraria al principio de legalidad porque supone una ampliación de la condena que no era previsible para la demandante. – Sentencia ER.N.E. (2015) El prohibir hacer huelga a un sindicato de policía, no infringe su libertad de asociación. – López Elorza (2017) El TEDH declara que no ha habido vulneración del art. 3 del Convenio respecto a la extradición del demandante a EE.UU. – Rubio Dosamantes (2017). El hecho de ser muy conocida del público como artista, no implica que sus actividades o comportamientos en su vida privada deban por ello entrar en el ámbito del interés público. Estima que el hecho de que la demandante se aprovechara del interés prestado por la prensa no autorizaba a las cadenas de televisión a difundir unos comentarios incontrolados sobre su vida privada. Vulneración del artículo 8. – Jiménez los Santos (2016) artículo 10, libertad de expresión. En el caso concreto, el TEDH considera que las manifestaciones del demandante constituían esencialmente una crítica política en un asunto de interés general. Si bien las manifestaciones efectuadas por el demandante podrían ser criticables desde el punto de vista de la deontología periodística no se habrían situado fuera del ámbito de la libertad de expresión, que ampara también una cierta exageración o incluso provocación. La imposición de una pena pecuniaria sólo pudiera ser compatible con el CEDH en circunstancias excepcionales, medida en que podría tener un efecto disuasorio y que incluso la persistencia de antecedentes penales podría dificultar el futuro profesional de un periodista. Pese a que las razones en las que basaron sus decisiones los tribunales nacionales pudieran ser pertinentes, la sanción impuesta sería desproporcionada al fin perseguido. – Rodríguez Ravelo c. España (2016)) El TEDH considera que, aunque graves y descorteses, las expresiones utilizadas por el letrado habían sido presentadas por escrito y sólo las conocían la Juez y las partes. Esas observaciones se referían a la manera en la que la Juez conducía la instancia y habían sido realizadas en un contexto de defensa de los intereses de su cliente. El TEDH estima que la condena penal del abogado podría producir un efecto disuasorio sobre los abogados encargados de defender a sus clientes. Las jurisdicciones penales españolas no han ponderado por tanto un justo equilibrio entre la necesidad de garantizar la autoridad del poder judicial y la de proteger la libertad de expresión. Artículo 10. – Sentencia Aldegue Tomás (2016) El TEDH considera que la convivencia del demandante con su pareja homosexual durante once años le legítima para invocar el derecho a la vida familiar del art 8 del Convenio. El derecho a la vida familiar se encuentra ligado también a las consecuencias económicas correspondientes. Y el derecho a recibir una pensión del Estado puede imbricarse también en el art 1 del Protocolo 1. Ahora bien, el derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación del art 14 del Convenio sólo opera dentro del nivel mínimo de protección que garantizan los artículos sustantivos a los que se incardina. No puede obligarse al Reino de España a una aplicación retroactiva de la Ley, máxime cuando no existe un consenso europeo sobre esta cuestión.

– Sentencias sobre condena en segunda instancia previa absolución del acusado en primera instancia sin haber dado la oportunidad de ser oído por el tribunal condenatorio SSTEDH de 10 de marzo de 2009, asunto Igual Coll c. España, § 27; 21 de septiembre de 2010, asunto Marcos Barrios c. España, § 32; 16 de noviembre de 2010, asunto García Hernández c. España, § 25; 25 de octubre de 2011, asunto Almenara Álvarez c. España, §39; 22 de noviembre de 2011, asunto Lacadena Calero c. España, § 38; 13 de diciembre de 2011, asunto Valbuena Redondo c. España, § 29; 20 de marzo de 2012, asunto Serrano Contreras c. España, § 31. A las que siguieron con posterioridad la STEDH de 27 de noviembre de 2012, asunto Vilanova Goterris y Llop García c. España, y la STEDH de 13 de junio de 2017, asunto Atutxa Mendiola y otros c. España (§ 41 a 46).

– Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que viene insistiendo en la necesidad de aplicar un canon reforzado de investigación cuando se trata de denuncias de torturas y malos tratos por parte de agentes de los cuerpos de seguridad del Estado (SSTEDH de 28 de septiembre de 2010, asunto San Argimiro Isasa c. España, § 34; y de 16 de octubre de 2012, asunto Otamendi Egiguren c. España, § 38, solo por citar algunas referidas a España). En sus pronunciamientos más recientes, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace especial hincapié en que una investigación efectiva se lleve a cabo con mayor rigor cuando el denunciante se encuentra en una situación de detención incomunicada; un contexto tal exige un mayor esfuerzo, por parte de las autoridades, para esclarecer los hechos denunciados (SSTEDH de 7 de octubre de 2014, asunto Ataun Rojo c. España; de 7 de octubre de 2014, asunto Etxebarria Caballero c. España; de 5 de mayo de 2015, asunto Arratibel Garcandía c. España, y de 31 de mayo de 2016, asunto Beortegui Martínez c. España).

Pueden consultarse en castellano y con su correspondiente resumen las sentencias dictadas sobre España en la completa página web del Ministerio de Justicia dedicada al TEDH, <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/tribunal-europeo-derechos>, con la opción de suscribirse a un sistema de avisos gratuito que informa de las diferentes resoluciones que afectan a España.

3

Para un estudio más pormenorizado de la jurisprudencia del TEDH que ha afectado a España, puede citarse Ripol Carulla (2007). En el ámbito del artículo 6 del CEDH, equivalente como es conocido al artículo 24 CE, puede consultarse a Bandrés Sánchez-Cruzat (2007) y Pastor Riduejo (2007).

4

STC 22/1981, de 2 de julio (RTC 1981, 22); o STC 9/2010, de 27 de abril.

5

STC 22/1981, de 2 de julio; o STC 9/2010, de 27 de abril.

6

STC 119/2001, de 24 de mayo; o STC 12/2012, de 30 de enero.

7

 [STC 49/1996, de 26 de marzo](#) (RTC 1996, 49); o STC 184/2003, de 23 de octubre.

8

 [STC 62/1982, de 15 de octubre](#) (RTC 1982, 62); o STC 371/1993, de 13 de diciembre.

9

 [STC 195/2003, de 27 de octubre](#) (RTC 2003, 195); o STC 170/2008, de 15 de diciembre.

10

 [STC 167/2002, de 18 de septiembre](#) (RTC 2002, 167); o STC 174/2011, de 7 de noviembre.

11

STC 167/2002, de 18 de septiembre; o STC 174/2011, de 7 de noviembre.

12

 [STC 37/1988, de 3 de marzo](#) (RTC 1988, 37); o STC 184/2009, de 7 de septiembre.

13

STC 37/1988, de 3 de marzo; o STC 184/2009, de 7 de septiembre.

14

Sobre esta noción así como sobre la teoría del margen de apreciación y la consideración del CEDH como un «living instrument», con cita de la doctrina sobre la materia véase el excelente trabajo de Montalvo Jääskeläinen (2012).

15

Aunque en algunas ocasiones parece que el TEDH tiene diferentes criterios para decidir, según la mayor o menor fortaleza de la protección de los derechos fundamentales en un Estado u otro. Por otra parte, el significado de portar el velo no es comparable en el caso de Francia con, por ejemplo, en el de Turquía.

16

Sobre las categorías jurídicas y construcciones jurisprudenciales propias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, algunas de las cuales, como el principio de proporcionalidad, o el principio de no discriminación se han incorporado a nuestro ordenamiento interno, puede consultarse: Freixes Sanjuán (1995); Pastor Ridruejo (2007); Casadevall (2012); Morte (2014); Rodríguez Díaz (2015). Sanz Gandasegui (2015).

