



2016

Universidad de Valladolid



La Efectiva Aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

RONALD JOAQUIN GANTIER PEREZ

INDICE

<i>INTRODUCCIÓN:</i>	2
<i>LA EFECTIVA APLICACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS</i>	4
A. Como se hace efectivo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH):	4
1.- Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:	4
2.- Supervisión de la ejecución de sentencias y decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:	7
2.1 Las Medidas individuales.....	7
2.2 Las Medidas Generales	8
2.3 El Procedimiento:.....	8
2.4 El Procedimiento de las Sentencias Piloto:	10
3.- La Causas pendientes del TEDH, principal obstáculo de la eficacia del Convenio:	17
B. La Ubicación del CEDH y su Tratamiento por los Jueces Nacionales:.....	19
Estudio de Austria y Alemania	20
1.- Rango e Impacto de la normativa del CEDH y de su Jurisprudencia	20
2.- Modificación del Mandato Constitucional de la Corte Nacional?	22
3.- Consecuencias procesales de las sentencias del TEDH	23
Estudio de Bélgica	28
1.- El marco normativo de la legislación comunitaria y el CEDH en Bélgica	28
2.- Derecho supranacional en la jurisprudencia de los tribunales belgas	30
Estudio de Francia.....	34
1.- El Parámetro Legal	34
2.- El Parámetro Judicial	37
Estudio de Italia	41
1.- CEDH y el Tribunal Constitucional italiano: antes y después del 2007	41
2.- La aplicación en la posterior jurisprudencia de los Principios adoptadas por las Decisiones de 2007: La Jurisprudencia Constitucional	52
Estudio del Reino Unido e Irlanda	56
1.- La implementación del Convenio Europeo.....	56
2.- Aplicación Judicial: Puntos de Comparación	61
Estudio de España	65
1.- Parámetro Legal.....	66
2.- Parámetro Judicial	70
C. Conclusiones:	82
<i>BIBLIOGRAFÍA:</i>	89

INTRODUCCIÓN:

La efectiva aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) así como la interpretación de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), tiene como principal obstáculo la ausencia de una disposición específica que determine el lugar que ocupa la normativa del CEDH dentro del derecho nacional de los estados que forman parte del Consejo de Europa o que establezca cual la capacidad de los Jueces y Tribunales nacionales de servirse del convenio como una norma aplicable al caso concreto.

La Corte Constitucional de Italia (CCI) entró en un nuevo camino con respecto a la situación del CEDH dentro del orden jurídico interno italiano. En particular, dos decisiones se centran en la relación entre el orden jurídico constitucional italiano y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El resultado final de las dos sentencias es que una ley italiana que proporcionaba premios de compensación por la expropiación de terrenos edificables fue declarada inconstitucional por entrar en conflicto con el CEDH según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Las dos sentencias fueron dictadas por la CCI a finales de octubre 2007 y ahora parecen estar finalmente impactando uno de los principios fundamentales de la Constitución Italiana: la noción de apertura al derecho internacional, consagrada en los artículos 10, 11 y 117, párrafo I de la Constitución, que fue añadido mediante la modificación constitucional de 2001.

Basándose en la nueva versión de la disposición constitucional relativa a la lealtad de Italia a las obligaciones internacionales (artículo 117), el Tribunal Constitucional italiano caracterizó la normativa del CEDH como unas "*norme interposte*", que son vinculantes para el legislador interno donde quiera que la Constitución no establezca explícitamente lo contrario, y que -a través de artículo 117- ahora forman parte del arsenal de la Corte Constitucional para la revisión constitucional de la legislación interna¹. Sin embargo, el estatus del CEDH no alcanza el mismo nivel que el Derecho de la UE. A diferencia de las normas del derecho de la UE -que prevalecen automáticamente sobre la legislación interna de tal manera que todo tribunal debe salir de la norma interna conflictiva implicándola- los conflictos entre el derecho del CEDH y la legislación

¹ Las decisiones de la Corte Constitucional de Italia nn. 348. 349/2007 y nn. 311 y 317/2009; Ver los informes en idioma Inglés por Gianluca Gentili en Palomar Italia, 11. I, 2008 y Palomar Italia, n. 9, 20 m. Disponibles en red: <http://www.uninit/dipec/palomar/enarchivohtml>.

nacional no pueden ser resueltos por los tribunales ordinarios directamente, sino que deben remitirse a la *Corte Costituzionale*.

La nueva postura adoptada por el Tribunal Constitucional italiano, da motivos para un estudio comparativo de los enfoques seguidos en otros tribunales europeos.

En el presente trabajo dicho estudio se efectúa respecto de Austria, Alemania, Bélgica, Francia, Reino Unido, Irlanda y España y se centra en dos aspectos; primero en la posición formal del CEDH en la jerarquía nacional de las normas legales y si es posible inferir explícitamente una posición especial en la Constitución, y, segundo; en el efecto de las sentencias del TEDH en los ordenamientos jurídicos nacionales (en términos de reformas introducidas por el Tribunal de Estrasburgo o en términos de la reapertura de los procedimientos nacionales posteriores a una decisión del mismo).

LA EFECTIVA APLICACIÓN DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A. Como se hace efectivo el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH):

La vigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (El Convenio) es resultado del accionar de todos y cada uno de los organismos creados en torno al Consejo de Europa. Con objetivos y mandatos específicos este conjunto de órganos, que constituyen el orden regional para la protección de los derechos humanos más antiguo del continente europeo, tienen como principal objetivo la defensa y la protección de la democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Humanos y por finalidades la unión más estrecha de sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común, la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales, entre otras².

No obstante, la labor que realiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reviste una singular importancia para la efectiva aplicación del Convenio.

1.- Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

El respeto del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) reflejado en el cumplimiento de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), es un elemento crucial del sistema de protección de los derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia del Consejo de Europa y, por tanto, de la estabilidad democrática y la unificación Europea³.

El Tribunal es el actor regional decisivo en la implementación efectiva del estándar básico de derechos humanos fijado por el CEDH, y ha dado lugar a que el Convenio supere incluso su carácter de tratado internacional y alcance también trascendencia constitucional en la integración de Europa⁴. Esto se hace visible, en particular, desde el Protocolo Nº 11 (1998) que ha abierto las puertas del Tribunal de Estrasburgo a la manera de típico tribunal constitucional al cual puede dirigirse de forma directa el individuo; de hecho, es de resaltar el papel que le corresponde a éste respecto de conocer demandas individuales, el cual, en lo que se refiere a su alcance, se podría comparar al recurso de amparo alemán (*Verfassungsbeschwerde*) o al

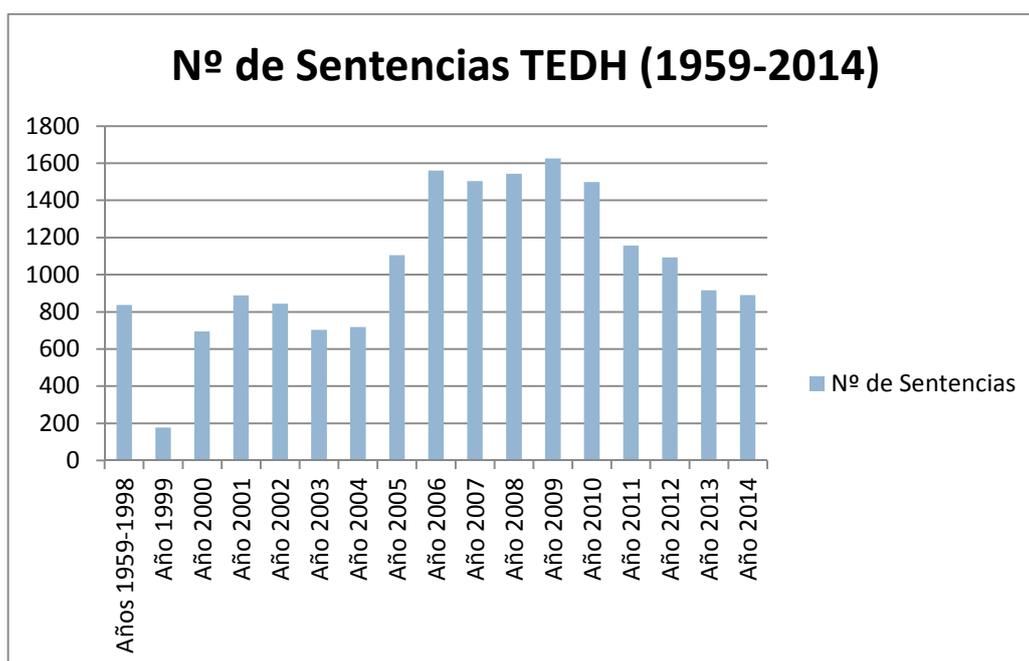
² Los incisos a) y b) del Artículo 1 del Consejo de Europa reúnen en sí las finalidades propuestas para el Consejo de Europa por los gobiernos europeos reunido en Londres un 5 de mayo de 1949.

³ Página Oficial del Consejo de Europa, <http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/>, visitada el 14 de octubre de 2015.

⁴ Kotzur, Markus, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Un Actor Regional al Servicio de los Derechos Humanos Universales*. En Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Nº 16, Madrid, 2012, p. 229.

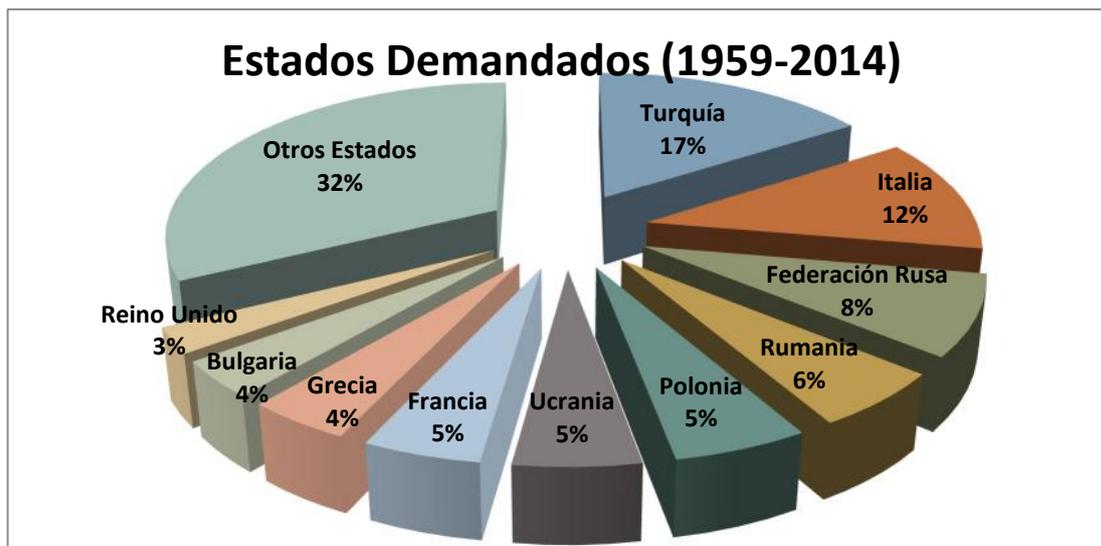
procedimiento de amparo español. Para algunos autores la entrada en vigor del Protocolo Nº 11 el 1 de noviembre de 1998 constituye la “renovación” del TEDH como mecanismo de protección de los derechos humanos, siendo sus aspectos más encomiables la fusión de la Comisión y Tribunal en una sola institución –el nuevo Tribunal-, lo que ahorra recursos humanos y financieros; el funcionamiento permanente del mismo que permite una aceleración en la tramitación de las demandas; y la concesión de modo general del acceso directo a los particulares, del que antes solo disponían respecto a los estados que habían firmado el Protocolo Nº 9, de 6 de noviembre de 1990.⁵

En poco más de cincuenta años el TEDH ha resuelto cerca de 18.000 sentencias, supervisando el respeto a derechos humanos de los 800 millones de europeos en los 47 Estados miembros del Consejo de Europa. Del total de las sentencias que ha emitido desde 1959, el Tribunal de Justicia ha encontrado al menos una violación de la Convención por parte del Estado demandado en el 84% de los casos. Cerca de la mitad de las Sentencias conciernen a 5 Estados miembros: Turquía (3,095), Italia (2,312), la Federación Rusa (1,604), Rumania (1,113) y Polonia (1,070).



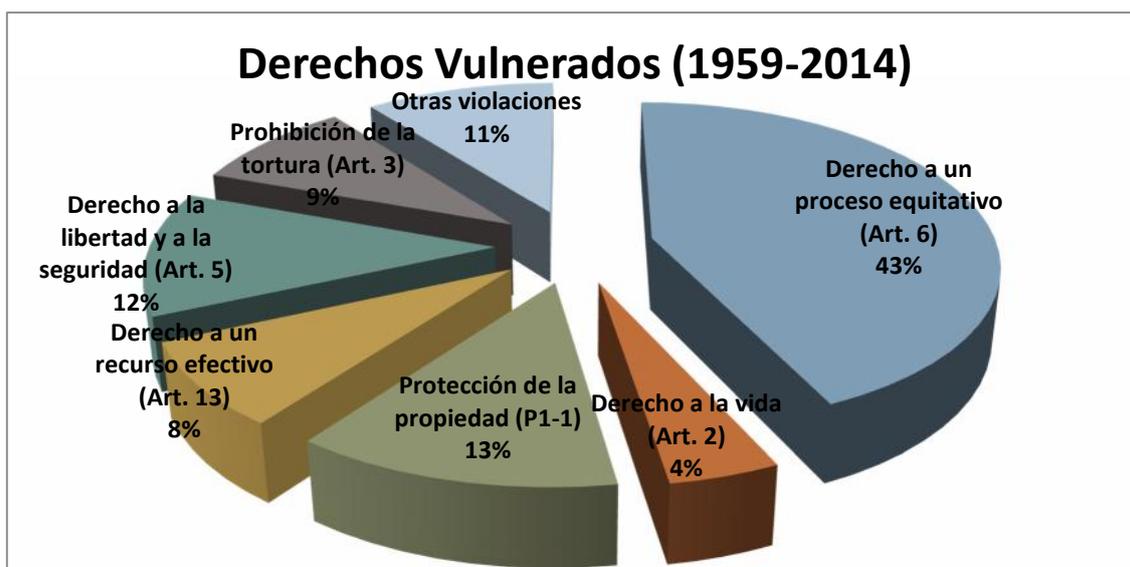
Fuente: Información General del TEDH (1959-2014), preparada por la Unidad de Relaciones Públicas, Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Internet], febrero 2015 [citado 27 Oct 2015]. Disponible en red: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court&c=>

⁵ Pastor Ridruejo, José Antonio, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La Reforma de la Reforma*. En Anuario Jurídico de La Rioja, Nº 7, La Rioja, 2001, pp. 429 a 440.



Fuente: Información General del TEDH (1959-2014), preparada por la Unidad de Relaciones Públicas, Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Internet], febrero 2015 [citado 27 Oct 2015]. Disponible en red: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court&c=>

Más del 42% de las violaciones detectadas por el Tribunal se refieren al artículo 6 del Convenio, ya sea a causa de la justicia o de la duración del procedimiento. La segunda violación más frecuentemente encontrada por la Corte ha afectado al disfrute pacífico de los bienes (artículo 1 del Protocolo Nº 1 - protección de la propiedad). Por último, el 14% de las violaciones encontradas por el Tribunal han afectado el derecho a la vida o la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes (artículos 2 y 3 de la Convención).



Fuente: Información General del TEDH (1959-2014), preparada por la Unidad de Relaciones Públicas, Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Internet], febrero 2015 [citado 27 Oct 2015]. Disponible en red: <http://www.echr.coe.int/>

De esta manera, la jurisprudencia del Tribunal hace del Convenio un poderoso instrumento vivo para cumplir con los nuevos desafíos y la consolidación del Estado de Derecho, la democracia y la protección de los Derechos Humanos en Europa.

2.- Supervisión de la ejecución de sentencias y decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Los Estados Miembros se han comprometido a cumplir las sentencias definitivas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (el Tribunal) que encuentren violaciones al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), así como las decisiones del Tribunal que tomen nota de los acuerdos amistosos.

La adopción de las medidas necesarias de ejecución es supervisada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, compuesto por representantes de los 47 Estados Miembros, con la asistencia de la Dirección General de Derechos Humanos y Estado de Derecho.

Los estados tienen la obligación legal de poner remedio a las violaciones encontradas, sin embargo, disfrutan de un margen de apreciación sobre los medios a ser empleados. Las medidas a tomar son, en principio, identificadas por el estado en cuestión, bajo la supervisión del Comité de Ministros. El TEDH puede asistir al proceso de ejecución, en particular mediante el procedimiento de las sentencias piloto (usado en caso de serios problemas estructurales).

Las medidas a adoptar pueden relacionarse con el demandante individual o ser de carácter general.

2.1 Las Medidas individuales

Las medidas de ejecución deben primero poner fin a la violación y remediar, en la medida de lo posible, sus consecuencias para el demandante.

Esto implica el pago de cualquier suma otorgada por el Tribunal en calidad de satisfacción equitativa o de arreglo entre las partes en un acuerdo amistoso. Se deberán intereses de mora en caso de existir retraso en el pago.

Cuando la mera compensación monetaria no pueda enmendar adecuadamente las consecuencias de una violación, el Comité de Ministros se asegura de que las partes tomen cualesquiera otras medidas individuales que puedan ser necesarias para remediar la violación. Las mismas Sentencias contienen en ocasiones recomendaciones adicionales.

Como ejemplos de medidas individuales adoptadas está la restauración del contacto (en función al mejor interés del niño) entre los niños y sus padres indebidamente separados de ellos (como es el caso de los niños colocados en hogares de guarda o secuestrados por uno de sus progenitores), la reapertura de los procedimientos penales injustos y la revocación de las órdenes de expulsión que hubiesen expuesto a los demandantes a riesgos de tortura o malos tratos, o a circunstancias que amenacen sus vidas en el país de destino.

2.2 Las Medidas Generales

La ejecución de las sentencias también requiere de medidas generales para prevenir violaciones similares a las encontradas por el Tribunal (ya sea a través de cambios en la legislación, la jurisprudencia o por medio de otro tipo de medidas). Garantizar la eficacia de los recursos internos es un asunto de gran importancia.

Cuando las autoridades nacionales conceden un efecto directo a las sentencias y a la Jurisprudencia del TEDH, la publicación y difusión de las Sentencias, traducidas y comentadas cuando sea necesario, es con frecuencia suficiente para lograr los cambios necesarios y garantizar la eficacia de los recursos internos.

Como ejemplos de medidas generales están la introducción de recursos efectivos contra la excesiva duración de los procedimientos judiciales, la eliminación de la discriminación contra los niños nacidos fuera de matrimonio (por ejemplo, en materia de herencia), la adopción de legislación para evitar el arbitrario recurso a las escuchas telefónicas, y el levantamiento de restricciones indebidas a la libertad de expresión de los periodistas.