17

Página web del Ministerio de Justicia: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292427748203?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3Dsentencia_ARRIBAS_ANTON_c_Espa%C3%B1a.pdf&blobheadervalue2=

18

Los criterios de admisibilidad están previstos en los artículos 34 (demandas individuales) y 35 (condiciones de admisibilidad) del Convenio. Se contemplan como requisitos para que la demanda sea admitida, además de cumplir escrupulosamente el formulario –artículo 47 de las Reglas del Tribunal–, lo siguiente: – Que esté dirigida contra un Estado que haya ratificado el Convenio –Derechos recogidos en el Convenio o Protocolos –El demandante debe ser víctima –Hechos ocurridos después de la ratificación del Convenio por el Estado –Deben agotarse los recursos internos –La demanda debe ser presentada dentro de los seis meses desde la decisión interna definitiva. No se admitirá la demanda cuando: –Sea anónima

–Sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o acuerdo, y no contenga hechos nuevos. La demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o Protocolos –Manifiestamente mal fundada o abusiva

-El demandante no ha sufrido un perjuicio importante, salvo que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio o sus Protocolos exija un examen de fondo de la demanda.

19

El TEDH no se ha pronunciado todavía sobre si el hecho de que el demandante no intente hacer en la demanda de amparo ningún esfuerzo argumental para acreditar la especial relevancia constitucional puede constituir una causa de inadmisión de la demanda por dicho Tribunal, por no haberse utilizado adecuadamente los recursos internos.

20

En el primer caso, puede citarse la [STC 146/2017, de 14 de diciembre](#) (RTC 2017, 146) F.J. 6; «El derecho a un proceso con todas las garantías, que junto con el derecho de defensa se invoca por los recurrentes como vulnerado al haber sido condenados en segunda instancia, tras revisar una previa absolución, ha sido objeto en nuestra doctrina de un detenido y extenso análisis en numerosas Sentencias, inspiradas en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 26 de mayo de 1988, asunto Ekbatani c. Suecia, o de 27 de junio de 2000, asunto Constantinescu c. Rumania). En la STC 167/2002, de 18 de diciembre, FFJJ 9 a 11, el Pleno de este Tribunal Constitucional, señaló que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del contenido del derecho a un proceso con todas las garantías ([art. 24.2](#) CE), impone inexorablemente que toda condena articulada sobre pruebas personales se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente en un debate público, en el que se respete la posibilidad de contradicción.

A partir de ello, se ha consolidado una doctrina constitucional, reiterada en numerosas resoluciones (entre las últimas, [SSTC 126/2012, de 18 de junio](#) (RTC 2012, 126), FJ 2; [22/2013, de 31 de enero](#) (RTC 2013, 22), FJ 4, o [43/2013, de 25 de febrero](#) (RTC 2013, 43), FJ 5), según la cual resulta contrario a un proceso con todas las garantías que un órgano judicial, conociendo a través de recurso, condene a quien había sido absuelto en la instancia o empeore su situación como consecuencia de una nueva fijación de los hechos probados que encuentre su origen en la reconsideración de pruebas cuya correcta y adecuada apreciación exija necesariamente que se practiquen en presencia del órgano judicial que las valora —como es el caso de las declaraciones de testigos, peritos y acusados (así, entre otras, [SSTC 197/2002, de 28 de octubre](#) (RTC 2002, 197), FJ 4, o [11/2010, de 11 de enero](#) (RTC 2010, 1), FJ 3)—, sin haber celebrado una vista pública en que se haya desarrollado con todas las garantías dicha actividad probatoria.

Por el contrario, en aplicación de esta doctrina constitucional, también se ha destacado que no cabrá efectuar ese reproche constitucional cuando la condena pronunciada en apelación o la agravación de la situación, a pesar de no haberse celebrado vista pública, tenga origen en una alteración fáctica que no resulta del análisis de medios probatorios que exijan presenciar su práctica para su valoración —como es el caso de pruebas documentales (así, [STC 272/2005, de 24 de octubre](#) (RTC 2005, 272), FJ 5, o [153/2011, de 17 de octubre](#) (RTC 2011, 153), FJ 4), pruebas periciales documentadas (así, [SSTC 143/2005, de 6 de junio](#) (RTC 2005, 143), FJ 6, o [142/2011, de 26 de septiembre](#) (RTC 2011, 142), FJ 3)—; o, también, cuando dicha alteración fáctica se derive de discrepancias con la valoración de pruebas indiciarias, de modo que el órgano judicial revisor se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia, a partir de unos hechos que resultan acreditados en ésta, argumentando que este proceso deductivo, en la medida en que se basa en reglas de experiencia no dependientes de la intermediación, es plenamente fiscalizable por los órganos que conocen del recurso sin merma de garantías constitucionales (así, [SSTC 43/2007, de 26 de febrero](#) (RTC 2007, 43), FJ 6, o [91/2009, de 20 de abril](#) (RTC 2009, 91), FJ 4). Por último, también se descarta una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando la condena o agravación en vía de recurso, aun no habiéndose celebrado vista pública, no derive de una alteración del sustrato fáctico sobre el que se asienta la Sentencia de instancia sino sobre cuestiones estrictamente jurídicas (así, [SSTC 143/2005, de 6 de junio](#), FJ 6, o [2/2013, de 14 de enero](#) (RTC 2013, 2), FJ 6).

Más en concreto, y centrándose en la cuestión de la acreditación de los elementos subjetivos del delito, se vino considerando, también en proyección de la doctrina de la STC 167/2002, que, desde la perspectiva de la exigencia de intermediación, el elemento determinante para concluir la eventual vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías era verificar si el razonamiento judicial sobre la concurrencia de ese elemento subjetivo por el órgano judicial de segunda instancia se fundamentaba en elementos de prueba que exigieran intermediación (por todas, entre las últimas, [SSTC 127/2010, de 29 de noviembre](#) (RTC 2010, 127), FFJJ 3 y 4, o [126/2012, de 18 de junio](#), FJ 3); o, por el contrario, se vinculaba con pruebas que no tuvieran carácter personal (así, [STC 137/2007, de 4 de junio](#) (RTC 2007, 137), FJ 3) o sobre la base de un control de la razonabilidad de la inferencia llevada a cabo en instancia, a partir de unos hechos base que se dan por acreditados, argumentando que, en este último caso, se trata de una cuestión de estricta valoración jurídica que no exige la reproducción del debate público y la intermediación (por todas, [SSTC 328/2006, de 20 de noviembre](#) (RTC 2006, 328) FJ 3. o [184/2009, de 7 de septiembre](#) (RTC 2009, 184), FJ 2).

En el caso de la investigación insuficiente de malos tratos, la [STC 39/2017, de 24 de abril](#) (RTC 2017, 39), afirma que «2. Este Tribunal ha sentado una consolidada jurisprudencia sobre las exigencias constitucionales, derivadas tanto del [artículo 15](#) CE como del [artículo 24](#) CE, relativas a las decisiones judiciales de sobreseimiento y archivo de instrucciones penales incoadas por denuncia de torturas o tratos inhumanos o degradantes que se dicen sufridas bajo custodia policial. Dicha doctrina ha sido recogida de forma extensa en la [STC 130/2016, de 18 de julio](#) (RTC 2016, 130), en su fundamento jurídico 2, al que procede remitirse.

Como señala la citada STC 130/2016, FJ 2, esa doctrina constitucional se encuentra en sintonía con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que viene insistiendo en la necesidad de aplicar un canon reforzado de investigación cuando se trata de denuncias de torturas y malos tratos por parte de agentes de los cuerpos de seguridad del Estado (SSTEDH de 28 de septiembre de 2010, asunto San Argimiro Isasa c. España, § 34; y de 16 de octubre de 2012, asunto Otamendi Eiguren c. España, § 38, solo por citar algunas referidas a España). En sus pronunciamientos más recientes, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace especial hincapié en que una investigación efectiva se lleve a cabo con mayor rigor cuando el denunciante se encuentra en una situación de detención incomunicada; un contexto tal exige un mayor esfuerzo, por parte de las autoridades, para esclarecer los hechos denunciados (SSTEDH de 7 de octubre de 2014, asunto Ataun Rojo c. España; de 7 de octubre de 2014, asunto Etxebarria Caballero c. España; de 5 de mayo de 2015, asunto Arratibel Garcandía c. España, y de 31 de mayo de 2016, asunto Beortegui Martínez c España).