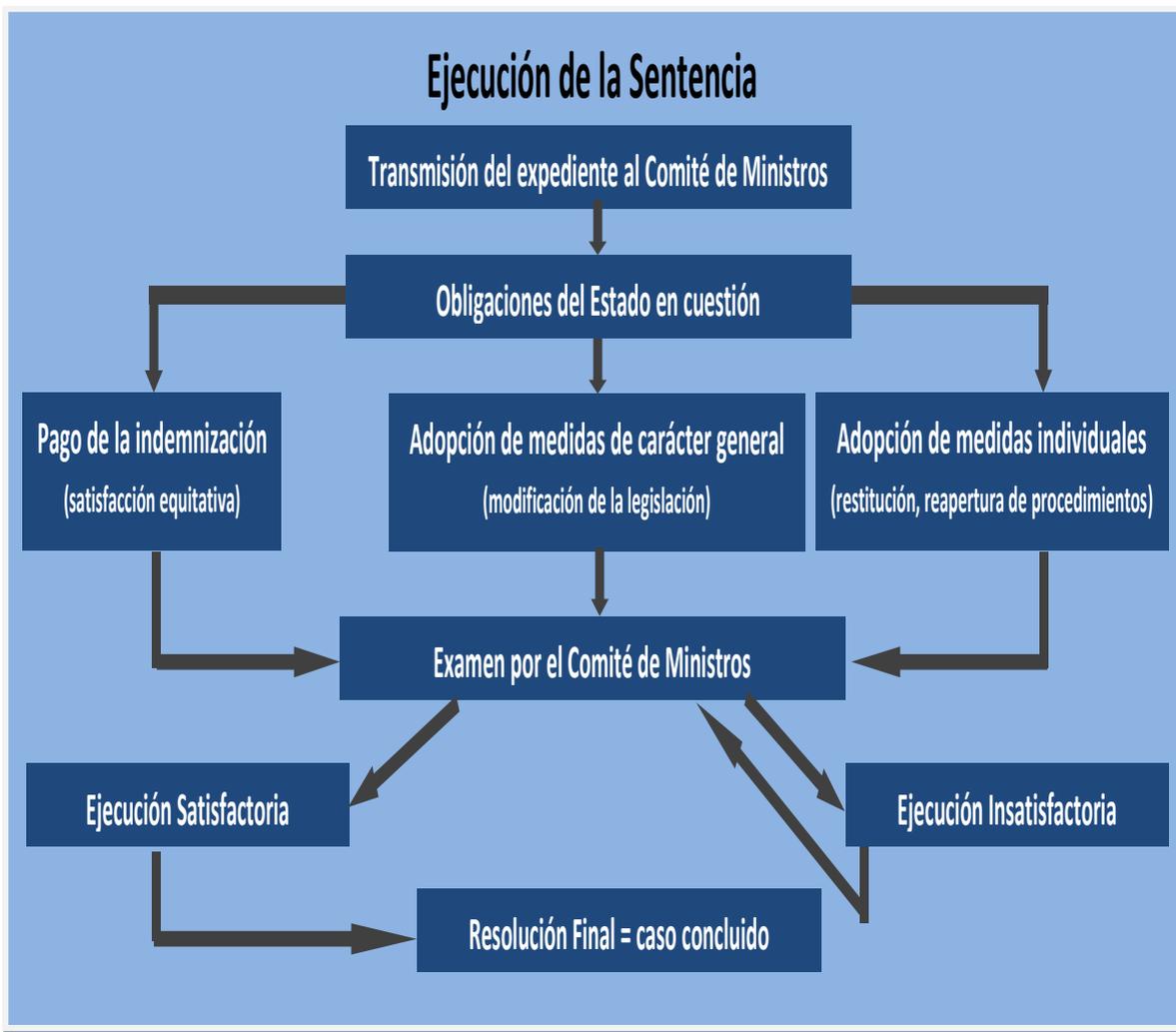
2.3 El Procedimiento:

El Comité de Ministros garantiza la supervisión continua de la ejecución de las sentencias y decisiones del TEDH. Los casos permanecen bajo supervisión hasta que las medidas necesarias hayan sido tomadas. La supervisión finaliza a través de una resolución final.

Una vez que las Sentencias y decisiones adquieren la calidad de cosa juzgada, los estados indican al Comité de Ministros a la brevedad posible las medidas planificadas y/o tomadas en un “plan de acción”. Durante el proceso de supervisión, los demandantes, las ONG’s y las instituciones nacionales de protección de Derechos Humanos pueden presentar comunicaciones por escrito.

La supervisión de la adopción e implementación de planes de acción ha seguido un nuevo procedimiento de doble vía desde enero de 2011. La mayoría de los casos sigue el procedimiento estándar. Un procedimiento mejorado se utiliza para los casos que requieren medidas individuales urgentes o que revelan grandes problemas estructurales (en particular las sentencias piloto) y para casos interestatales.

En caso necesario, el Comité de Ministros podrá colaborar a la ejecución de diferentes maneras, especialmente a través de las recomendaciones que figuran en las decisiones u resoluciones provisionales. El Consejo de Europa puede proporcionar a los estados un apoyo adicional en la forma de programas focalizados cuando sean requeridos (por ejemplo, conocimientos jurídicos, mesas redondas o actividades de formación). El apoyo también se puede proporcionar a través del Fondo Fiduciario de Derechos Humanos (FFDH)



Fuente: Elaboración Propia.

2.4 El Procedimiento de las Sentencias Piloto:

Con la finalidad de facilitar la ejecución de las Sentencias del TEDH, y ante la evidente saturación del sistema⁶, el Tribunal Europeo a partir de la sentencia *Broniowsky contra Polonia* de julio de 2004 inició la técnica denominada de las sentencias piloto, un desarrollo jurisprudencial que viene a ampliar los alcances del artículo 46 del CEDH, permitiendo al Tribunal facilitar el procedimiento de ejecución de sus Sentencias al determinar con precisión las medidas generales o individuales (no pecuniarias) a tomar por parte del Estado demandado.

El procedimiento se sigue cuando el Tribunal recibe un importante número de demandas que tienen la misma raíz o problema, o cuando los hechos de una demanda ponen de manifiesto la existencia de un problema estructural o sistémico en el Estado en cuestión, y que por lo tanto puede originar demandas similares. El Tribunal puede entonces seleccionar una o más demandas de tratamiento prioritario, aplazando las restantes. Al tratar con los casos prioritarios, el Tribunal tratará de alcanzar una solución que va más allá del caso particular, con el fin de abarcar a todos los casos similares que planteen la misma cuestión. Al emitir su “sentencia piloto”, el TEDH dará un mandato al Estado para que adecúe su legislación a los requisitos del Convenio, a fin de que todos los demás candidatos reales o potenciales se beneficien en un futuro. Si el Estado no adopta las medidas adecuadas, el TEDH se pronunciará en su contra con respecto al resto de sentencias que ha aplazado. El Tribunal podrá, en cualquier momento durante dicho procedimiento, examinar una demanda de aplazamiento siempre y cuando el interés de la buena administración de la justicia lo exija. Si las partes de la “sentencia piloto” llegan a una solución amistosa, tal acuerdo debe incluir una declaración del Estado en cuanto a la aplicación de las medidas generales que se indican en la “sentencia piloto”, y deberá contener el resarcimiento que debe otorgarse a otro demandante real o potencial.

⁶ Se hace evidente una saturación del Comité de Ministros, órgano principal encargado de la ejecución de las sentencias, tanto así como la padecida por el Tribunal, por la relación funcional que tienen ambos órganos en la ejecución de las Sentencias, generando así una situación que puede agravarse progresivamente. En la reunión sobre derechos humanos del Comité de Ministros el 5 de diciembre de 2006, el número de asuntos pendientes, en constante progresión, se elevaba a 5522 (frente a 4322 en noviembre de 2005). El número de asuntos incluidos en el orden del día alcanzaba la cifra de 5308; el total de nuevos asuntos con motivo de esa misma reunión era del orden de 269 (frente a 165 en noviembre de 2005). Véase el documento CM/Del/OJ/DH(2006)982, 10.01.2007, 982.a reunión (DH), 5-6 diciembre 2006, Orden del día anotado, Estadísticas.

Para apreciar de mejor manera la innovación que supone este procedimiento, debemos referirnos nuevamente a los efectos de las Sentencias del TEDH y al control de la ejecución de las obligaciones por parte de los estados.

Las dos disposiciones pertinentes en materia de ejecución de sentencias son los artículos 46 y 41 del Convenio Europeo⁷. En el asunto Scordino contra Italia de 29 de marzo de 2006⁸, el Tribunal Europeo «recuerda que, al tenor del artículo 46, las Altas Partes Contratantes se comprometen a dar cumplimiento a las sentencias definitivas dictadas por el Tribunal en los litigios en los que sean partes, estando encomendada al Comité de Ministros la fiscalización de la ejecución de dichas sentencias. De ello se desprende, en particular, que cuando el Tribunal constata una violación, el Estado demandado tiene la obligación jurídica, no solamente de abonar a los interesados las sumas concedidas en virtud de la compensación equitativa prevista por el artículo 41, sino asimismo de elegir, bajo el control del Comité de Ministros, las medidas generales y/o, en su caso, individuales a incorporar a su orden jurídico interno con el objeto de poner fin a la violación constatada por el Tribunal y de paliar en la medida de lo posible las consecuencias de dicha violación. El Estado demandado tiene en sus manos la posibilidad, bajo el control del Comité de Ministros, de elegir los medios de cumplir con su obligación jurídica a la vista del artículo 56 del Convenio, siempre y cuando esos medios sean compatibles con las conclusiones contenidas en el fallo del Tribunal». El contenido de la obligación de cumplir la sentencia se descompone, de tal suerte, en tres vertientes:

- 1) El pago de la compensación equitativa eventualmente concedida por el Tribunal,
- 2) La adopción de medidas individuales no pecuniarias, y/o
- 3) La adopción de medidas generales, según las circunstancias de cada asunto⁹.

El TEDH, desde la puesta en marcha del sistema europeo, siempre se restringió al artículo 41 en lo atinente a los efectos de sus sentencias, rehusando así indicar otras medidas a adoptar. En paralelo, la obligación de cumplir con las sentencias ha sido siempre interpretada como una mera obligación de resultado, que dejaba libres a los Estados de elegir los medios

⁷ Según el artículo 46: «1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución». Según el artículo 41, «si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el Derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa»

⁸ TEDH, Gran Sala, 29.3.2006, § 233.

⁹ Lambert Abdelgawad, Elizabeth, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Técnica de las Sentencias Piloto: Una Pequeña Revolución en Marcha en Estrasburgo*. Revista de Derecho Político, INED, Núm. 69, 2007, pp. 355-383.

susceptibles de ser empleados para respetar una sentencia condenatoria, considerándose válida dicha libertad «bajo el control del Comité de Ministros» y «en la medida en que dichos medios sean compatibles con las conclusiones contenidas en el fallo del Tribunal»¹⁰. Ciertamente, habían sido explicitadas algunas excepciones, en particular en el contencioso referente al derecho de propiedad, pero ello sólo había comportado una alteración mínima de un principio sólidamente arraigado en la práctica.

La técnica de las sentencias piloto ha venido a alterar de plano ese cuadro tradicional. El Tribunal Europeo parece ahora dar prioridad al artículo 46 con respecto al artículo 41, creando una técnica tendente a facilitar la ejecución de las sentencias y, por ende, a prevenir un contencioso repetitivo.

Los objetivos que la Corte persigue con la implementación del procedimiento de las sentencias piloto son los siguientes:

- 1) Asistir a los 47 Estados europeos que ratificaron la Convención en la resolución de problemas sistemáticos o estructurales a nivel nacional,
- 2) Brindar la posibilidad de un resarcimiento veloz a los particulares interesados, y
- 3) Contribuir a afrontar el volumen existente de trabajo con mayor eficiencia y diligencia reduciendo el número de casos semejantes que deben examinarse en detalle.

El asunto Broniowski es el que da inicio a esta técnica, el mismo versa sobre la compatibilidad con el Convenio de una disposición legislativa que afectaba a un gran número de personas (alrededor de ochenta mil —80.000), el Tribunal vino a concluir por vez primera que existía una violación sistemática; según el Tribunal, la violación «tiene su origen en un problema a gran escala resultante de una disfunción de la legislación polaca y de una práctica administrativa, y que había afectado, y todavía [podría] afectar en el futuro, a un gran número de personas» (§ 189). En consecuencia, el Tribunal declaraba claramente que se imponían medidas generales a nivel nacional, medidas que debían tomar en consideración a las numerosas personas perjudicadas y que debían ser adecuadas para paliar la deficiencia estructural que se desprendía de la constatación de la violación declarada por el Tribunal. Éste precisaba además que dichas medidas debían comprender un mecanismo apto para ofrecer a las personas lesionadas una reparación por la violación declarada del Convenio. A mayor abundamiento, el Tribunal decidía congelar el examen de los asuntos pendientes a la espera de

¹⁰ TEDH, sentencia de 22.6.2004, Broniowski contra Polonia, § 192.

la adopción de un mecanismo interno de reparación. En este primer asunto (del mismo modo que en los que se sucedieron en 2005¹¹), el número de asuntos pendientes constituye un criterio primordial.

El fundamento de esta nueva política debe buscarse en la aplicación realizada por el Tribunal del artículo 46 del Convenio, y de manera subsidiaria en la referencia a la Recomendación 2004(6) del Comité de Ministros de 12 de mayo de 2004 sobre la mejora de los recursos internos y a la Resolución de la misma fecha sobre las sentencias que revelan un problema estructural.

En el asunto Broniowski, la Gran Sala estimaba que la controversia no se planteaba bajo el ángulo del artículo 41, técnica que permite ejercer presión sobre el Estado y evaluar mejor el resto del daño potencialmente aún no reparado en el ámbito interno. Se trataba, según la sentencia de la Gran Sala de 28 de septiembre de 2005 que ratificaba la solución amistosa alcanzada en el asunto Broniowski, de una posición lógica, conforme al principio de subsidiariedad del sistema europeo, y que ofrece al Estado la posibilidad de adoptar paralelamente las medidas individuales (pecuniarias y/o extra pecuniarias) y generales que procedan¹². Mediante el control operado de tal modo¹² en vista del archivo del asunto, el Tribunal

¹¹ En el asunto Lukenda contra Eslovenia (6.10.2005, Sección tercera), 500 asuntos pendientes idénticos se encuentran registrados ante el Tribunal Europeo y son todos ellos relativos al mismo problema sistemático de la duración de los procedimientos internos. En el asunto Xenides-Arestis contra Turquía (TEDH, sentencia de 22.12.2005, Sección tercera) referente a la violación de los artículos 8 y 1 del Protocolo núm. 1, en la medida en que a los demandantes se había impedido el acceso a sus domicilios y bienes situados en la zona norte de Chipre, el Tribunal constata, bajo el ángulo del artículo 6, que dicha declaración de violación tiene su origen en un amplio problema que afecta a un gran número de personas, y revela una política o una práctica llevada a cabo en la «República turca de Chipre del Norte». Alrededor de 1400 demandas (en esencia, formuladas por chipriotas griegos y dirigidas contra Turquía) relativas al derecho de propiedad se encuentran pendientes ante el Tribunal Europeo. Así, el Tribunal requiere a Turquía para que introduzca, en el plazo de tres meses, una vía de recurso que garantice una reparación verdaderamente efectiva para la demandante, pero asimismo para el conjunto de las 1400 demandas análogas pendientes ante el Tribunal.

¹² TEDH, sentencia de 28.9.2005, Broniowski contra Polonia (arreglo amistoso), Gran Sala, § 36: «No cabe excluir que incluso antes de que el Estado demandado adopte una medida general, o una medida general adecuada, en ejecución de una sentencia piloto sobre el fondo (artículo 46 del Convenio), el Tribunal Europeo se vea llamado a dictar una sentencia de archivo de la demanda sobre la base de un arreglo amistoso [artículos 37.1.b) y 39], o a otorgar una satisfacción equitativa al demandante (artículo 41). Sin embargo, teniendo en cuenta el carácter sistemático o estructural del fallo que se encuentra en el origen de la constatación de violación en una sentencia piloto, es evidentemente deseable para el buen funcionamiento del mecanismo del Convenio que el restablecimiento individual y el restablecimiento general vayan de la mano. Está en manos del Estado demandado el adoptar paralelamente las medidas de carácter general y las medidas de carácter individual necesarias y el proceder a un arreglo amistoso con el demandante sobre la base de un acuerdo que integre esas dos categorías de medidas, lo que por ello mismo reforzará el carácter subsidiario del mecanismo de protección de los derechos humanos instaurado por el Convenio y facilitará al Tribunal Europeo y al Comité de Ministros el cumplimiento de las tareas que les confían respectivamente el artículo 41 y el artículo 46 del Convenio».

se siente compelido a evaluar la efectividad de las medidas generales e individuales exigidas a título de reparación, de la misma manera que sucede con el Comité de Ministros en virtud del artículo 46.2¹³. A este respecto, no parece probable que el Comité vaya a negarse a adoptar una resolución definitiva tras el *satisfecit* dado por el Tribunal en su solución amistosa. Por tanto, el trabajo del Comité debería ser una simple formalidad en este tipo de asuntos. Sin embargo, el Tribunal no cuenta siempre con los medios para evaluar la efectividad de las medidas internas. En el asunto *Sejdovic contra Italia* de 1.3.2006, la Gran Sala, con apoyo en el precedente *Broniowski* y en los artículos 46 y 1 del Convenio, reconoce una «deficiencia» en el orden jurídico italiano que impide un nuevo proceso para los condenados en rebeldía. Pero, al ponderar la reforma efectuada del Código de procedimiento penal, el Tribunal no estima necesario indicar medidas generales, considerando que era demasiado pronto (en ausencia de jurisprudencia nacional) para evaluar si dicha reforma satisfacía las exigencias del Convenio¹⁴.

Teniendo en cuenta el primer éxito conocido merced al asunto *Broniowski*, el Tribunal se ha visto así animado a reiterar esa posición, incluso en otras composiciones diversas a la de la Gran Sala. El Grupo de Sabios se ha mostrado igualmente satisfecho con el procedimiento de la «sentencia piloto» del Tribunal Europeo, propugnando que sean fijados plazos de control (§ 105)¹⁵.

En asuntos posteriores el TEDH ira desarrollando aún más el campo de aplicación de las Sentencias Piloto, como en los asuntos *Lukenda* y *Xenides-Arestis*, menciona respectivamente los artículos 46 y 1 del Convenio y sólo el artículo 46. Por lo demás, en este último asunto, ya **no hay mención alguna a problema estructural o sistemático**, sino que se habla más bien sólo de «un amplio problema que afecta a un gran número de personas» (§ 38). Por otro lado, la congelación de los asuntos pendientes, que parecía ser una medida faro de la técnica de las sentencias pilotos en el primer asunto *Broniowski* para obligar al Estado a una ejecución «rápida», no ha sido retomada en los asuntos siguientes. Sin embargo, en el asunto *Xenides-Arestis*, la Sección tercera del Tribunal ha precisado, incluso en la parte dispositiva de la sentencia, la obligación del Estado **«de establecer un recurso que garantice verdaderamente una reparación efectiva** de las violaciones del Convenio constatadas en el caso de autos con respecto a la pretensión principal de la parte demandante, pero también en todos los asuntos

¹³ TEDH, sentencia de 28.9.2005, *Broniowski contra Polonia* (arreglo amistoso), Gran Sala, § 42: sin pretender prejuzgar la conclusión del Comité, el Tribunal Europeo es consciente del hecho de que su control es prácticamente idéntico al operado por el Comité sobre la base del artículo 46.2 del Convenio.