En todo caso, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se infiere la necesidad de llevar a cabo un elenco cerrado y taxativo de diligencias de investigación en los casos de denuncia de torturas o malos tratos de personas bajo custodia policial, pero sí se desprende que, incluso en aquellos casos en que los informes médicos no revelan indicios claros de la comisión de un delito de tortura, han de practicarse otros medios de prueba adicionales, agotando cuantas posibilidades de indagación resulten útiles para aclarar los hechos denunciados. El art. 3 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales tiene una doble vertiente sustantiva y procesal y puede producirse una violación de esta última cuando la imposibilidad de determinar, más allá de toda duda razonable, que el denunciante fue sometido a malos tratos se desprende en gran medida de la ausencia de una investigación oficial exhaustiva y efectiva tras la denuncia presentada».

21

La declaración se puede localizar en <https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>. Los excelentes trabajos del Comité pueden localizarse en su página web: <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation>.

22

Continua expresando este autor que «Thus, the Court has proceeded for instance with Article 8. The ECtHR has interpreted this provision to encompass a wide array of rights covering, inter alia, physical and psychological integrity (Juhnke v. Turkey, 52515/99, Court, 13.05.2008 at 70; Costello-Roberts v. United Kingdom, 13134/87, Court, 25.3.1993, at 36), sexuality (Van Kück v. Germany, 35968/97, Court, 12.7.2003 at 69), gender (Rees v. United Kingdom, 9532/81, Court, 17.10.1986; Goodwin v. United Kingdom, 28957/95, Grand Chamber, 11.7.2002), data protection (Rotaru v. Romania, 28341/95, Grand Chamber, 4.5.2000 [collection of data through public entities]; Copland v. United Kingdom, 62617/00, Court, 3.4.2007 [email and internet use in the workplace]; S & Marper v. United Kingdom, 30562/04, 30566/04, Grand Chamber, 4.12.2008 [DNA and finger prints]), reputation, 14 Pfeifer v. Austria, 12556/03, Court, 15.11.2007 [damage to the reputation of a journalist]) and environmental protection (See for instance, López Ostra v. Spain, 16798/90, Court, 9.12.1994 [air pollution]; Hatton and others v. United Kingdom, 36022/97, Grand Chamber, 8.07.2003 [noise emissions from Heathrow Airport]; Taskin and others v. Turkey, 46117/99, Court, 10.11.2004 [cyanide contamination of water]). This is settled case law, see Mamatkulov and Askarova v. Turkey, 46827/99, 46951/99, Grand Chamber, 4.02.2005 (note 9); Tyrer v. UK, 5856/72, Court, 25.04.1978; Marckx v. Belgium, 6833/74, Plenary, 13.06.1979; Chassagnou and others v. France, 25088/94 & 28331/95 & 28443/95, Grand Chamber, 29.4.1999; Dudgeon v. United Kingdom, 7525/76, Plenary, 22.10.1981; Mamatkulov and Askarova v. Turkey, 46827/99, 46951/99 at 121.

23

En la citada Declaración de Copenhague puede constatarse esta posición en los siguientes puntos: «European supervision – the role of the Court

26. The Court provides a safeguard for violations that have not been remedied at national level and authoritatively interprets the Convention in accordance with relevant norms and principles of public international law, and, in particular, in the light of the Vienna Convention on the Law of Treaties, giving appropriate consideration to present-day conditions.

27. The quality and in particular the clarity and consistency of the Court's judgments are important for the authority and effectiveness of the Convention system. They provide a framework for national authorities to effectively apply and enforce Convention standards at domestic level.

28. The principle of subsidiarity, which continues to develop and evolve in the Court's jurisprudence, guides the way in which the Court conducts its review.

a) The Court, acting as a safeguard for individuals whose rights and freedoms are not secured at the national level, may deal with a case only after all domestic remedies have been exhausted. It does not act as a court of fourth instance.

b) The jurisprudence of the Court makes clear that States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged. This reflects that the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions.

c) The Court's jurisprudence on the margin of appreciation recognises that in applying certain Convention provisions, such as Articles 8-11, there may be a range of different but legitimate solutions which could each be compatible with the Convention depending on the context. This may be relevant when assessing the proportionality of measures restricting the exercise of rights or freedoms under the Convention. Where a balancing exercise has been undertaken at the national level in conformity with the criteria laid down in the Court's jurisprudence, the Court has generally indicated that it will not substitute its own assessment for that of the domestic courts, unless there are strong reasons for doing so.

d) The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system, and the decision as to whether there has been a violation of the Convention ultimately rests with the Court.

The Conference therefore:

29. Welcomes efforts taken by the Court to enhance the clarity and consistency of its judgments.

30. Appreciates the Court's efforts to ensure that the interpretation of the Convention proceeds in a careful and balanced manner.

31. Welcomes the further development of the principle of subsidiarity and the doctrine of the margin of appreciation by the Court in its jurisprudence.

32. Welcomes the Court's continued strict and consistent application of the criteria concerning admissibility and jurisdiction, including by requiring applicants to be more diligent in raising their Convention complaints domestically, and making full use of the opportunity to declare applications inadmissible where applicants have not suffered a significant disadvantage».

24

Localizable en la base de datos de HUDOC: [https://hudoc.echr.coe.int/eng/#f{"fulltext": "motherhood"}, {"docname": "italy"}, {"documentcollectionid2": "GRANDCHAMBER"}, {"itemid": "001-170359"}](https://hudoc.echr.coe.int/eng/#f{)

25

http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428025137?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DSentencia_Aldeguer_Tom%C3%A1s_c._Espa%C3%B1a_0.pdf&blobhead

26

Ver Montalvo (2012) sobre el juego de los principios de subsidiariedad y margen de apreciación y la diferente aplicación de este principio así como el de los estándares comunes europeos. En la vertiente de esta cuestión abordada desde la perspectiva del diálogo entre Tribunales véase la gran aportación de García Roca (2012).

27

Curiosamente, el TC está últimamente utilizando también la categoría del margen de apreciación para explicar su posición institucional en relación con los Tribunales ordinarios. Así, en la STC 69/2016, de 13 de abril FJ.3, afirma: «Siendo esta la cuestión a dilucidar, resulta oportuno efectuar con carácter previo algunas precisiones.

a) Por un lado, ha de partirse de que la fijación de los criterios de imputación de la responsabilidad civil y la determinación de ésta constituyen competencias propias de los tribunales ordinarios, en ejercicio de la función jurisdiccional que les atribuye el [art. 117.3CE](#) ([STC 214/2007, de 8 de octubre](#) (RTC 2007, 214), FJ 4, y [ATC 314/1985, de 8 de mayo](#) (RTC 1985, 314), FJ 4). No obstante, si bien «[n]o corresponde a la jurisdicción constitucional, que no es una jurisdicción revisora, adoptar decisiones respecto al modo en que haya de entenderse, interpretarse o aplicarse la legalidad ordinaria», ello es así «con la única excepción de aquellos casos en los que se vulneren derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de recurso de amparo constitucional» ([STC 165/1999, de 27 de septiembre](#) (RTC 1999, 165), FJ 6; o [SSTC 58/1983, de 29 de junio](#) (RTC 1983, 58), FJ 3, y [151/2013, de 9 de septiembre](#) (RTC 2013, 151), FJ 4). En consecuencia, sin perjuicio de que este Tribunal debe, en principio, respetar el margen de apreciación del órgano judicial en la atribución de la responsabilidad civil impuesta en la sentencia recurrida, nos corresponde revisar su decisión, a los solos efectos de valorar si la misma tiene o puede tener un efecto lesivo del contenido del derecho fundamental a la huelga» (...). Similares menciones pueden encontrarse en la STC 4/208, de 22 de enero FJ 5.

28

Para el análisis de la relación entre el Tribunal Constitucional y el TEDH pueden consultarse el trabajo de Sainz Arnaiz (2013).

29

Por último, para ampliar todas estas cuestiones, puede citarse el trabajo de Jimena Quesada (2010).