¹⁴ TEDH, sentencia de 10.11.2004, *Sejdovic contra Italia*, Sección primera.

¹⁵ CM(2006)203 de 15.11.2006.

similares pendientes ante el Tribunal, según los principios de protección de los derechos enunciados en los artículos 8 del Convenio y 1 del Protocolo nº 1, y de conformidad con su decisión sobre la admisibilidad de 14 de marzo de 2005». Lo más sorprendente de este asunto (lo cual no se ha reproducido hasta el presente)¹⁶ es que el Tribunal exige que dicho recurso esté **«disponible dentro del plazo de tres meses a contar desde la fecha del pronunciamiento de la presente sentencia, y deberá proporcionarse una reparación en los tres meses siguientes»** (párrafo 40). Semejante obligación viene confirmada por el hecho de que **el Gobierno debe hacer llegar al Tribunal «informaciones detalladas sobre el recurso y su puesta a disposición» «en el plazo de tres meses a contar desde la fecha del pronunciamiento de la sentencia», y «suministrarle tres meses más tarde informaciones referentes a la reparación»**, tal como se ordena en el fallo. Por último, la obligación de establecer recursos efectivos, una de las características primordiales de las sentencias piloto, debería aligerar considerablemente la carga de trabajo del Tribunal y del Comité de Ministros.

Finalmente el **criterio del número de asuntos repetitivos pendientes se ha convertido en secundario**, incluso insignificante; **el Tribunal otorga en la práctica importancia al (solo) hecho de que otros asuntos** que planteen el mismo problema general **podieren potencialmente llegar a Estrasburgo**. En el asunto Hutten-Czapska contra Polonia¹⁷, relativo al sistema de control de alquileres que revelaba una disfunción de la legislación Polaca en materia de vivienda, el Tribunal señala que *« (...) pese a que el número de demandas similares pendientes ante el Tribunal sea actualmente de dieciocho, una de esas demandas ha sido formulada por una asociación que integra a doscientos propietarios que denuncian una violación de sus derechos individuales.*

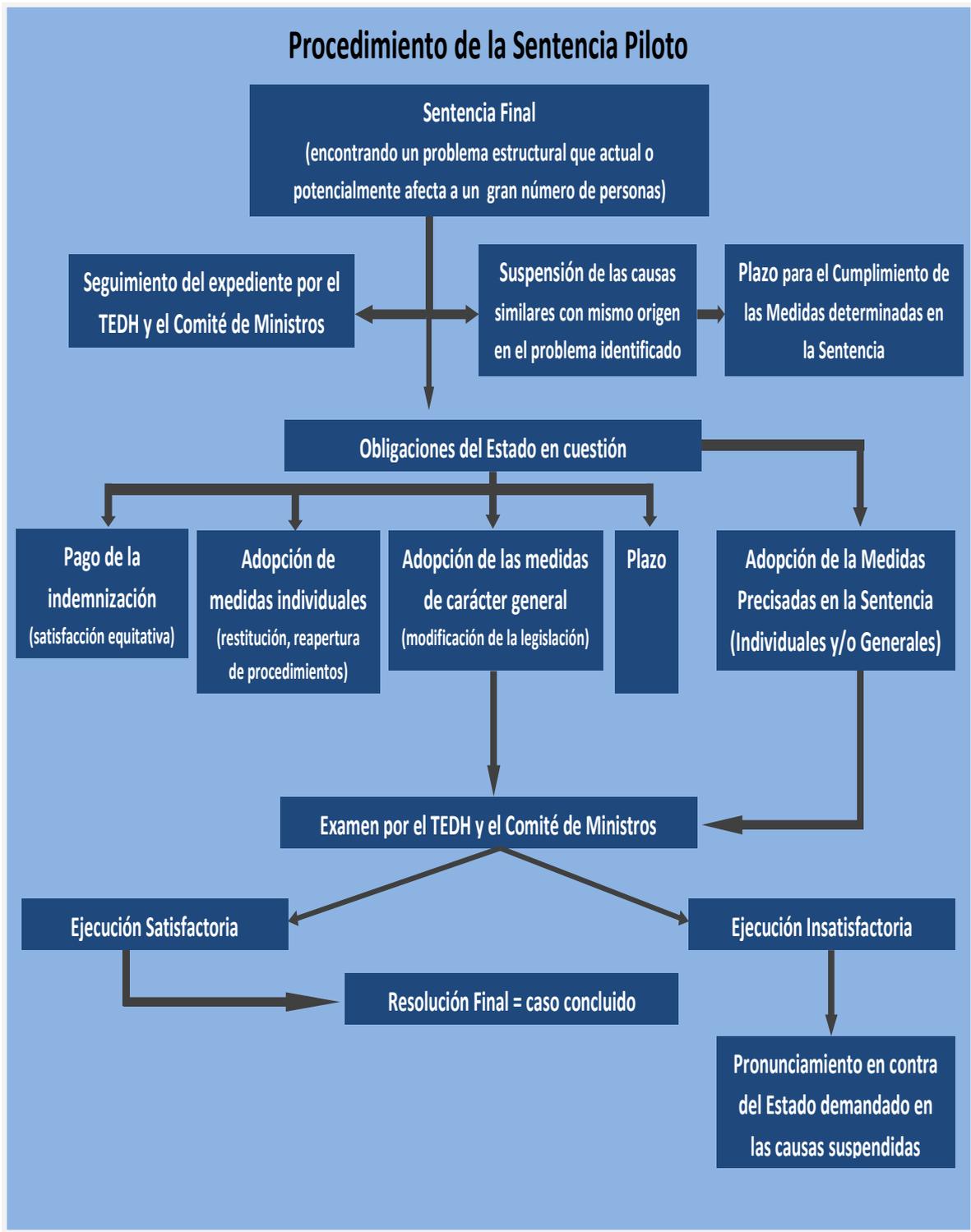
En cualquier caso, para que una situación sea calificada de sistemática y justifique la aplicación del procedimiento de la sentencia piloto, no se precisa necesariamente que un número de demandas similares esté pendiente.

Cuando se trata de violaciones sistemáticas o estructurales, el flujo de asuntos susceptible de ser denunciados en el futuro ante el Tribunal Europeo es también un elemento importante que éste debe tomar en consideración con el fin de prevenir la saturación de su cometido a causa de asuntos repetitivos, lo que perturba el tratamiento eficaz de otros asuntos referentes a

¹⁶ En el asunto Lukenda, se precisa en la parte dispositiva que las medidas deben ser adoptadas «dentro de un plazo razonable» («within reasonable time»).

¹⁷ TEDH, sentencia de 19.6.2006, Gran Sala.

violaciones, a veces graves, de los derechos cuyo respeto el propio Tribunal tiene la terea de asegurar» (§ 236).



Fuente: Elaboración Propia

3.- La Causas pendientes del TEDH, principal obstáculo de la eficacia del Convenio:

De acuerdo a las estadísticas antes expuestas, el 43% de las Sentencias emitidas por el Tribunal se refieren a la vulneración del Art. 6 del Convenio “Derecho a un proceso equitativo”, que principalmente se manifiestan a causa de la duración de los procedimientos en sede nacional (5.331 Sentencias)¹⁸.

Desde ya no hace falta decir que los procesos de internacionalización de los derechos humanos dependen de la posibilidad de que los jueces nacionales pertenecientes a los países que forman parte de los organismos supranacionales que resguardan los referidos derechos, (tratándose por ejemplo de la vulneración a los derechos reconocidos en el Convenio, particularmente del Art. 6), puedan servirse de los instrumentos internacionales para aplicarlos al caso concreto. Esto significa que en la sustanciación de las causas sometidas a su juicio puedan y deban velar por el cumplimiento del Convenio y de la jurisprudencia del TEDH.

Esto podría en alguna medida reducir el número de los casos que llegan a Estrasburgo, mitigando así el principal problema con el que se confronta el TEDH que es el anunciado futuro colapso del mecanismo de protección de los derechos humanos en Europa por la constante diferencia que existe entre el *input* (demandas ingresadas) y el *output* (demandas despachadas) durante una gestión. El *output* es muy inferior al *input*, dicho de otro modo, cada vez es mayor la carga muerta, el retraso, el “*arriéré*” o “*backlog*” del Tribunal, que a la altura de mayo de 2.000 ya se cifraba en 250 mensuales, y al 31 de diciembre de 2.000 el número de demandas pendientes era de 15.858¹⁹.

La capacidad de los jueces nacionales de servirse del Convenio podría ser a su vez la única medida que a la vez de paliar con el problema del el “*arriéré*” o “*backlog*” del Tribunal, promueva una efectiva aplicación del Convenio en los países miembros. Las otras alternativas propuestas en los Protocolos 15 y 16 aún no vigentes, parecen alejarse de la finalidad de la efectiva aplicación del Convenio y centrarse más en la supervivencia del mecanismo de protección²⁰.

¹⁸ Ver Información General del TEDH (1959-2014), preparada por la Unidad de Relaciones Públicas, Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Internet], febrero 2015 [citado 29 Oct 2015]. Disponible en red: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court&c=>

¹⁹ Pastor Ridruejo, José Antonio, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La Reforma de la Reforma*. En Anuario Jurídico de La Rioja, Nº 7, La Rioja, 2001, pp. 432.

²⁰ El Protocolo Nº 15, aprobado en 2013, insertará referencias al principio de subsidiariedad y a la doctrina del margen de apreciación en el preámbulo de la Convención; también reducirá de 6 a 4 meses, el tiempo en el que la solicitud debe ser presentada ante la Corte después de una decisión final nacional. La adopción del Protocolo Nº 16, permitirá a los más altos tribunales nacionales y los Jueces a solicitar a la Corte la

Un claro ejemplo es la situación de España respecto de otros países que han ratificado el Convenio. Si a 31 de diciembre de 2.000, Polonia –un país con aproximadamente el mismo número de habitantes que España: 40 millones- tenía 1.220 demandas pendientes, el número de las reclamaciones que en esa fecha pendían contra España era de 288; aproximadamente la cuarta parte. La desproporción es llamativa. Ahora bien, tomando otros términos de comparación refiriéndonos a países más afines a España; Francia, por ejemplo, tenía en aquella fecha 1.398 demandas pendientes; Italia 2.124, la mayoría por dilación excesiva de los procedimientos judiciales. En suma, si se contrasta el número de demandas con el de habitantes, puede sorprender el bajo número de demandas que, comparativamente, se presentan contra España.

Según José Antonio Pastor Ridruejo²¹ puede que a esta situación contribuya el hecho de que en España no esté tan implantada como en otros países de su entorno –Francia, Italia, por ejemplo- la cultura de la reclamación. Sin embargo, el referido autor afirma que esa no es la causa principal de la buena situación comparativa de España. Para el Ex Juez del TEDH, es distinta la explicación que en el Tribunal de Estrasburgo se le da a la situación: *“Allí se piensa, en efecto, que nuestro país tiene una Constitución joven –de 1978- que enuncia prácticamente los mismos derechos y libertades fundamentales que la Convención europea. Dispone además de un mecanismo interno de protección de derechos y libertades, que es el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; recurso que hay que agotar para que una reclamación sea admitida ante el Tribunal europeo. En fin, según el art. 96 de la Constitución, la Convención forma parte de nuestro Derecho interno, y es por tanto de obligada aplicación por los jueces y tribunales. Existe asimismo la disposición del art. 10.2 de la misma Constitución, que obliga a los jueces y tribunales a interpretar las disposiciones sobre derechos y libertades fundamentales según los Cánones de las jurisdicciones internacionales en la materia; lo que supone la incorporación a nuestro ordenamiento del importante acervo jurisprudencial de Estrasburgo”*²².

emisión de opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o en el protocolos; sin embargo, el Protocolo Nº 16 es opcional. Ver Información General del TEDH (1959-2014), preparada por la Unidad de Relaciones Públicas, Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Internet], febrero 2015 [citado 29 Oct 2015]. Disponible en red: <http://www.echr.coe.int/>

²¹ Como jurista de reconocido prestigio, fue nombrado Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cargo que ejerció entre 1998 y 2003. Desde 2003, el Profesor Pastor es Catedrático emérito de Derecho Internacional en la Universidad Complutense de Madrid. En enero de 2008 fue investido Doctor Honoris Causa por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

²² Pastor Ridruejo, José Antonio, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La Reforma de la Reforma*. En Anuario Jurídico de La Rioja, Nº 7, La Rioja, 2001, pp. 438.

Esto en cuanto al caso de España, pero también podemos referirnos a Alemania, el país más poblado de Europa (unos 80 millones de habitantes) después de Rusia. Alemania al 31 de diciembre de 2000, solo tenía 454 demandas pendientes; número que, como el español, es comparativamente bajo. En la República Federal de Alemania existe un recurso ante su Tribunal Constitucional, similar al recurso de amparo español. En cambio, este tipo de recurso no existe ni en Francia ni en Italia, y esa circunstancia explica en parte el alto número de reclamaciones que se presentan contra esos países.

La consideración de los casos español y alemán nos da pie a indicar cuál puede ser una vía complementaria adecuada de ayuda a la sobrecarga del sistema: fomentar la capacidad de jueces y Tribunales de los Estados miembros de servirse del convenio en los casos concretos que se les presentan, que es lo mismo que decir: dotar a los sistemas jurídicos estatales de mecanismos jurisdiccionales apropiados de defensa de los derechos humanos, como es el caso de España y Alemania.

Partiendo del hecho de que el Convenio Europeo y la jurisdicción del TEDH, y en general todo el Derecho Internacional de los derechos humanos, se basan en la idea de la subsidiariedad, llegamos a advertir que la protección de los derechos humanos, particularmente en el orden jurisdiccional, corresponde básicamente a los Estados. Los Estados son los defensores naturales de los derechos humanos; la Convención de Roma parte de esa premisa. El Tribunal Europeo solo debe actuar allá donde los Estados no lleguen. Esta es justamente la razón de ser de la regla que obliga al agotamiento de los recursos internos.

En este Sentido, el Tribunal ha manifestado a los estados miembros que desde la conferencia de Interlaken, se ha producido un fuerte énfasis sobre el principio de subsidiariedad, y sobre la existencia de recursos efectivos en el orden jurídico interno para denuncias de violaciones de los derechos humanos²³.

B. La Ubicación del CEDH y su Tratamiento por los Jueces Nacionales:

Existen similitudes y diferencias entre el tratamiento judicial nacional del CEDH, de aquí en adelante pasaremos a examinar si los jueces nacionales tratan el CEDH de la misma manera y

²³ Discurso del Sr. Dean Spielmann, Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Palacio de Europa, Estrasburgo, 7 de julio de 2014. Disponible en red: http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140707_Spielmann_ENG.pdf

hasta qué punto facilitan la convergencia de esta norma. Al respecto la finalidad de este trabajo es estudiar la aplicación judicial del CEDH para analizar la relación vertical entre los jueces nacionales (ambos, Constitucionales y ordinarios) y esta forma de ley externa.

Estudio de Austria y Alemania

Alemania es un miembro fundador de las Comunidades Europeas; Austria se convirtió en miembro en 1995. Ambos países son partes del CEDH. Aunque los respectivos ordenamientos jurídicos se basan en determinadas tradiciones jurídicas comunes, se caracterizan por algunas diferencias estructurales fundamentales con respecto a la incorporación de la legislación de la UE y el CEDH. El siguiente resumen expondrá estos aspectos comunes y las diferencias.

1.- Rango e Impacto de la normativa del CEDH y de su Jurisprudencia

1.1 Alemania

En el ordenamiento jurídico alemán, el CEDH tiene el estatus de un tratado internacional adoptado en el país con el rango de una ley ordinaria²⁴. El Tribunal Constitucional Federal alemán (FCC) (por sus siglas en inglés) se niega a considerar el CEDH como base directa para la revisión de la Constitución: Una queja individual no puede estar basada tan (solamente) en la denuncia de violación de un derecho otorgado por la Convención²⁵. Aquellos juristas que abogaban por la asignación de un rango superior a la Convención respecto a las leyes ordinarias no predominaron²⁶. La jurisprudencia del FCC ha establecido, sin embargo, una práctica según la cual los derechos fundamentales garantizados por la Ley Fundamental se complementan con una interpretación conforme con el correspondiente derecho otorgado por el CEDH.²⁷ En consecuencia, se puede decir que el Convenio ha ganado una influencia cuasi-constitucional a los efectos de la aplicación de la mayor parte de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental.²⁸ Sin embargo, este enfoque llega a su límite cuando la ley nacional (ordinaria o

²⁴ Giegerich, T., ECHR range and effects in the legal systems of the Member States, En: R. Grote, T. Maruhn, EMRK/GG Comentarios, European and German protection of fundamental rights, Mohr Siebeck, 2006, p. 82.

²⁵ BVerfGE 10, 271 <274>; 74, 102 <128>, BVerfG 5.5.2003 2 BvR 2042/02, parágrafo 5.

²⁶ Giegerich, T., ECHR range and effects in the legal systems of the Member States, En: R. Grote, T. Maruhn, EMRK/GG European and German protection of fundamental rights, Mohr Siebeck, 2006, p. 84.

²⁷ Ver, por ejemplo, BVerfG 6. Mayo 1997 - I BvR 711/96 NJW 1997, 2811-2812 o BVerfG 2.9.2009 1 BvR 3171/08 sobre el derecho a una decisión en un plazo razonable (el Tribunal Constitucional Federal cita jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) respecto del artículo 6 del CEDH en su razonamiento sobre la interpretación del principio interno del debido proceso o 'Imperio de la Ley' de conformidad con el artículo 20, párr. 3 GG).

²⁸ Grabenwarter, Christoph, European Convention on Human Rights, 4th ed., CH. Beck, Manz, 2009, p. 19.

constitucional) apunta claramente a un resultado diferente o proporciona una indicación contraria.²⁹

1.2 Austria

El CEDH tiene una doble condición en Austria. Además de su carácter de tratado internacional,³⁰ se ha transformado, en el plano nacional, en una norma con el rango de una ley constitucional.³¹ Esto tiene una doble implicación. En primer lugar, el CEDH otorga derechos individuales que son directamente recurribles ante todos los tribunales y autoridades. Dada su condición de derecho constitucional, estos derechos pueden ser invocados ante la Corte Constitucional de Austria (CC). No hace falta decir que el rango constitucional de los derechos de la Convención implica la obligación de interpretar el Derecho común, en la medida de lo posible, de conformidad con estos derechos.³² En segundo lugar, el rango constitucional del CEDH lo convierte en una norma vinculante para la legislación y somete a todas las leyes ordinarias a revisión ante el CC. Un conflicto entre las leyes y derechos consagrados en el CEDH es resuelto de la misma manera que cualquier otro conflicto entre la ley ordinaria y la normativa constitucional: Las autoridades y los tribunales están obligados a aplicar e interpretar correctamente la ley ordinaria. En cuanto la redacción permita una interpretación conforme con los derechos del CEDH, tal interpretación prevalece. Sin embargo, si la redacción de la ley está claramente en contra de una interpretación que la modifique hasta determinado punto, la administración y los tribunales de primera instancia están obligados a aplicar la ley, sin importar si esta viola potencialmente la Convención. Es entonces sólo en el nivel de la corte de apelación que la cuestión de constitucionalidad puede (y debe) ser remitida a la CC como el único tribunal competente para derogar la ley por razón de su inconstitucionalidad (la sentencia no tiene, en

²⁹ BVerfGE III, 307 (329) (“Gorgülü”).

³⁰ Austria firmó la Convención en 1958.

³¹ Gaceta de Leyes Federales (Austria) N° 59/1964.

³² Esta opinión es compartida por los tres más altos tribunales de Austria. Para citar algunos ejemplos, véase la sentencia del Oberster Gerichtshof 05.16.2006, 5 Ob 70 / 06i, en la extensión interpretativa de un privilegio, en la ley de arrendamiento, relativa a los socios en la cohabitación respecto de la convivencia entre personas del mismo sexo, de conformidad con el artículo 8 del CEDH según la interpretación del Tribunal de Derechos Humanos en la sentencia de 24.7.2003, Karner vs. Austria, apl. no. 40016/98. Ver también la sentencia de la Corte Constitucional VfSlg. 17.373 / 2004, relativa a la obligación de un tribunal, de conformidad con el artículo 6 del CEDH, de celebrar una audiencia oral al decidir sobre un derecho civil o acusación penal; Ver también las sentencias de la Suprema Corte Administrativa de 01/23/2007, y 2006/01/0949, sobre la obligación de la autoridad de asilo de asumir la jurisdicción interna, recurriendo a su discreción en virtud del Reglamento Dublín II, cuando los principios de no devolución desarrollados en la jurisprudencia del TEDH prohíben la entrega del solicitante de asilo al país que tiene competencia conforme al Reglamento.

principio, efecto retroactivo, excepto para la misma causa judicial que originó el procedimiento ante la CC).

2.- Modificación del Mandato Constitucional de la Corte Nacional?

2.1 Alemania

En cuanto a Alemania, el artículo 97, párr. I de la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania (GG) establece que los jueces deben ser independientes y estar sometidos únicamente a la ley. El mandato constitucional del juez nacional se define además por el artículo 20 párr. 3 de la GG que dispone que "El poder ejecutivo y el poder legislativo [estarán sujetos] a la ley y al derecho" ("sind un gebunden Gesetz und Recht"). Estas condiciones no se limitan a los actos normativos adoptados por los legisladores nacionales sino que se extienden a la aplicación directa del derecho comunitario y del derecho internacional.³³ El mandato constitucional de la corte nacional, como tal, no está por lo tanto modificado por la necesidad de aplicar y respetar el tratado o el Derecho comunitario, más bien la aplicación de la legislación comunitaria o del CEDH debe ser vista como meros ejemplos del mandato general del poder judicial de aplicar la ley como un elemento fundamental del principio del Estado de Derecho.

2.2 Austria

La Constitución de Austria (B-VG) no designa específicamente qué tipo de normas han de aplicar los tribunales ordinarios (civiles). Prácticamente es indiscutible que el principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la B-VG, a pesar de que su redacción se refiera al poder ejecutivo,³⁴ se extiende a los tribunales y establece que estos están sujetos a la ley.³⁵ El Artículo 18 de la B-VG tiene un significado parcialmente modificado, desde la adhesión a la Unión Europea, en la medida que el Derecho comunitario reclama aplicabilidad directa. Una similar ampliación de interpretación del término "legalidad" se llevó a cabo en relación con el artículo 129, que regula la competencia del Tribunal Administrativo.

Su competencia se define por la tarea "de asegurar la legalidad de todos los actos de la administración". El término "legalidad" se refiere al significado sustantivo de la palabra "ley" y

³³ Jarass, H., "Comentario del artículo 23», En H. Jarass, B. Pieroth, *Basic Law for the Federal Republic of Germany to comment*, 10a ed., p. 38.

³⁴ Se podría traducir esta disposición de la siguiente manera: "Toda la administración pública se basa en la ley."

³⁵ Walter, R., Mayer, H., Kucsko-Stadlmayer, G., *Federal Constitutional Law*, 10. ed., 2007, p. 283.

por lo tanto, incluye la revisión de conformidad con el derecho comunitario y el derecho internacional.³⁶

3.- Consecuencias procesales de las sentencias del TEDH

3.1 Consecuencias Erga Omnes

En Alemania y Austria, a pesar de que sus sentencias no tienen, legalmente hablando, efecto *erga omnes*,³⁷ la interpretación elegida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en un caso particular, tiene una relevancia *de facto* para la posterior aplicación de la legislación interna en todos los casos similares pendientes (casos paralelos):³⁸ Si es posible tal interpretación de las leyes nacionales (es decir, una lectura de conformidad con la Convención), la interpretación que hace el TEDH se considera relevante. Estos efectos encuentran sus límites cuando la legislación interna no deja lugar a un manejo diferente. Esta situación puede darse, ya sea porque el caso ya haya adquirido firmeza o cuando los estatutos no dan lugar a una interpretación diferente (es decir, la violación del CEDH está enraizada en la propia ley). En Alemania, en este último caso, la violación sólo puede ser subsanada por el legislador. En Austria, esta situación puede dar lugar a quejas o peticiones judiciales a la CC, con el fin de derogar el estatuto. En este sentido, los posibles efectos *erga omnes* son un tanto mejorados debido al rango constitucional interno del CEDH, convirtiéndolo en parte del estándar de revisión de la CC. Por lo general, la interpretación del CEDH que viene de la sentencia del TEDH afectará la revisión de la CC de las leyes nacionales en el marco del CEDH.³⁹ A menos que el derecho constitucional interno indique específicamente un resultado diferente,⁴⁰ la CC de Austria es capaz de corregir una violación "sistémica" de la Convención mediante la derogación de las leyes nacionales correspondientes: Tal corrección por lo tanto puede llevarse a cabo directamente por la CC y no depende de la actividad del legislador.

3.2 Consecuencias inter partes

3.2.1 Alemania

En Alemania, hasta 1998 una sentencia del TEDH no constituía un motivo para la reapertura de la decisión del tribunal nacional que condujo a la sentencia del TEDH. Los principios generales

³⁶ Jabloner, C., "Comentario del artículo 129", En: Korinek, K., Holoubek, M., *Comment on the Austrian Federal Constitutional Law*, 2009, p.7.

³⁷ Grabenwarter, C., *European Convention on Human Rights*, 4th ed., CH. Beck, Manz, 2009, p. 98.

³⁸ Cremer, H.], 'Decision and Decision action', En: Grote, R., Marauhn, T., *Concordance Comment, the European and German protection of fundamental rights*, 2006, p. 1760.

³⁹ Ver por ejemplo VfSlg. 14.696/1996 o 15.129/1998.

⁴⁰ En este caso, a pesar de que la Convención tiene rango constitucional, la regla contraria del derecho constitucional tendría que prevalecer en virtud de su carácter *specialis laxa*.

relativos a la ejecución interna de una sentencia del TEDH fueron objeto del caso Görgülü decidido por la FCC en 2004.⁴¹ El TEDH⁴² detuvo la negativa de un tribunal nacional para otorgar la custodia del padre biológico de un niño y el derecho de visita por ser incompatible con el derecho del padre al respeto de la vida familiar (artículo 8 del CEDH). En un segundo procedimiento, el padre intentó nuevamente que la custodia sea transferida a él. Después de que el tribunal de primera instancia admitió su demanda, el tribunal de apelación dejó sin efecto la decisión, basándose en la cosa juzgada y en el supuesto de que las sentencias del TEDH no eran directamente aplicables. Tras la denuncia individual del padre, la FCC aclaró los efectos de una sentencia del TEDH. Recordó que en el ordenamiento jurídico alemán, el CEDH tiene el estatus de una ley ordinaria y que "El Convenio deja en manos de las partes contratantes el decidir de qué manera cumplen con su deber de observar las disposiciones de la Convención".⁴³ Siempre que la legislación nacional permita que el tribunal competente tenga en cuenta las obligaciones del Estado derivadas del CEDH (según la interpretación del TEDH), el tribunal tienen el deber de hacerlo, en cuanto mantenga una interpretación metodológica justificable de los estatutos.⁴⁴ A pesar de que ni el CEDH ni la Ley Fundamental imponen la obligación de aplicar una sentencia del TEDH en desafío a la fuerza jurídica de la decisión final adoptada por el tribunal nacional o por la reapertura del procedimiento,⁴⁵ en la medida en que los recursos o procedimientos legales existentes dejen espacio para la consideración de nuevos aspectos,⁴⁶ los tribunales y órganos administrativos están obligados a manejar el caso a la luz de la conclusión del TEDH.

Dentro del ámbito del procedimiento penal tal posibilidad, dirigida específicamente al caso de que una decisión del TEDH encuentre una violación del CEDH, existe desde 1998 en forma de un derecho a solicitar la reapertura de la decisión final (no apelable) del tribunal nacional que dio origen a la sentencia del TEDH (artículo 359 del código de Procedimiento Penal - StPO).⁴⁷

⁴¹BVerfG 10.14.2004, 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407. Una traducción al Inglés se puede encontrar en <<http://www.bvetfg.de/entscheidungen/rs20041014-2bvr148104en.html>> (consultado el 25/11/2015).

⁴² TEDH 26.2.2004, Appl. Nº 74969/01 [Görgülü].

⁴³ BVerfG 10.14.2004, 2 BvR 1481/04, NIW 2004, 3407, número marginal 31.

⁴⁴ Loc. cit., número marginal 48.

⁴⁵ Loc.cit., número marginal 53.

⁴⁶ Según el Tribunal Constitucional Federal "Este puede ser el caso, por ejemplo, de cuando el tribunal tiene la intención de examinar la cuestión sobre la base de una nueva demanda o una modificación de las circunstancias, o el tribunal en otro orden de cosas sigue ocupado en el asunto. En última instancia, es decisivo si un tribunal, dentro del ámbito de la legislación aplicable del procedimiento, tiene la posibilidad de dictar una nueva resolución en la que se puede tener en cuenta la correspondiente decisión del TEDH".

⁴⁷ Gaceta de Leyes Federales (Alemania) I Nº 1802/1998.

Hasta 2006 esta se limitaba a un proceso penal.⁴⁸ En 2006 una disposición similar se incluyó⁴⁹ en el Código de Procedimiento Civil (artículo 580 N ° 8).⁵⁰ Teniendo en cuenta el hecho de que, a los efectos de las condiciones de la reapertura de las decisiones finales (no apelables), las normas de procedimiento aplicables a los diferentes tipos de tribunales superiores “todas” se refieren a la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta enmienda en la práctica afecta a todos campos del derecho:⁵¹ En principio, una sentencia del TEDH es ahora generalmente motivo de la reapertura del fallo de apelación final nacional.

3.2.2 Austria

También en relación con las sentencias del TEDH contra Austria, se reconoce⁵² que el artículo 46 del CEDH, considerado aisladamente, no garantiza un derecho directamente aplicable a reabrir el proceso interno en el caso concreto que dio lugar a la sentencia del TEDH.⁵³

En el proceso penal, el legislador austriaco⁵⁴ introdujo en 1996 una base específica para la reapertura de una resolución judicial penal firme que el TEDH hubiese encontrado posteriormente como vulneradora del CEDH.⁵⁵ El lenguaje de las notas explicativas⁵⁶ demuestra que el legislador no quiso adoptar la disposición en cumplimiento de una obligación con arreglo al artículo 46 del CEDH, sino más bien quiso crear una regla que va más allá de lo exigido por la Convención.⁵⁷

⁴⁸ Por lo tanto, se trataba de la situación jurídica descrita por el Tribunal Constitucional Federal en el año 2.004 en el caso Görgülü.

⁴⁹ Gaceta de Leyes Federales (Alemania) I N° 3416/2006.

⁵⁰ Esta enmienda fue recibida con críticas por la doctrina; Ver J. Brown, 'restitution claim for infringement of the ECHR', 2007, NJW 1620.

⁵¹ Schumann, E., 'At last, after more than 50 years: The finding of the violation of human rights by the ECHR is in Germany for civil procedure restitution reason', (NWV 2008), 902.

⁵² Olcresek, W., "Commentary on Article 46 ECHR", En: K. Korinek, Holoubek M. (eds.), Kommentar zum Österreichischen Bundmafassungsrecht, Spriger, 1999, número marginal 9.

⁵³ Una postura más cautelosa parece estar expresada en la decisión del Tribunal Constitucional VfSlg. 16.747 / 2002 en la que únicamente señaló que el artículo 46 no requiere "en cualquier caso" una reapertura.

⁵⁴ Gaceta de Leyes Federales (Austria) N° 762/1996 (Criminal Law Amendment Act 1996).

⁵⁵ Sección 363a de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: "cuando no se puede excluir que la violación tuvo una influencia negativa sobre el fondo de la decisión contra la demandante".

⁵⁶ Informe de la comisión parlamentaria, anexos a las actas, 20a sesión, pp. 64 y ss.

⁵⁷ Curiosamente, el artículo 363a del Código de Procedimiento Penal tuvo algunas consecuencias bastante sorprendentes en el ulterior desarrollo de la jurisprudencia: Si bien la mera redacción de la disposición parecía limitar su alcance a la persona que demandó con éxito en contra de una condena penal nacional ante el TEDH (ésta parecía ser la opinión previamente imperante: Cfr. OGH 11/11/1997, 11 Os 117/97; OGH 02/19/2003 13 Os 3.3), el Tribunal decidió, en 2007, interpretar la posibilidad de una reapertura en una extensa forma (OGH 01/08/2007, 13 Os 135 / 06m = EuGRZ 2007, 584).

Más allá del alcance de esta norma específica, los tribunales no consideran que una sentencia del TEDH constituya una base para la reapertura de la instancia nacional. Esto puede ilustrarse con las decisiones del Tribunal Supremo Administrativo⁵⁸ sobre las solicitudes de los demandantes para la reapertura de sus respectivos procesos después de que el TEDH había sostenido que el procedimiento estaba viciado por falta de una audiencia oral.⁵⁹ La norma legal pertinente para la reapertura de un caso ante el Tribunal Supremo Administrativo establece que "en el procedimiento la normas relativas a oír a las partes en el debido proceso legal no se hayan cumplido y se pueda suponer que de haberse procedido de otra manera la decisión o la orden habría sido diferente".⁶⁰ En su razonamiento, el Tribunal Supremo Administrativo se refirió en primer lugar al hecho de que las sentencias del TEDH son de carácter declarativo y no afectan directamente los efectos jurídicos de la decisión interna, y luego citó la jurisprudencia del TEDH según la cual "corresponde al Estado el elegir los medios que se utilizarán en su ordenamiento jurídico interno para el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del artículo 46 CEDH",⁶¹ y - después de citar las notas explicativas sobre el artículo 363a del Código de Procedimiento Penal - señaló el hecho de que el legislador nacional no consideró una reapertura como el único medio posible para cumplir con una sentencia del TEDH. Con vistas a este marco jurídico y teniendo en cuenta también "la naturaleza de la violación de la Convención" (es decir, la no celebración de una vista oral), el Tribunal se negó a reabrir el procedimiento. Esto parece dejar abierta la cuestión de si el Tribunal Administrativo Supremo tendría que recurrir a una disposición contenida en otras instancias.⁶² Cabe señalar que, en cualquier caso, la sección 45 párr. Numero 4 sólo permite la reparación de errores en el procedimiento ante el Tribunal Administrativo Supremo y no se extiende a la cuestión de fondo del caso en sí.

Otro enfoque concebible para superar el efecto de cosa juzgada posterior a una sentencia del TEDH en materia administrativa⁶³ pasa por el nivel de la resolución definitiva de la autoridad administrativa que habría sido (sin éxito) impugnada ante el Tribunal Supremo Administrativo: Por un lado, las leyes de procedimiento administrativo confieren a la autoridad un cierto margen

⁵⁸ Verwaltungsgerichtshof (VwGH).

⁵⁹ Cf. TEDH 01/22/2004 *Alge v Austria* (Appl sin 38185/97.); el Tribunal Supremo Administrativo negó la reapertura por decisión de 11.22.2004, VwSlg16502 A / 2004.

⁶⁰ Sección 45 párr. 1 no. 4 de la Ley del Tribunal Administrativo de 1985 (Verwaltungsgerichtshofsgesetz - VwGG).

⁶¹ Refiriéndose en particular a la sentencia *Marckx*, serie A núm. 31, p. 25, párr. 58, la sentencia *Norris* de 26 de octubre 1988 Appl. N° 10581/83; y el caso (*Z v Finlandia*) 25 de enero de 1997, APPI 110- 22009/93.

⁶² En otro caso la Corte enfatizó, además, este resultado citando la decisión del TEDH de 07.08.2003 *Lyon v Reino Unido*. (Appl N° 15227/03.); véase VwGH 2/26/2007, 2006/10/0034 tras la condena por el TEDH de 10/11/2005 de *Schelling v. Austria* (Appl. no. 55193/00).

⁶³ Extendiéndose también a violaciones que tocan sobre la cuestión de fondo de la controversia.

de apreciación para revocar una resolución administrativa final.⁶⁴ En los procedimientos sobre infracciones administrativas una sentencia puede ser derogada si el fallo "manifiestamente viola la ley en perjuicio del condenado".⁶⁵ Los tipos de medidas antes mencionadas están totalmente a discreción de la autoridad. Un derecho exigible a una nueva evaluación del caso, podrá derivarse de lo dispuesto en la reapertura (*stricto sensu*). La regla más pertinente es el tipo de reapertura disponible en base a que la decisión dependía de una cuestión prejudicial que hubiese sido decidida de manera diferente por la autoridad competente (el tribunal).⁶⁶ En la medida en que las partes en el procedimiento ante el TEDH sean idénticas a las del asunto dado ante el Tribunal Supremo Administrativo, esta disposición podría tomarse en consideración. Como las actuaciones concernientes se rijan por el Código de Procedimiento Civil,⁶⁷ la sentencia del TEDH no constituye una razón para reabrir el caso.⁶⁸

En resumen, la corrección de una decisión final vinculante sólo podrá lograrse en la medida que la legislación nacional (ordinaria) prevea medios para ese fin o deje espacio para la interpretación en ese sentido; en su defecto la fuerza vinculante de la decisión interna permanece inalterable. En su caso, una reapertura incluso podría ser el punto de partida de la revisión constitucional por la CC en la disposición subyacente a la decisión final que disponga la violación del CEDH. Los problemas surgen cuando la disposición ya ha sido derogada por la CC en el transcurso del proceso, por ejemplo, con motivo de un caso paralelo, y a la decisión derogatoria no se le hubiese concedido efecto retroactivo.

⁶⁴ Hay una amplia discrecionalidad si las terceras partes no obtienen ningún derecho a partir de la decisión: Sección 68 párr. 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (AVG). Si terceros hicieron derivar derechos, una medida de este tipo sólo puede tomarse si esta "elimina agravios resultantes en detrimento de la vida o la salud de las personas o evita graves daños a la economía": Sección 68 párr. 3 Ley de Procedimiento Administrativo General.

⁶⁵ Sección 52a párr. 1 Ley Penal Administrativa 1991 (Verwaltungsstrafgesetz 1991- VStG).

⁶⁶ Sección 69 párr. 1 no. 3 Ley de Procedimiento Administrativo General.

⁶⁷ A diferencia de la situación alemana, esto se aplica sólo a los tribunales que deciden sobre asuntos de derecho civil, y -en algunos casos limitados- al procedimiento ante el Tribunal Constitucional.

⁶⁸ Karl, W., 'The execution of judgments of the European Court of Human Rights in Austria', En: W. Hummer (ed.), Austria in Euro Europe 1956-2006, Bohlau, 2008, p. 690.

Estudio de Bélgica

Desde la entrada de los países de Europa del Este, Bélgica ya no se encuentra en el centro geográfico de la Unión Europea. Sin embargo, es todavía el centro administrativo, albergando tanto a la Comisión Europea y a (parte) del Parlamento Europeo. Esto concuerda con la actitud positiva que los tribunales belgas adoptan frente a la Unión Europea.⁶⁹ El Tribunal de Casación belga no cuestiona la supremacía de la legislación de la UE o de los tratados internacionales, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El Tribunal Constitucional se ve a sí mismo como un guardián de la legislación de la UE e interpreta las estipulaciones constitucionales de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos en general y con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH en particular. Sin embargo, en tanto las implicaciones de la supremacía europea para las garantías constitucionales se hacen más evidentes, la sujeción a la ley supranacional se pone en tela de juicio.

1.- El marco normativo de la legislación comunitaria y el CEDH en Bélgica

1.1 Marco Normativo en cuanto a la relación entre el Derecho Supranacional y el Nacional

Aunque la Constitución belga no contiene una estipulación sobre la relación entre derecho nacional e internacional, sí ofrece una base jurídica para la adhesión a organizaciones supranacionales. De acuerdo con el artículo 34 de la Constitución belga "*el ejercicio de los poderes específicos puede ser asignado por un tratado o una ley a las instituciones del derecho internacional público*". Se insertó este artículo en la Constitución en 1970, para poner fin a las discusiones acerca de la constitucionalidad de la adhesión de Bélgica a las organizaciones supranacionales.⁷⁰ Este permite la inserción de la perspectiva europea en el ordenamiento jurídico belga.⁷¹ La Constitución belga provee una base legal para el reforzamiento de la legislación comunitaria en el ordenamiento jurídico belga, no obstante, está subordinada a la legislación de la UE.

Sin embargo, las autoridades belgas al momento de decidir unirse a un tratado internacional se encuentran sometidas a la Constitución. El Tribunal Constitucional es capaz de revisar una ley

⁶⁹ Acerca de esta actitud positiva ver: M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2006), p. 641.

⁷⁰ Véase, para una visión general de las objeciones formuladas por el Consejo de Estado: Velaers, J., "The confluence of fundamental rights in the Belgian legal system," the Hague, Boom Legal Publishers, 2008, p. 81-141.

⁷¹ Consejo de Estado, División de la legislación, Consejo de 15 de febrero de 2005, Parl.Doc. Senado 2004-2005, no.1091 / 1, 530, Disponible en red: www.senate.be

del Parlamento que sostenga el asentimiento de un tratado internacional. Los recursos de anulación de una ley que sostenga el asentimiento a un tratado internacional sólo son admisibles en la medida en que se presenten en el plazo de sesenta días, en lugar de los seis meses normales, después de la publicación de la Ley.⁷² No hay límite de tiempo para que los tribunales soliciten al Tribunal Constitucional que se pronuncie con carácter prejudicial sobre la constitucionalidad de una ley semejante.⁷³ Una vez se hizo evidente que el Tribunal Constitucional no dudó en considerar que es competente para hacer frente a este tipo de solicitudes, incluso en el caso de un Tratado de la UE o del CEDH⁷⁴, el legislador privó al Tribunal de su competencia para responder a cuestiones preliminares relativas a una Ley de asentimiento a un Tratado de la UE, al Convenio Europeo de Derechos Humanos o a un protocolo.⁷⁵ Como esta limitación se inspiró en la preocupación de mantener la certeza y la estabilidad de las normativas internacionales,⁷⁶ la limitación a los tratados supranacionales ha sido criticada.⁷⁷ La distinción no obstante ilustra la situación especial de los tratados de la UE y de la Convención Europea de los derechos humanos, debido a su naturaleza supranacional. En ese sentido el gobierno en los debates preparatorios en el Parlamento se refirió especialmente a la supervisión de los tribunales supranacionales.⁷⁸ Se trataba de evitar un conflicto abierto entre la visión Europea, por una parte, y la perspectiva nacional por otra, esta última aparentemente considerada por el legislador para dar a entender la primacía de la Constitución.⁷⁹

1.2.- Enmiendas Constitucionales inducidas por la Ley Supranacional

Varias enmiendas constitucionales han sido inducidas por el derecho internacional supranacional.⁸⁰ Algunas constitucionales están formuladas de tal manera que se correspondan lo más posible a los derechos fundamentales consagrados en los tratados de derechos humanos y del CEDH en particular. Por ejemplo, al establecer el derecho a la privacidad en el artículo 22 de la Constitución belga del legislador constitucional se esforzó en llegar a la concordancia con

⁷² Art. 3.2 Ley Especial de la Corte Constitucional.

⁷³ Por primera vez en la Corte Const. No. 26/91, 16 de octubre de 1991.

⁷⁴ Corte Const. No. 33/94, 26 de abril de 1994.

⁷⁵ Art. 26-I bis Ley Especial de la Corte Constitucional.

⁷⁶ Exposición de motivos, Parl.Doc Senado 2000-2001, 2-897 / 1, p. 3 y 8; Informe ibíd. 2-897 / 6. 13-14.

⁷⁷ Consejo de Estado, División de Legislación, Consejo de 25 de abril de 3000, Parl.Doc. Senado 2000-2001. 2-897 / 1, 28-29; Informe de las audiencias parlamentarias, ibíd. p. 44, 77, 88, 116, 139, 153, 282 a 287.

⁷⁸ Parl.Doc. Senado 2000-2001, 2-897 / 1, 8; 2-897 / 6, 223; Cámara de Diputados, 2002-2003, 50-2099/3, 8-9.

⁷⁹ Informe, Parl.Doc. Senado 2002-2003, 2-897 / 1, 10-12; Informe, Parl.Doc. Cámara de Representantes de 2002- 2003, 50 a 2099/3, 6.

⁸⁰ Varias enmiendas constitucionales al Título II sobre los derechos fundamentales se inspiraron en los tratados internacionales de derechos humanos, para una visión general ver: P. Popelier, *the law legally viewed*, Bruges, which Keure, 2004, 424 pp.

el artículo 8 del CEDH a fin de evitar controversias sobre el contenido de, respectivamente, el artículo 22 de la Constitución y del artículo 8 del CEDH.⁸¹ Según el Tribunal Constitucional la Constitución de esta forma somete la interpretación del artículo 22 de la Constitución a la interpretación del artículo 8 del CEDH efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De ahí que el legislador constitucional belga haya insertado la jurisprudencia del TEDH en la Constitución. Como se señalará en un párrafo sobre la postura de los tribunales belgas, esta implicación se ha extendido a los derechos constitucionales análogos a los derechos fundamentales inscritos en los tratados internacionales, a pesar de que el legislador constitucional no tenía la intención de llegar a la conformidad con el derecho internacional o supranacional.

2.- Derecho supranacional en la jurisprudencia de los tribunales belgas

2.1 Los tribunales belgas: Introducción general

El ordenamiento jurídico belga reconoce tres tribunales "supremos". El Tribunal de Casación es el tribunal competente más antiguo para revisar las decisiones de los tribunales ordinarios. El Consejo de Estado es un tribunal administrativo que actúa como Tribunal de Casación respecto a las decisiones de los tribunales administrativos y es competente para anular las decisiones adoptadas por los órganos ejecutivos belgas. El Tribunal Constitucional (anteriormente llamado "Tribunal de Arbitraje") es el tribunal más reciente, competente para anular los actos parlamentarios y para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la constitucionalidad de los actos parlamentarios.

Tanto los tribunales ordinarios como el Consejo de Estado son competentes para controlar la legalidad de los actos administrativos y de la legislación delegada. Un acto que viole la ley suprema no puede ser aplicado en un asunto ante el tribunal. Estos tribunales no son, sin embargo competentes para revisar la legalidad de los actos parlamentarios, a no ser por dos excepciones. Los tribunales son competentes para examinar la conformidad de los actos parlamentarios de Bruselas con toda la Constitución y con la Ley Especial de las instituciones de Bruselas, para aquellos artículos que no entren dentro de la competencia directa de la Corte Constitucional. Por otra parte, en 1971 el Tribunal de Casación declaró competentes a los tribunales para revisar actos parlamentarios contrarios al derecho internacional auto ejecutable o de aplicación directa "*self executing*".⁸² De ahí que los tribunales ordinarios son capaces de

⁸¹ Informe Doc.Parl. Cámara de Representantes de 1993-1994, no. 997/5, p. 2.

⁸² Ver el siguiente párrafo.

revisar todos los actos administrativos y legislativos contrarios al derecho internacional, incluido el derecho del CEDH.⁸³

A diferencia de la Corte de Casación y del Consejo de Estado, el Tribunal Constitucional sólo tiene limitadas competencias. Revisa los actos parlamentarios referidos a normas legales que asignan facultades al Estado federal, las regiones o las Comunidades y a los derechos fundamentales consagrados en el Título II de la Constitución belga y los artículos 170, 172 y 191 de la Constitución. También se considera exclusivamente competente para evaluar el contenido de una Ley Parlamentaria para la exclusión del procedimiento de toma de decisiones.⁸⁴

En su jurisprudencia, sin embargo el Tribunal Constitucional sí considera la legalidad de los actos parlamentarios vis-à-vis respecto del derecho internacional y europeo.⁸⁵ Muy a menudo se vincula el derecho internacional y supranacional con los artículos 10 y 11 de la Constitución, que establecen el principio de igualdad y no discriminación. Cuando una ley respeta el derecho internacional o supranacional vis-à-vis de una categoría de personas, pero lo viola en relación con una categoría comparable de personas, se sostiene que lo infringe en base a los artículos 10 y 11 de la Constitución belga. La violación de un derecho humano establecido en la Constitución o un tratado internacional es considerada como una violación de los artículos 10 y 11 de la Constitución como tal.⁸⁶

2.2 Principio: Una postura amistosa de la UE y el CEDH

2.1.1 El Tribunal de Casación y la justicia ordinaria.

En 1971 el Tribunal de Casación de Bélgica en el caso *Franco Suisse Le Ski* pronunció la primacía del derecho internacional de aplicación directa (*self executing*) frente a la ley nacional.⁸⁷ Este pronunciamiento fue un hito, ya que se cambió la actitud hacia el derecho internacional y puso fin a la antigua inviolabilidad de la legislación parlamentaria. Este giro fue una respuesta a la jurisprudencia del TJUE que se pronunciaba sobre la supremacía de la legislación *self executing* de la UE. El Tribunal de Casación no sólo aceptó esta jurisprudencia,

⁸³ En el caso del Consejo de Estado, el derecho internacional o supranacional no tiene que ser "*self executing*", Consejo de Estado, Tillieux Nº 107.085, el 28 de mayo de 2002.

⁸⁴ Con algunas excepciones, ver: Popelier, P., *Procedure before the Constitutional Court*, Oxford, Intersentia, 2008, p. 74-75.

⁸⁵ La ley internacional o supranacional ni siquiera tiene que ser "*self executing*". Corte Const. No. 106/2003, de 22 julio de 2003.

⁸⁶ Por ejemplo: Corte Const. No. 16/91, 13 de Junio de 1991; Corte Const. No. 20/94. 10 de febrero 1994; Corte Const. No. 60/2007, el 18 de abril de 2007.

⁸⁷ Cass. 27 de mayo de 1971, Pas. 1971, I, 886.

sino que, a falta de estipulación constitucional en esta materia, la extendió a todo el derecho internacional de aplicación directa.⁸⁸ Como consecuencia los tribunales son competentes para revisar la conformidad de los Estatutos a los tratados internacionales, incluido el CEDH. El Tribunal confirmó esta posición en casos posteriores, en referencia a la primacía del derecho internacional como un principio general del derecho.

El Tribunal de Casación, al argumentar a favor de la primacía del derecho internacional, adopta un punto de vista internacional sin hacer distinción de una perspectiva nacional. Según el Tribunal la primacía del derecho internacional sigue lógicamente de la naturaleza del derecho internacional. Como consecuencia, el derecho internacional tiene prioridad tan pronto como entre en vigor y la primacía de un tratado internacional sólo puede dejarse de lado de acuerdo con el Tratado de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, si la entrada a ese tratado implica una violación manifiesta de una ley interna de fundamental importancia.⁸⁹

Aunque el caso de *Franco Suisse Le Ski* refiere a la conformidad de un Estatuto con el derecho internacional, algunos autores llegaron a la conclusión, a partir de las formulaciones generales, que la misma regla se aplicaba también en el caso del derecho constitucional.⁹⁰ El Tribunal de Casación finalmente confirmó explícitamente esta tesis en un caso que se refería a la supremacía del CEDH. Esta es también la posición de los tribunales ordinarios.⁹¹

Por ahora los tribunales belgas con frecuencia aplican tanto el CEDH como la legislación comunitaria. También participan en un diálogo con el TJCE con bastante facilidad en comparación con los tribunales de otros Estados miembros.⁹² La cantidad de referencias preliminares al TJCE presentadas por los tribunales belgas promedia veinte al año cubriendo diversos ámbitos.⁹³

⁸⁸ Aunque el caso ante el Tribunal se refería a una cuestión de Derecho comunitario, el Tribunal de Casación declaró como regla que el "derecho internacional" de aplicación directa - no sólo el Derecho comunitario - tiene prioridad sobre la legislación nacional.

⁸⁹ Velu, J., *Constitutionality Control and control compatibility with the Treaties*, Brussels, Belgian Official Gazette, 1992, p. 146.

⁹⁰ Alen, A., *Compendium of the Belgian Constitutional Law*, Antwerp, Kluwer, 2000, Part I, p. 42.

⁹¹ De Schutter & Van Drooghenbroeck, S., "The international human rights law in the national court" in the great judgments of the Belgian courts, Brussels, Larquier, 1999, p.539.

⁹² Van Nuffel, P., "The questions referred to the Court of Justice after the Treaty of Lisbon", 2009-2010, *Rechtskundig Weekly*, p. 1162: En 2008 los tribunales belgas presentaron el 8% de las preguntas preliminares ante el TJCE mientras que Bélgica sólo cubre 2% de la población de la UE.

⁹³ Van Nuffel, P., "The questions referred to the Court of Justice after the Treaty of Lisbon", 2009-2010, *Rechtskundig Weekly*, p. 1162-1169.

2.1.2 El Consejo de Estado.

El Consejo de Estado acepta fácilmente la primacía del derecho internacional. También está de acuerdo con la postura según la cual el derecho internacional prevalece sobre la Constitución, como lo confirmó en el caso *Oiginger*.⁹⁴ En el caso *Orfinger* el Consejo de Estado dio prioridad a un artículo del Tratado de la CE, que en la interpretación del Tribunal de Justicia Europeo entraba en conflicto con el artículo 10 (2) de la Constitución belga. Las formulaciones generales utilizadas por el Consejo de Estado parecen dar a entender que la regla de prevalencia aplica a todo el derecho internacional.⁹⁵ Según algunos autores, sin embargo la regla como se indica en el caso *Orjinger* se basa en el artículo 34 de la Constitución y por lo tanto limita a la legislación comunitaria. En este último caso no hay consenso bien definido en relación con la cuestión de si el CEDH también podría caer bajo el alcance de la regla *Orfinger*. Sin embargo, se consideró que debería así considerando la naturaleza "cuasi supranacional" del CEDH.⁹⁶

2.1.3 La Corte Constitucional.

Por último, La Corte Constitucional asimismo da evidencia de una posición orientada al ámbito internacional. Se acepta la primacía del derecho internacional sobre la legislación nacional.⁹⁷ Como se mencionó anteriormente la Corte Constitucional no tiene competencia para revisar las leyes del Parlamento directamente en base al derecho internacional o supranacional, pero lo hace indirectamente a través de los artículos 10 y 11 de la Constitución. Al hacerlo, se considera explícitamente un guardián de la legislación de la UE.⁹⁸ A este respecto, está dispuesta a someterse a la jurisdicción del Tribunal de Justicia Europeo. La Corte no duda en considerarse a sí misma como un órgano jurisdiccional en el sentido del art. 267 par. 3 del TFUE.⁹⁹ En comparación con los tribunales constitucionales de otros Estados miembros, la Corte Constitucional belga demuestra la disposición llamativa a plantear cuestiones al Tribunal de

⁹⁴ Consejo de Estado *Orfinger* N° 62.922, el 5 noviembre de 1996.

⁹⁵ Popelier, P., "The relationship between the Belgian Constitution and international law", En: *A tribute to Francis Delpérée. Itineraries of a constitutionalist*, Brussels-Paris, Bruylant-LGD, 2007, p. 1242.

⁹⁶ Ergec, R., "The Consecration of the judicial primacy of supranational law over the Constitution", 1997, JT, p. 256.

⁹⁷ En un caso que se remonta hasta 1988 incluso parece dar a entender que el derecho internacional tiene prioridad sobre derecho constitucional, la Corte Constitucional No. 70, 14 de diciembre de 1988.

⁹⁸ Corte Const. N° 151/2003, de 26 de noviembre de 2003. Asimismo, el Consejo de Estado valora la Corte Constitucional como tribunal capaz de revisar plenamente la conformidad de las leyes del Parlamento al derecho de la UE, el Consejo de Estado APCH N° 154.603, 7 de febrero de 2006.

⁹⁹ Ex art. 234 TEU. Ver: M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 444.

Justicia Europeo concernientes ambas cuestiones, la interpretación y los problemas de validez.¹⁰⁰

La misma apertura es visible en la jurisprudencia de la Corte en relación con la posición del CEDH. Como se mencionó anteriormente, la Corte Constitucional revisa la conformidad de las leyes a los tratados internacionales a través de los artículos 10 y 11 de la Constitución belga. Por otra parte, aunque la Constitución no incluye una cláusula que imponga una interpretación conforme a un tratado o al CEDH, el Tribunal Constitucional interpreta los derechos y libertades constitucionales de conformidad con derechos y libertades fundamentales análogos consagrados en los tratados de derechos humanos, independientemente de la intención del legislador constitucional.¹⁰¹ Aunque tanto la crítica indirecta como la interpretación de la conformidad abarcan a todos los tratados internacionales, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, sin duda, tienen una posición dominante. La existencia de un tribunal supranacional de Derechos Humanos puede muy bien explicar este hecho. En este sentido, la Corte Constitucional no duda en revertir su jurisprudencia con el fin de insertar la jurisprudencia del TEDH en la constitución.¹⁰² También la interpretación de los derechos constitucionales, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH puede dar lugar a un mayor alcance en la aplicación del derecho constitucional - por ejemplo, al leer requerimientos de calidad en el principio de legalidad - y en ocasiones incluso a limitar el alcance de un derecho constitucional expresado en términos absolutos.¹⁰³

Estudio de Francia

1.- El Parámetro Legal

¹⁰⁰ En cuanto a las cuestiones de interpretación ver Corte Const. Nº 6/97, 139/2003, 51/2006, 12/2008 y 131/2008.; sobre cuestiones de validez ver Corte Const. Nº 124/2005, 126/2005 y 103/2009.; referentes tanto a preguntas de interpretación y validez ver Corte Const. Nº 128/2009.

¹⁰¹ Jurisprudencia establecida desde Corte Const. Nº 136/2004, de 22 julio de 2004.

¹⁰² Ver Const. Court No. 81/2007, 7 de Junio de 2007.

¹⁰³ Por ejemplo: Corte Const. Nº 202/2004, de 21 de diciembre de 2004; Corte Const. Nº 131/2005, de 19 de julio de 2005; Corte Const. Nº 151/2006, de 18 de octubre de 2006.

Francia fue uno de los primeros estados en firmar y ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y los Tratados constitutivos de la Unión Europea. Francia firmó el CEDH en noviembre de 1950, pero no lo ratificó hasta el 3 de mayo de 1974.¹⁰⁴ Desde el 9 de octubre de 1981, Francia ha reconocido la posibilidad de que cualquier persona que afirme ser víctima de una violación de la Convención pueda llevar su demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

El Convenio goza de un estatus especial dentro del sistema jurídico francés como se especifica en la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958. Su integración en el derecho interno se encuentra expresamente establecido en el artículo 55, título VI, de la Constitución francesa: "Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados deberán, desde su publicación, prevalecer sobre las leyes del Parlamento, a reserva, con respecto a cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte".

Los tratados ratificados y publicados, el CEDH y los Tratados fundadores, deberán ser aplicados directamente por las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros de la UE. En Francia, su efecto directo y primacía se basan expresamente en el artículo 55 de la Constitución, que no prevé un tratamiento judicial distinto entre el CEDH y la legislación comunitaria. Sin embargo, tal afirmación es menos evidente con respecto al CEDH, ya que su incorporación en el ordenamiento jurídico nacional no es una obligación legal, de acuerdo con la posición del TEDH al respecto. Sin embargo, en referencia al artículo 55 de la Constitución, su efecto directo y primacía sobre la ley nacional se reconoce en Francia, del mismo modo que para la normativa de la UE.¹⁰⁵

La integración de estos instrumentos europeos en el derecho interno ha implicado varias modificaciones de la legislación nacional con el fin de asegurar la compatibilidad de éste con la normativa del CEDH y de la UE. En cuanto a la protección de los derechos humanos, se podría afirmar que la legislación francesa se ha modificado principalmente como resultado de la condena de Francia por el TEDH en varios casos.¹⁰⁶ La integración efectiva del CEDH en la

¹⁰⁴ Ver décret n° 74-360.

¹⁰⁵ Cohen-Jonathan, "Place of the ECHR in the french law", in F. Sudre (dir.) *The French law and the European Convention on Human Rights before national courts, 1974-1992*, Khel Strasbourg and 1994 Arlington, Engel, I. p.5.

¹⁰⁶ Debet, A., *The influence of the European Convention on Human Rights on civil law*, Paris, 2002, Dalloz, p. 157.

legislación nacional se produjo principalmente como resultado de la primera condena a Francia por el TEDH en su sentencia *Bozano*.¹⁰⁷

Por ejemplo, la legislación nacional sobre la duración de la prisión preventiva se modificó en 2000¹⁰⁸ y 2002¹⁰⁹, tras la decisión de *Muller v. Francia*.¹¹⁰ Esta reforma reforzó la garantía procesal a ser respetada al aplicar la legislación nacional sobre la medida de prisión preventiva. El nuevo artículo 137 del Código de Procedimiento Penal establece el carácter excepcional de una medida de este tipo, y el artículo 137-1 crea el cargo de "juez de libertades y de la detención", que es competente para decidir la conveniencia de tales medidas.

En *Mazurek v. Francia*, el TEDH dictaminó que el artículo 760 del Código Civil francés, que restringe los derechos de herencia de los hijos ilegítimos, era incompatible con los artículos 8 y 14 del CEDH por discriminatorio. En 2001 el Parlamento aprobó una nueva legislación que modificaba el Código Civil francés con el fin de garantizar la igualdad de trato entre los hijos ilegítimos e hijos legítimos en el campo de los derechos de sucesión.¹¹¹

En el ámbito de las garantías judiciales, el TEDH condenó a Francia en el caso de *Beaumartin v. Francia*¹¹², por la duración del tiempo empleado en los procedimientos ante los tribunales administrativos. Tras esta condena, varias disposiciones nacionales se adoptaron con el fin de garantizar la compatibilidad de las actuaciones en las jurisdicciones administrativas con el artículo 6, párrafo I, de la Convención.¹¹³

De la misma manera, se podría señalar que la estructura de las jurisdicciones administrativas se modificó tras la decisión del TEDH en *Kress v. Francia*¹¹⁴ en relación con la presencia de un "comisario de gobierno" durante una audiencia. En este caso, el TEDH decidió que el principio de contradicción no fue violado porque las conclusiones del comisario de gobierno se comunicaron a las partes. Sin embargo, dictaminó que su presencia era contraria a la garantía de un tribunal imparcial debido a que la presencia del comisario de gobierno durante las

¹⁰⁷ Caso de 18 de Diciembre de 1986, *Bozano v. Francia* [1986].

¹⁰⁸ Ver Ley Nacional N° 2000-516, de 15 de Junio de 2000, en cuanto a la presunción de inocencia.

¹⁰⁹ Ver ley del 9 de septiembre de 2002, "Ley Perben '(orientación y programación de la justicia)".

¹¹⁰ Caso Muller c. Francia [1997].

¹¹¹ Ver Ley Nacional N° 2001-p1135, de 3 de diciembre de 2001, y el nuevo artículo 733 del Código Civil francés.

¹¹² Caso Beaumartin c. Francia [1994].

¹¹³ Ver ley del 9 de septiembre de 2002, "Ley Perben' (orientación y programación de la justicia), el Decreto de noviembre 2000, Decreto n ° 2003-543 de 24 de junio de 2002.

¹¹⁴ Kress c. Francia [2001].

deliberaciones, aunque este no participe en la votación de la decisión final, podría influir en la posición de los jueces. Tras esta condena, el procedimiento administrativo francés se modificó en el año 2009.¹¹⁵ Posteriormente, el *comisario de gobierno* pasó a llamarse "*relator público*". Este relator presenta sus conclusiones ante los tribunales administrativos ordinarios y luego las partes, si lo desean, pueden intervenir y presentar exposiciones orales. Sin embargo ya no interviene en las deliberaciones. Ante el Consejo de Estado, el *relator público* puede ayudar a las deliberaciones, siempre y cuando las partes no solicitan expresamente que sea excluido de ellas.

En conclusión, se puede decir que, de acuerdo con la Constitución francesa, los instrumentos europeos tienen prioridad sobre las normas nacionales que sean contrarias a sus cláusulas. El CEDH y la legislación de la UE se sitúan por encima de los estatutos y las leyes nacionales, pero por debajo de la Constitución francesa, porque el artículo 55 prevé expresamente la primacía de las normas internacionales sobre las leyes nacionales, pero no sobre la Constitución.

2.- El Parámetro Judicial

En los tribunales nacionales, el CEDH y Derecho de la Unión Europea disfrutan del mismo estatus de la legislación nacional. El único problema posible se da en caso de existir alguna incompatibilidad con la Constitución, un problema que debe ser resuelto por el Consejo Constitucional antes de la ratificación de un tratado internacional por Francia. En efecto, el artículo 54 de la Constitución francesa establece que:

“Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos Cámaras o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa reforma de la Constitución”.

En cuanto al CEDH, el Consejo Constitucional nunca fue consultado para comprobar la conformidad del Convenio con la Constitución antes de su ratificación por parte de Francia. Por lo que tuvo que pronunciarse sobre esta cuestión cuando Francia firmó el Protocolo Nº 6 del Convenio. En su decisión Nº 88-188 DC, el Consejo Constitucional dictaminó que dicho Protocolo no contradice la Constitución, ya que era compatible con el Convenio Europeo para la protección

¹¹⁵ Ver Decreto Nº 2009-14. de 7 de enero de 2009: Diario Oficial de 8 de enero de 2009. Esta reforma entró en vigor el 1 de febrero de 2009.

de los derechos humanos y su firma no implicaba la modificación de la Constitución. Sin embargo, desde 1975, el Consejo Constitucional ha dictaminado que no tiene competencia para garantizar la primacía de las normas internacionales sobre las leyes nacionales sobre la base del artículo 55 de la Constitución.¹¹⁶ Por lo tanto, interpreta estrictamente las disposiciones constitucionales con respecto a sus funciones de controlar la conformidad de la legislación nacional de Francia a la Constitución.

Las jurisdicciones ordinarias, especialmente el Consejo de Estado y el Tribunal Supremo¹¹⁷, deben garantizar la primacía del CEDH y la legislación de la UE sobre la legislación nacional a fin de aplicar el artículo 55 de la Constitución de manera efectiva. Por lo tanto, en el sistema jurídico francés las jurisdicciones nacionales supervisan la conformidad de la legislación nacional con los instrumentos europeos bajo el "contrôle de conventionalité" y no bajo "contrôle de constitutionnalité". El Consejo Constitucional no reconoce las normas internacionales como normas de referencia en su revisión judicial de la conformidad de las leyes nacionales a la Constitución. Se ha establecido que 'una ley que es incompatible con un tratado no es ipso facto inconstitucional'.¹¹⁸

Sin embargo, las decisiones del Consejo Constitucional revelan que este órgano toma en cuenta instrumentos europeos en su revisión judicial. Por ejemplo, no duda en referirse a las cláusulas del CEDH cuando podría producirse una concomitancia entre los derechos garantizados por la Constitución francesa y los derechos garantizados por la Convención. Una concomitancia tal podría observarse en cuatro materias especialmente en el campo de las garantías en materia de procedimiento penal,¹¹⁹ el derecho de defensa,¹²⁰ la libertad de

¹¹⁶ Ver Cons. Constit, decisión N° 74.54, 15 de enero 1975, La ley sobre el aborto, el punto 4.

¹¹⁷ Tras la decisión del Consejo Constitucional de 1975, la Corte Suprema dictaminó que era competente sobre la base del artículo 55 de la Constitución para garantizar la precedencia de las normas internacionales sobre las normas nacionales. Desde su decisión en Jacques Fabres (Cass. 24 de mayo de 1975, Jacques Fabres) Se ha considerado la compatibilidad de la legislación nacional con el derecho internacional.

¹¹⁸ Ver Cons. Constit, decisión N° 74.54, 15 de enero 1975, citado más arriba (nota 174).

¹¹⁹ El Consejo Constitucional dictaminó que las garantías previstas por el artículo 8 del CEDH podrían ser aplicadas como principios constitucionales y, por lo tanto, podrían ser respetados en el campo de las sanciones tributarias y sanciones administrativas. Véase, Cons. Constit, la decisión N ° 88 a 248 DC, 17 de enero de 1989, CSA.

¹²⁰ En su decisión *Sécurité et Liberté* (Cons. Constit, decisión n ° 80-127 DC, 19 y 20 de enero 1981), se señaló expresamente que los derechos de la defensa eran un '*reconnu fondamentale par principe les lois de la République*'. En su decisión COB (Cons. Constit, decisión 89-260 DC, 28 de julio de 1989), se refirió expresamente a la interpretación dada por el Tribunal de Derechos Humanos en el caso de *Delcourt v. Bélgica* [1970].

expresión¹²¹ y el principio de no discriminación.¹²² En el campo de la protección de los derechos humanos, el Consejo Constitucional ha declarado que la protección de los derechos humanos implica obligaciones positivas del Estado.¹²³ Además, se determinó que se podría tener en cuenta los principios constitucionales en cuanto son garantizados por la Constitución francesa con el fin de garantizar la eficacia de la protección de los derechos fundamentales.¹²⁴

En conclusión, se puede destacar que el Consejo Constitucional tiene en cuenta las disposiciones del CEDH en sus decisiones, incluso si no se refiere a la Convención en su revisión judicial al momento de controlar la conformidad de las leyes nacionales con la Constitución. La Convención no forma parte de las normas constitucionales de referencia para el Consejo Constitucional en su revisión judicial.¹²⁵

Sobre la base del artículo 55 de la Constitución y de la posición del Consejo Constitucional, el Consejo de Estado y del Tribunal Supremo deberán garantizar la prevalencia de los instrumentos europeos sobre las leyes nacionales. A la luz de las decisiones jurisdiccionales nacionales, podría hacerse hincapié en que las jurisdicciones nacionales por lo general reconocen que el CEDH y la legislación de la UE son ahora parte de la legislación nacional. Sin embargo, para el Consejo de Estado y Tribunal de Casación la Constitución es la norma suprema. De este modo, las jurisdicciones francesas resuelven un posible conflicto de normas entre el derecho internacional y la Constitución en favor de esta última.¹²⁶

En cuanto al CEDH, podría decirse que el Consejo de Estado toma sus cláusulas en cuenta en la revisión judicial. Por ejemplo, se aplica el artículo 8 de la Convención en el ámbito de la ley con respecto a los extranjeros, en particular con respecto al derecho al respeto de la vida privada

¹²¹ El Consejo Constitucional resolvió, según lo decidido por el TEDH en *Handysitc v. Reino Unido*, de que la libertad de expresión es el punto de inflexión en la construcción de una sociedad democrática. Véase, Cons. Constit, decisión nº 84-181 DC, 10 y 11 de octubre de 1984, '*Entreprise de presse*'.

¹²² Se podría señalar que el Consejo Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptan un enfoque diferente al interpretar el principio de no discriminación. Véase, Cons. Constit, decisión nº 76-75 DC, 12 de enero de 1977. *fouille des Véhicules* y, a contrario, el caso del TEDH Berrehab v. Holanda [1988].

¹²³ Véase, para la misma posición del TEDH, el caso de *Ayrey v. Irlanda* [1979].

¹²⁴ Véase, Cons. Constit, la decisión nº 84-181 DC, 10 y 11 de octubre de 1984, '*Entreprise de presse*', antes citado (nota 180).

¹²⁵ Dutheillet Lamothe, O. "The European Convention and the Constitutional Council", 2008, INCD, p. 293.

¹²⁶ Véase, por la misma posición de la Corte de Casación: CCass, Ass. P1én., 2. 06 2000, Mille Fraisse. En estos casos, los tribunales nacionales dictaminaron que el artículo 55 de la Constitución prevé la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno y no sobre la Constitución.

y familiar.¹²⁷ Más recientemente, en su sentencia *Gardedieu*,¹²⁸ el tribunal administrativo supremo francés dictaminó que la responsabilidad del Estado podría activarse cuando el derecho interno viola el artículo 6, párrafo I, del CEDH.

Sin embargo, se mostró reacio a reconocer la aplicación del artículo 6, párrafo I, del CEDH en materia de procedimientos administrativos ante autoridades administrativas que podrían pronunciar sanciones disciplinarias.¹²⁹ También decidió que esta autoridad administrativa no puede ser considerada como un tribunal que ejerza jurisdicción y por lo tanto el artículo 6, párrafo I, no era aplicable en este caso. Su posición fue confirmada a partir de entonces.¹³⁰

De la misma manera, se podría señalar que el Tribunal Administrativo Supremo francés era muy reacio a aplicar el artículo 6, párrafo I, en relación con el Comisario del Gobierno, miembro histórico de la estructura jurisdiccional administrativa. Como cuestión de hecho, en varios casos, los solicitantes estiman que hubo una violación de la garantía de un juicio justo, principalmente por dos razones: en primer lugar, el Comisario del Gobierno podría influir la decisión de los jueces aun él no participe en la votación; segundo, hubo una violación de los derechos de la defensa. En su decisión en *Gervaise*,¹³¹ el Consejo de Estado dictaminó que el comisario de gobierno era miembro del Consejo de Estado y no representaba el interés del gobierno en un juicio, y los derechos de defensa no fueron violados.¹³² El Consejo de Estado confirmó su posición en *Mme Esclatine*,¹³³ pocos meses después de la sentencia del TEDH en *Reinhard et Slimane Kaid*. De modo expreso declaró que el comisario de gobierno era parte de 'la formación de juicio' y miembro de pleno derecho de la jurisdicción contencioso administrativa. Por lo tanto, el principio de contradicción no debe ser aplicado en la presentación de sus conclusiones orales

¹²⁷ Ver CE, Ass, 30 de noviembre de 2001, el Ministro de Defensa c. Diop y el Ministro de Economía, Finanzas e Industria c. Diop.

¹²⁸ CE, 9 de febrero de 2007, Gardedieu.

¹²⁹ CE, Ass, 03 de diciembre 1999 Didier. En este caso determinó que la participación del 'rapporteur' de la autoridad nacional de los mercados financieros durante los escritos de solicitudes y las deliberaciones no violó el artículo 6, párrafo I de la Convención. Para la posición del TEDH, véase Didier v. Francia [2002].

¹³⁰ CE, 2000 Leriche, y CE, 2 de febrero de 1945, Moineau.

¹³¹ CE, 10 de julio 1957.

¹³² Esta posición fue confirmada por el TEDH. En su decisión *Bazcrque v. Francia* (1991), que dictaminó que las conclusiones del comisario de la gobierno constituían un documento de trabajo que no debía ser comunicado a las partes. Pero el TEDH desarrolló otro enfoque en su decisión *Reinhard et Slimane Kaid*. Para la evolución de la posición del TEDH sobre esta cuestión. ver, *Borgers v. Bélgica* [1991].

¹³³ CE 29 de julio 1998.

después de las audiencias. El Consejo de Estado dictaminó que esta institución era un *'française spécifique'*.¹³⁴

Finalmente, se podría decir que el Consejo de Estado tiene en cuenta no sólo las disposiciones constitucionales, sino también los derechos fundamentales garantizados por el CEDH.

En conclusión, se puede decir que el CEDH en el sistema de fuentes de la ley de Francia ocupa una posición preferente respecto de las leyes, mas no así respecto de la constitución. Las jurisdicciones nacionales francesas toman en cuenta el CEDH y lo aplican en los casos concretos. A la luz de sus decisiones, se podría señalar que hay un tratamiento judicial específico de este instrumento internacional, que es parte integrante de la legislación nacional. A pesar de algunas dudas para aplicar el CEDH, el Consejo de Estado y el Tribunal de Casación generalmente reconocen su estatus específico en relación con otras normas internacionales.

Estudio de Italia

1.- CEDH y el Tribunal Constitucional italiano: antes y después del 2007

Como habíamos referido en la introducción del presente trabajo, las dos sentencias dictadas por la Corte Constitucional de Italia (CCI) a finales de octubre 2007 ahora parecen estar finalmente impactando uno de los principios fundamentales de la Constitución Italiana: la noción de apertura al derecho internacional, consagrados en los artículos 10, 11 y -la disposición elegida por la Corte Constitucional en las sentencias que se examina- 117, párrafo I de la Constitución, que fue añadido mediante la modificación constitucional de 2001.

En particular, las dos decisiones se centran en la relación entre el orden jurídico constitucional italiano y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El resultado final de las dos sentencias es que una ley italiana que proporcionaba premios de compensación por la expropiación de terrenos edificables fue declarada inconstitucional por entrar en conflicto con el CEDH según la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Para entender el valor añadido de las dos decisiones, se efectuará un breve resumen sobre la jurisprudencia previa pertinente de la Corte Constitucional que estará seguido por la

¹³⁴ Ver la condena de Francia por el TEDH citada anteriormente y las consecuencias de esta condena en el procedimiento ante las jurisdicciones administrativas.

exposición de los principios afirmados en esas decisiones históricas y de cómo se han aplicado por la jurisprudencia sucesiva de los jueces constitucionales y comunes.

1.1 La Jurisprudencia Constitucional Relevante antes de la adopción de las Decisiones 348 y 349 de 2007

La CCI, en ocasiones anteriores, ya ha sido llamada a identificar el papel del CEDH en el sistema jurídico italiano. Antes de responder a esta pregunta, sin embargo, debe hacerse una distinción importante entre la situación antes y después de la revisión constitucional de 2001 que añade el artículo 117, párrafo I.¹³⁵

Con el fin de comprender plenamente el razonamiento y el resultado final de las dos decisiones señaladas aquí, es importante ponerlas en el contexto de la jurisprudencia anterior a la luz del significado atribuido por los académicos italianos y por la Corte Constitucional de las disposiciones constitucionales pertinentes.

A partir de las primeras sentencias pertinentes, la Corte Constitucional ha sostenido sustancialmente que, de acuerdo con la matriz dualista del sistema jurídico italiano, el CEDH, así como todos los tratados internacionales ratificados, tienen la misma posición en la jerarquía de las fuentes italianas de la ley según lo dispuesto por la Ley nacional a través de la cual han sido asignados en el orden jurídico interno.¹³⁶

Dado el hecho de que esto ha sucedido para el CEDH, así como para todos los demás tratados internacionales, mediante una ley ordinaria¹³⁷, la Corte Constitucional atribuye, con anterioridad a las sentencias aquí analizadas, al CEDH el valor jurídico propio de una ley estatutaria ordinaria.

En pocas palabras, de acuerdo con esta orientación jurisprudencial, el CEDH podría ser derogado por una ley estatutaria sucesiva que entre en conflicto con él. El efecto abrogatorio, en ausencia de ningún tipo de protección constitucional para el CEDH, daría lugar a la regla de *lex posterior derogat legi priori* que se aplica con el fin de resolver el conflicto entre dos leyes colocadas en la misma posición en la escala de las fuentes del derecho.

¹³⁵ El Art. 117, párrafo I de la Constitución italiana dispone que: “El poder legislativo será ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos de la Constitución, así como de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los compromisos internacionales.”

¹³⁶ Corte Constitucional, Sentencias N° 188/1980, N° 53/1987, N° 323/1989 y N° 315/1990.

¹³⁷ Ley 4-8-1955 n. 848.

Mucho antes de la adopción del artículo 117, párrafo 1, los estudiosos del derecho habían tratado de encontrar una base constitucional para el CEDH a fin de justificar una posición más alta de la Convención dentro de la jerarquía de la ley. Esa base ha sido identificada por un primer grupo de autores en el artículo 10¹³⁸ de la Constitución italiana, por un segundo grupo en el artículo 11¹³⁹ y por el tercer grupo en el artículo 2¹⁴⁰ de la Constitución italiana. De acuerdo con la primera tesis, el TEDH incluiría normas generales que forman parte de los principios generalmente reconocidos del derecho internacional, a los que el artículo 10 atribuye un estatus especial. Esto implicaría que las normas del CEDH, independientemente de cualquier ratificación formal, podían encontrar un acceso directo, a nivel constitucional, en el sistema jurídico italiano a través de su deber, previsto en el artículo 10, de ajustarse a los principios del derecho internacional.

De acuerdo con el segundo grupo de autores, el fundamento constitucional del CEDH podría encontrarse en el artículo 11 de la Constitución italiana, que admite "las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones". Esta disposición, que fue pensada originalmente para representar la autorización constitucional de unirse a las Naciones Unidas, ha sido utilizada por la CCI para combinar la doctrina de la primacía del Tribunal Europeo de Justicia sobre el derecho nacional (incluso constitucional) con la necesidad de proteger los derechos fundamentales en un nivel constitucional. De acuerdo con la opinión del segundo grupo, el mismo enfoque puede ser presumiblemente aplicado al CEDH.

El tercer punto de vista tiene en cuenta la referencia que se hace a los derechos inviolables reconocidos y garantizados en el artículo 2 de la Constitución. Argumentan que esta cláusula permitiría la protección constitucional de 'nuevos derechos fundamentales' surgidos con posterioridad a la aprobación de la Constitución de 1948. En consecuencia, los derechos

¹³⁸ El Art. 10 de la Constitución italiana dispone: "El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas..."

¹³⁹ El Art. 11 de la Constitución italiana determina que: "Italia repudia la guerra como instrumento de ataque a la libertad de los demás pueblos, y como medio de solución de las controversias internacionales; **accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones y promoverá y favorecerá las organizaciones internacionales encaminadas a este fin**" (las negrillas son nuestras).

¹⁴⁰ El Art. 2 de la Constitución italiana establece que: "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables de la persona, como individuo y en los grupos sociales donde se expresa la personalidad humana. La República exige el cumplimiento de los deberes fundamentales de solidaridad política, económica y social".

previstos en el CEDH, encontrarían un lugar (constitucional) dentro de los "derechos inviolables" reconocidos en el artículo 2.

El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, sin embargo, no ha mostrado ningún entusiasmo hacia estos intentos de dar especial protección constitucional al CEDH. En relación con el artículo 10 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha precisado que la jerarquía constitucional privilegiada que gozan los principios del derecho internacional, como las normas de reconocidas generalmente, no es extensible a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado por un Tratado internacional, incluidos las diversas disposiciones del CEDH.¹⁴¹

En cuanto al artículo 11 la Corte Constitucional, tratando la cuestión como si estuviese fuera de toda discusión, y remitiéndose a un precedente de 27 años de antigüedad¹⁴², afirmó que en los términos previstos por el artículo 11, ningún tratado internacional - con independencia de su materia - puede implicar ninguna limitación en soberanía.

Al interpretar el artículo 2 de la Constitución como una cláusula abierta adecuada para dar protección constitucional a nuevos derechos fundamentales la Corte Constitucional no evaluó el asunto con una referencia específica al CEDH. En términos más generales, aclaró que la garantía prevista en el artículo 2 está destinada sólo a los derechos enunciados expresamente en la Constitución y aquellos directamente conectados con los mismos¹⁴³.

Al final de la década de 1990, el Tribunal Constitucional, sin cambiar su opinión acerca del lugar ocupado por el CEDH en la jerarquía de las fuentes normativas italianas, comenzó a buscar la relación entre el sistema jurídico constitucional italiano y el CEDH de una manera diferente y complementaria.

En particular, en la decisión Nº 388/1999, la Corte parece haber establecido una distinción, en relación con las fuentes del derecho internacional, entre el contenido, la base material sobre la que se concluyó el Tratado internacional, y su contenedor, el estatuto ordinario que transforma la fuente internacional en una ley nacional. En este sentido, la Corte Constitucional argumenta que, en los casos en que el contenido se caracterice por el objetivo de proteger los

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencias Nº 48/79, Nº 32/60, Nº 104/69, Nº 14/64. Nº 323/1989.

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia Nº 188/1980.

¹⁴³ Corte Constitucional, Sentencia Nº 98/1979.

derechos humanos, estos derechos deben gozar de una garantía constitucional independiente de la posición del contenedor.

En otras palabras, a partir de esta decisión, la Corte Constitucional comienzan a aparecer más interesada en mirar no sólo, desde el punto de vista formal, a la posición estática del CEDH en la jerarquía de las fuentes del derecho, sino, desde un punto de vista sustancial y axiológico, y debido a su contenido basado en los derechos fundamentales, a su idoneidad para complementar el reconocimiento de los derechos fundamentales inviolables protegidos por el artículo 2 de la Constitución.¹⁴⁴

El escenario constitucional descrito anteriormente se ha integrado con la adopción del nuevo artículo 117, el párrafo I, en 2001, que establece, que *"El poder legislativo será ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos de la Constitución, así como de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los compromisos internacionales."* Académicos constitucionalistas italianos han generado tres lecturas principales con respecto a esta disposición.

La primera tesis sostiene que nada ha cambiado realmente en la relación entre el ordenamiento jurídico italiano y las fuentes del derecho internacional.¹⁴⁵ De acuerdo con este punto de vista, el artículo 117 párrafo I sólo se refiere a la relación entre las leyes estatales y las leyes regionales y su propósito no habría sido el de regir la nueva jerarquía de sus respectivas fuentes del derecho.

La segunda hipótesis sugiere que la nueva disposición dará lugar a un cambio radical de una matriz dualista a una monista del ordenamiento jurídico italiano. En otras palabras, de conformidad con el artículo 117, párrafo I, todos los tratados internacionales de los que el Estado italiano es parte, el CEDH, en particular, gozarían de la misma condición especial en el ordenamiento jurídico nacional que se concede a las normas generales del derecho internacional según el artículo 10¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Tega, D., "El CEDH y el sistema italiano", en Gambia M. (ed.), *El Derecho en acción*, Bolonia, El Molino, 2007, 67 y ss.

¹⁴⁵ Pinelli, C., "Los límites generales al poder legislativo y regional del Estado y las relaciones con el Derecho comunitario", 2.001, foro italiano, V, 194.

¹⁴⁶ D'Atena A., "The new constitutional discipline of international relations and the European Union", en Rasscigna, 2002, 916.

Una tercera tesis sostiene el "camino intermedio"¹⁴⁷. La provisión constitucional otorga inmunidad a la derogación efectuada por la posterior legislación nacional a los tratados internacionales, que hubiesen sido incorporados en el ordenamiento jurídico italiano por una ley del Parlamento. Bajo este punto de vista, la matriz dualista del ordenamiento jurídico italiano se mantiene intacta. Esto significa que una ley ordinaria en conflicto con el CEDH estaría sujeta a revisión por el Tribunal Constitucional por su potencial violación del artículo 117, párrafo I de la Constitución.

Con anterioridad a las decisiones analizadas anteriormente, el Tribunal Constitucional nunca tuvo la oportunidad de aclarar si el artículo 117, párrafo I de la Constitución cambió la relación entre el orden jurídico constitucional italiano y las fuentes del derecho internacional. Mientras tanto, efectuando ya casi ninguna referencia al "nuevo" del artículo 117, párrafo 1, algunos jueces ordinarios, en el nuevo milenio, han empezado a buscar la relación entre el CEDH y el ordenamiento jurídico nacional en un sorprendente, si no revolucionario, camino.

El Tribunal de Génova¹⁴⁸, seguido por otros tribunales de primera y segunda instancia con el fin de resolver un conflicto entre las leyes nacionales ordinarias y principios del CEDH, han empezado a aplicar la misma solución según la cual, desde la adopción de la decisión histórica de la Corte Constitucional en *Granital* en 1984¹⁴⁹ los jueces ordinarios han aplicado la prioridad de la legislación comunitaria en los casos de conflicto entre la legislación nacional y el Derecho comunitario.

Este último enfoque, con el apoyo de los más altos tribunales ordinarios y administrativos¹⁵⁰, principalmente se ha basado en la consideración de que a causa de la incorporación del CEDH en la dimensión europea a través del puente previsto por los principios generales del Derecho comunitario mencionados en el artículo 6 de la Tratado de la Unión Europea, parece lógico proporcionar la misma protección constitucional a la legislación de la UE como a la del CEDH.

¹⁴⁷ Cartabia, M., "Taking Dialogue Seriously' The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union', Jean Monnet Working paper, 12/07, 2007, Disponible en red: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers.html>.

¹⁴⁸ Tribunal de Génova, 23-11-2000; Tribunal de Apelación de Roma. 11-4-2002; Tribunal de Apelación de Florencia, 20-1- 2005.

¹⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia, 06 de junio 1984, n ° 180.

¹⁵⁰ Tribunal de Casación, sección I, 02/07/19, N ° 10542; Tribunal de Casación, sección I, 11-06- 2004, N ° 11096; Tribunal de Casación, Secciones Unidas, 12/23/2005, N ° 28507; Consejo de Estado, sección I, 9-4- 2003, N ° 1926.

En otras palabras, este valiente nuevo enfoque judicial interpretó el famoso párrafo 16 de la decisión histórica de la Corte Europea de Justicia en *Simmenthal*¹⁵¹ para aplicarlo también al derecho del CEDH.

Sobre la base de cómo la Corte Constitucional reaccionó cuando por primera vez tuvo la oportunidad de tomar la palabra en este debate, se hace evidente el desdén de la Corte a través de su silencio forzado en la interpretación del nuevo artículo 117 el párrafo I de la Constitución italiana con respecto a la relación entre el derecho nacional y el CEDH.

1.2 Decisiones 348 y 349 de la Corte Constitucional Italiana

El resultado final de las decisiones que se consideran puede resumirse de la siguiente manera: (a) el artículo 117, fracción I de la Constitución es identificado por los jueces constitucionales como el parámetro correcto para darle al CEDH un rango superior al de las leyes ordinarias nacionales. Esto significa que en caso de conflicto entre el CEDH y una ley nacional posterior a la ley (n. 848/1955) que dio efecto al CEDH en el ordenamiento jurídico interno, el juez de la causa debe suspenderla y solicitar la intervención de la Corte Constitucional.

(b) La Corte Constitucional especifica claramente que el significado exacto del CEDH puede determinarse sólo en cuanto es interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En los casos en discusión, son el derecho a la propiedad previsto por el Protocolo 1 y el derecho a un proceso justo, contemplado en el artículo 6, tal como "son entendidos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos" los que se toman como parámetros para valorar la constitucionalidad de la legislación nacional bajo la lupa judicial. Cada uno de los puntos mencionados merece un análisis por separado, con un enfoque especial en el primero.

La adhesión de la Corte Constitucional a la tercera tesis analizada anteriormente en relación con el significado que se le atribuye al artículo 117, fracción I de la Constitución tiene una meta específica. Es evidente que, mediante la identificación de esta última disposición como parámetro constitucional que permite a la Corte Constitucional determinar una posible violación del CEDH por una ley interna posterior, la Corte ha conseguido frenar el enfoque activista adoptado en los últimos años por los tribunales ordinarios. En otras palabras, en relación con la

¹⁵¹ TJCE, 9 de marzo de 1977 *Simmenthal* C-106/77, en el ECR 1-62. paraca. 21, según el cual: "Cada Tribunal nacional debe en un caso dentro de su jurisdicción, aplicar el Derecho comunitario en su totalidad y proteger los derechos que éste confiere a los particulares y, en consecuencia debe dejar de lado cualquier disposición de Derecho interno que pueda entrar en conflicto con el Derecho comunitario, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria".

interpretación del CEDH, el Tribunal Constitucional no está dispuesto a ser dejado de lado por los tribunales ordinarios.

Los jueces constitucionales reconocieron que la jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Justicia ha afirmado que los derechos fundamentales protegidos por el CEDH son parte de los principios generales del Derecho de la UE, y que esta orientación ha sido codificada en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y ampliada en las disposiciones de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales. Desafiando directamente los principales motivos de razonamiento utilizados por los jueces ordinarios, los jueces constitucionales argumentaron, sin embargo, que, no obstante, no es posible aplicar, por analogía con el derecho CEDH, el mismo trato que se reserva a la legislación de la UE.

Esto se debe, según los jueces constitucionales, a que el sistema legal del CEDH tiene características jurídicas estructurales y funcionales distintas en comparación con el ordenamiento jurídico europeo. Esta diferencia se confirma, según los jueces constitucionales, por el texto del artículo 117, párrafo I, que distingue entre las restricciones que se derivan "del ordenamiento jurídico europeo" y aquellas derivadas sólo de "obligaciones internacionales". Sobre este punto, el Tribunal Constitucional traza una distinción, entre "las disposiciones de la UE, que tienen efecto directo, y las disposiciones del CEDH, que son fuentes de derecho internacional que vinculan sólo a los Estados, sin proporcionar ningún efecto directo en el ordenamiento jurídico interno, que haga que los jueces nacionales sean competentes para dejar a un lado las disposiciones nacionales en conflicto con ellas.

El hecho de que, a diferencia de todos los demás tratados internacionales, el sistema legal del CEDH haya atribuido a un Tribunal, al que los individuos tienen acceso, la competencia para interpretar las disposiciones del CEDH y condenar a los Estados que no están respetando esas disposiciones, no es suficiente, según los jueces constitucionales italianos, para percibir cualquier transferencia de soberanía en los términos previstos por el artículo 11 de la Constitución italiana.

Además, la Corte Constitucional añade, citando la jurisprudencia de Luxemburgo¹⁵², que los derechos fundamentales del CEDH disfrutan de la condición de principios generales del Derecho comunitario sólo en relación con las normas nacionales que están dentro del ámbito del Derecho

¹⁵² TJCE, 04.10.1991, C-159/90, la Sociedad para la protección de los niños no nacidos, en ECR I-4685; 29-5-1998, C-299/95, Kremzow en I-2629.

comunitario. En otras palabras, según la Corte Constitucional, en la situación en discusión, caracterizada por sólo una relevancia nacional, el Tribunal de Justicia habría negado su jurisdicción para determinar la eventual violación por la legislación nacional de los derechos fundamentales del CEDH en su papel de principios generales de la legislación comunitaria¹⁵³.

La Corte Constitucional es muy consciente de la naturaleza "sui generis" del CEDH en el derecho interno, considerado una ley ordinaria, desde un punto de vista formal y una ley constitucional en su sustancia¹⁵⁴. Sin embargo, la Corte sigue negando que el Convenio merezca protección constitucional privilegiada con respecto al "derecho internacional común".

Hemos visto que la doctrina ha propuesto tres posibles interpretaciones en este sentido: el artículo 10, el artículo 11 y el artículo 2 de la Constitución.

En la primera interpretación, la Corte Constitucional confirma su jurisprudencia previa con el argumento de que el rango constitucional privilegiado que gozan los principios del derecho internacional, en tanto son generalmente reconocidos, no se extiende a las obligaciones internacionales basadas en un tratado internacional como el CEDH. Según los jueces constitucionales, sin embargo, una conclusión diferente es posible, sólo si el tratado internacional de que se trate "reproduce principios consuetudinarios generales del derecho internacional".¹⁵⁵

Con respecto a la segunda opción interpretativa la Corte Constitucional establece que sólo el sistema jurídico europeo tiene el carácter de un ordenamiento jurídico autónomo, lo que implica la transferencia de una parte de la soberanía de lo nacional a la dimensión supranacional en virtud del artículo 11 de la Constitución. Para apoyar esta afirmación, los jueces constitucionales destacaron el parámetro constitucional (artículo 11) utilizado por los jueces ordinarios que da protección constitucional al derecho de la UE y señaló que no es apto para obtener el mismo efecto para el CEDH haciendo referencia al precedente establecido antes mencionado¹⁵⁶. Además, teniendo en cuenta que el CEDH como otros tratados internacionales (independientemente de su objeto), no puede implicar una limitación de la soberanía en virtud del artículo 11 los jueces constitucionales han sostenido con razón que "el CEDH es 'sólo' un

¹⁵³ Corte Constitucional, Sentencia No. 349/2007, párr. 6.I.

¹⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 348/2007, párr. 4.3.

¹⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 349/2007, párr. 6.I.

¹⁵⁶ Corte Constitucional, Sentencia Nº 188/1980 citada en la sentencia Nº 349/2007.

tratado de derecho público internacional multilateral que no hace implicar y no puede implicar ningún tipo de limitación a la soberanía en los términos previstos por el artículo 11 de la Constitución"¹⁵⁷.

En relación a la posible identificación de una base constitucional para el CEDH en el artículo 2 de la Constitución, y con referencia a los inviolables derechos constitucionalmente protegidos, la esperanza se había expresado en que tras un largo silencio sobre este asunto, el Tribunal Constitucional finalmente seguiría la tesis de la especialidad *ratione materiae* de los Tratados en materia de derechos humanos en relación con todos los demás tratados internacionales¹⁵⁸.

Lo cierto es que, al basar la prioridad del CEDH sobre la legislación nacional en conflicto en el artículo 2 la Corte Constitucional habría pasado de una jerarquía formal a una sustancial. En consecuencia, este cambio habría legitimado la tendencia judicial inaugurada por los jueces ordinarios, de dejar de lado la legislación nacional interna en conflicto con el CEDH. Situación que la Corte Constitucional parece querer evitar. El silencio de la Corte en relación con el artículo 2 de la Constitución es, por tanto, previsible.

El segundo punto en las decisiones se refiere a la importancia que los jueces constitucionales han atribuido a la interpretación del CEDH efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Según la Corte Constitucional, las disposiciones del CEDH se concretan en las interpretaciones del Tribunal Europeo de Estrasburgo, caracterizadas de la siguiente manera: "*el examen constitucional no está basado en el texto de la norma CEDH, sino en la interpretación de la norma realizada por el Tribunal Europeo de Estrasburgo*".¹⁵⁹

Este enfoque se traduce en un circuito de interpretaciones judiciales en dos niveles.

En el primer nivel, los jueces ordinarios, antes de elevar una consulta sobre la constitucionalidad de una ley nacional en conflicto con el CEDH, tienen la obligación de interpretar el Derecho nacional, en la medida de lo posible, de conformidad con el CEDH. Esta es una referencia importante para el papel interpretativo que desempeña el juez ordinario como juez descentralizado del CEDH, a quien, por primera vez, de una manera tan clara, se ha asignado

¹⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia N° 348/2007. párr. 6.1.

¹⁵⁸ Pinelli C., "The jurisdictional treatment of the ECHR and laws conflicting with it", Constitutional Law, 2008, p. 3475.

¹⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia N° 348/2007. párr. 4.6.

manifiestamente el deber constitucional de interpretar el derecho interno de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

En el segundo nivel, si los tribunales ordinarios no tienen éxito, son obligados a remitir el asunto a la Corte Constitucional. Los jueces constitucionales, si ellos mismos no pueden resolver el conflicto por la interpretación uniforme de la doctrina, deben verificar si la protección ofrecida a los derechos fundamentales por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es equivalente a la garantizada por la Constitución italiana con el fin de encontrar el equilibrio adecuado entre las obligaciones constitucionales derivadas del derecho internacional y el respeto de los demás valores constitucionales protegidos por la Constitución¹⁶⁰. Esto implica que la doctrina Solange, que ha caracterizado la relación entre algunos tribunales constitucionales europeos y el Tribunal Europeo de la justicia y la relación entre el Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁶¹, ahora también se ha convertido en la base para un diálogo entre la CCI y el Tribunal Europeo de Estrasburgo.

La Corte Constitucional especifica claramente que, por un lado, la disposición del "nuevo" Artículo 117, párrafo I, ha determinado la resistencia pasiva del CEDH con respecto a posteriores leyes ordinarias nacionales. Por otro lado, tiene el efecto de dar competencia a la Corte Constitucional para comprobar una eventual colisión entre el CEDH y la legislación nacional. "Dicha colisión, de hecho, no implica ningún problema de sucesión cronológica de las leyes, ni una cuestión respecto a las fuentes o a la jerarquía de la ley, sino más bien cuestiones de ilegitimidad constitucional"¹⁶². La Corte concluye retóricamente que el artículo 117, párrafo "ahora viene a llenar un brecha constitucional que existía antes de su adopción"¹⁶³.

La Corte Constitucional decidió seguir un enfoque basado en la fuente de la ley, apoyándose en la lógica formal dentro de la perspectiva de una jerarquía de fuentes del derecho según la cual todos los tratados internacionales, incluido el CEDH, están en un escalón superior de esa jerarquía. Ya no tienen el mismo estatus que las leyes ordinarias, sino que, como la Corte Constitucional explicó: "están en un grado subordinado a la Constitución, pero a la vez en un grado intermedio entre la Constitución y el estatus ordinario"¹⁶⁴. Esta actualización se aplica a

¹⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia N° 349/2007. párr. 6.2.

¹⁶¹ Lavranos, N., "Solange-Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions among International Courts and Tribunals", en Loy L. A. Int'l & Como. L. Rev., 2008, p.101.

¹⁶² Corte Constitucional, Sentencia N° 348/2007. párr. 4.3.

¹⁶³ Corte Constitucional, Sentencia N° 348/2007. párr. 6.1.2.

¹⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia N° 348/2007. párr. 4.5.

todos los tratados internacionales ratificados por Italia. Bajo la condición de que no estén en conflicto con la Constitución, podrán dar lugar a la anulación por parte de la Corte Constitucional de todas las leyes ordinarias posteriores que entren en conflicto con ellos.

El hecho de que al CEDH se le conceda un valor más alto que las leyes ordinarias en la jerarquía de las fuentes del derecho, no significa que ocupe un nivel igual al de la Constitución. Por el contrario, la Corte Constitucional especifica claramente que el estatus del CEDH es intermedio, entre la ley ordinaria y la Constitución. Es por esta razón que, en las sentencias que ahora discutimos, la Corte Constitucional, después de haber establecido que el derecho común estaba en conflicto con el artículo 6 y en el Protocolo I del CEDH, examinó la cuestión de si estas disposiciones y la jurisprudencia pertinente se ajustaban a la Constitución con un resultado positivo.

El paso final del razonamiento de la Corte Constitucional, como se ha afirmado anteriormente, fue declarar la ley inconstitucional.

2.- La aplicación en la posterior jurisprudencia de los Principios adoptadas por las Decisiones de 2007: La Jurisprudencia Constitucional

Durante los dos años siguientes a las decisiones comentadas anteriormente, la Corte Constitucional Italiana tuvo la oportunidad de desarrollar y, en cierto modo, ir más allá de la posición adoptada en las sentencias de 2007.

En el intento de poner de relieve las principales características de los nuevos desarrollos, dos caminos se subrayan a continuación.

1) En primer lugar, una tendencia judicial que, sin poner en discusión la conclusión relacionada con el rango del CEDH a la luz de un enfoque basado en las fuentes formales de la ley, está dirigida a favorecer a este último la aplicación de un enfoque basado en un valor sustantivo.

2) En segundo lugar, una inversión parcial con respecto a la posición adoptada en la decisión de 2007 comentada anteriormente, en relación con el parámetro identificado capaz de dar una base constitucional a las disposiciones del CEDH.

Con respecto a la primera novedad referida, mientras que en las decisiones nn. 348 y 349 de 2007, la Corte Constitucional, como se ha indicado anteriormente, no prestó mucha atención a destacar el valor añadido del CEDH en términos interpretativos, ya que estaba preocupada por

diferenciar el tratamiento judicial de la legislación comunitaria y la legislación del CEDH; en las sentencias posteriores, sin embargo, los jueces constitucionales atribuyeron mucho mayor valor a la obligación de los actores políticos y judiciales de respetar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo. En particular, la decisión de la Corte n. 38 de 2008 sostuvo que la peculiaridad de las disposiciones del CEDH, en el contexto del ámbito de aplicación del parámetro pertinente del artículo 117 de la Constitución, es que "los Estados contratantes están obligados, salvo el caso de la determinación de la conformidad constitucional de las disposiciones del CEDH, a seguir la interpretación que en dichas disposiciones se da por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos".

En lo que respecta a la cuestión de la reapertura de la "cosa juzgada" nacional y a dar plena eficacia a las sentencias de los jueces de Estrasburgo, la Corte Constitucional en 2.008 afirmó expresamente que "esta Corte quiere dirigirse al legislador con el objetivo de hacer la invitación urgente a adoptar las reformas necesarias a fin de dar la posibilidad al ordenamiento jurídico nacional de conformarse a las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han determinado una violación, en el proceso penal, del artículo 6 del CEDH"¹⁶⁵.

La amplificación más evidente en relación con las decisiones anteriores de la Corte Constitucional y su efecto vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo, sin embargo, se evidencia por la obligación impuesta a los jueces nacionales comunes y a la propia Corte Constitucional para dar al CEDH el significado que se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Estrasburgo.

Después de haber subrayado que el juez común está obligado a hacer todo lo posible para interpretar la legislación nacional de conformidad con el CEDH según la interpretación del Tribunal Europeo de Estrasburgo, en una decisión más reciente dictada a finales de 2009, los jueces constitucionales añaden que "la propia Corte Constitucional se impide a si misma poner en discusión la interpretación que el Tribunal Europeo de Estrasburgo, en su jurisprudencia, ha dado al CEDH"¹⁶⁶.

Este no es el único pasaje del que es posible inferir que la nueva estrategia de la Corte Constitucional parece favorecer la aplicación de una lógica sustantiva y basada en valores

¹⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia N° 39/2008.

¹⁶⁶ Corte Constitucional, Sentencia N° 311/2009.

fundada en una visión pluralista de la relación entre los ordenamientos jurídicos, en lugar de una lógica basada en la jerarquía formal entre las fuentes del derecho. Es necesario decir que el primer razonamiento de la Corte, es el opuesto al que surgió en el razonamiento de las decisiones n. 348 y 349 de 2007 comentado anteriormente.

En particular, las decisiones de 2007 argumentaron que "hay que destacar que las sentencias del Tribunal de Estrasburgo no son incondicionalmente obligatorias para los fines de la verificación de la constitucionalidad de las leyes nacionales. Dichos controles deben siempre tratar de establecer un equilibrio razonable entre los deberes que se derivan de las obligaciones de derecho internacional, tal como impone el artículo 117 (1) de la Constitución y la salvaguardia de los intereses constitucionalmente protegidos contenidos en otros artículos de la Constitución".

Más recientemente, en la decisión n. 311 de 2009, los jueces constitucionales no sólo amplificaron el valor vinculante de la jurisprudencia de Estrasburgo, sino que también desarrollaron la idea de un equilibrio bidireccional entre las normas en conflicto, que hasta ese momento se expresaba sólo unidireccionalmente en las decisiones de 2007 antes mencionadas.

Mediante la aplicación de una teoría basada en el valor y no una teoría basada en la fuente de la ley, en el sentido unidireccional de la declaración referida en las decisiones de 2007 reconoce que una disposición del CEDH, a pesar de su conformidad con la Constitución, podría ser anulada por la propia Corte Constitucional. Esto debido al hecho de haberse encontrado en la ley ordinaria, en contraste con el CEDH, una mejor protección de los principios constitucionales pertinentes.

La Corte Constitucional en la decisión antes mencionada n. 317 de 2009, en cambio, integró el descrito razonamiento basado en el valor, admitiendo que el CEDH, como es interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podría prevalecer sobre la propia Constitución, si la protección de los derechos fundamentales pertinentes es superior en el nivel de Estrasburgo que en el nivel constitucional.

En relación con el segundo elemento que ha sido identificado, vale la pena recordar un pasaje de las decisiones 348 y 349 de 2007 en relación con la apertura de la Corte Constitucional para identificar un parámetro constitucional alternativo para el CEDH en el lugar de aquel previsto en el artículo 117 par. 1.

En esas decisiones, el Tribunal consideró que las disposiciones del CEDH están excluidas del alcance del artículo 10 (1) de la Constitución, que prevé la adaptación automática de la legislación italiana a las normas generalmente reconocidas del derecho internacional sobre la base de que la citada disposición constitucional "se aplica exclusivamente a los principios generales y las normas de costumbre internacional, mientras que no se aplica a las normas contenidas en los tratados internacionales que no reproduzcan los principios o normas de derecho internacional consuetudinario".

Por el contrario, en la Decisión n. 311 de 2.009, el Tribunal Constitucional admitió por primera vez *apertis verbis* la posibilidad de que el artículo 10 de la Constitución pueda constituir el parámetro relevante del CEDH en los casos en que las disposiciones pertinentes del TEDH sean la expresión de una norma de derecho consuetudinario internacional generalmente reconocido.

Independientemente de la cantidad de veces en el futuro la Corte Constitucional reconozca tal estatus a las disposiciones del CEDH, la declaración de la Corte Constitucional señalada anteriormente es de suma importancia, ya que confirma que los jueces constitucionales pueden imaginarse, al menos para algunas disposiciones del CEDH, un estatus constitucional formal que otorga a algunas disposiciones la fuerza para prevalecer sobre la propia Constitución.

2.1 La aplicación de la jurisprudencia posterior de los Principios adoptados en las decisiones del 2007: La reacción de los jueces comunes

Después de que en 2007 fueron publicadas las sentencias de la Corte Constitucional que prohíben a los jueces comunes dejar de lado la ley nacional que contrasta con CEDH, muchos especularon sobre cómo dichos jueces reaccionarían a esta prohibición. Aparte de algunas excepciones tempranas¹⁶⁷, la mayoría de los jueces comunes ha demostrado obediencia a la norma dictada por la Corte Constitucional.

Esto no implica, sin embargo, una pérdida definitiva del juez común de ninguna libertad interpretativa. Por el contrario, como la Corte Constitucional ha subrayado anteriormente¹⁶⁸, el

¹⁶⁷ Véase, por ejemplo, Tribunal de Rávena, la decisión 501/2007 en la que los jueces se negaron expresamente a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, a la luz del art. 117, par. I, en frente de la Corte Constitucional, y prefirieron dejar de lado la legislación nacional en contraste con el CEDH. Ver: Carlotto, I., "Judges common and international obligations after the judgments n. 348 and n. 349 of 2007 of the Constitutional Court: Following the analysis of case law,"2008. Disponible en red: www.associazionedeicostituzionalisti.it

¹⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia Nº 239/2009 en el que los jueces constitucionales especificaron que, en ausencia del intento realizado por el juez común de interpretar el Derecho nacional de conformidad

juez común tiene que dar uso a sus herramientas interpretativas, tratando de interpretar el Derecho nacional de conformidad con el CEDH. Sólo después de esto, se le permitirá plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, en el supuesto de que el contraste aún persista.

Estudio del Reino Unido e Irlanda

1.- La implementación del Convenio Europeo

En 1997, Irlanda y el Reino Unido compartían la dudosa distinción de no haber incorporado el CEDH en el derecho interno. La cultura jurídica británica había sido durante mucho tiempo escéptica de la idea, tal como fue personificada por la descripción de Bentham de los derechos humanos como "disparates sobre zancos"¹⁶⁹. En lugar de los derechos, la libertad en Gran Bretaña tradicionalmente se podría describir como la libertad de todo lo que no está prohibido por la ley. En Irlanda, la falta de incorporación puede ser explicada por la manera en que la Corte Suprema extrae el artículo 40 de la Constitución para desarrollar una doctrina de los derechos constitucionales no enumerados. La jurisprudencia rica basada en esta disposición dio lugar a la percepción de que la transposición del Convenio era innecesaria.¹⁷⁰ Sin embargo, en 1998 y 2003, el Reino Unido e Irlanda incorporaron el Convenio con dos piezas muy similares de legislación.

1.1 Reino Unido: Ley de Derechos Humanos de 1998

El segundo gran empoderamiento de la judicatura británica llegó a través de la Ley de Derechos Humanos de 1998, que incorporó el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el derecho interno. Jack Straw Lord Canciller y Ministro de Justicia, a continuación, comentó que el proyecto de ley conservaba 'la posición fundamental establecida en nuestra Constitución: la soberanía del Parlamento... una de las profundas fortalezas de nuestro sistema'.¹⁷¹ La Ley comenzó a funcionar en octubre de 2000.

con el CEDH, la cuestión de constitucionalidad planteada por el juez a quo debe ser rechazada por inadmisibile.

¹⁶⁹ Waldron, J., *Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London Routledge, 1987.

¹⁷⁰ De Londras, F., & Kelly, C., *The European Convention on Human Rights Act: Operation, Impact and Analysis* (forthcoming Roundhall Dublin), 2010, p 1-8.

¹⁷¹ House of Commons (HC), Deb. Vol. 317 col. 1300.

No obstante el haberse desarrollado una competencia judicial fuerte (de no aplicar la legislación nacional) sobre la base de la Ley de Comunidades Europeas, la Ley de Derechos Humanos ofrece una competencia más limitada a los tribunales. El artículo 2 (1) requiere que los juzgados y tribunales tengan en cuenta la jurisprudencia del TEDH al decidir los casos que se refieren a derechos reconocidos en el CEDH. Además, el artículo 3 (1) requiere que la legislación primaria y la subordinada sean 'en la medida de lo posible' interpretadas de una manera que sea compatible con los derechos del Convenio. Si esto no es posible, la Corte podrá emitir una declaración de que la disposición es incompatible con el Convenio.¹⁷² A diferencia de la legislación nacional contraria al Derecho de la UE, la ley incompatible con la Convención no se inaplica o declara inválida. Una declaración de incompatibilidad no afecta a la 'validez, el funcionamiento o la ejecución' de la ley¹⁷³, ni tampoco obliga a las partes ante el Tribunal.¹⁷⁴ En su lugar, se proporciona un procedimiento que permite al Parlamento acelerar un proyecto de ley de modificación.¹⁷⁵

Como resultado, el poder judicial se incrementa una vez más por la Ley de derechos humanos, aunque en menor grado que en la Ley de Comunidades Europeas. El poder del Parlamento se redujo, pero sólo en cuanto a que sus palabras ahora están sujetas a la interpretación conforme a los derechos humanos efectuada por el poder judicial. Es, en realidad, el ejecutivo quien sale perdiendo. La Ley de Derechos Humanos establece que es ilegal para los organismos públicos el actuar de una manera incompatible con los derechos del Convenio, a no ser que se encuentre obligado a hacerlo por la legislación primaria.¹⁷⁶ También hay un cambio político, en cuanto a que en la segunda lectura de cualquier proyecto de ley, el Ministro relator debe declarar si él cree que es compatible con los derechos del Convenio o no.¹⁷⁷ Como señala Klug, el Gobierno renunció voluntariamente a una cantidad significativa de poder político-legal.¹⁷⁸

La Ley no está exenta de problemas o de sus críticas. Ewing, por ejemplo, se ha referido a la "inutilidad de la Ley de Derechos Humanos", describiendo la revisión judicial de los actos de un

¹⁷² Sección 4 (2) Ley de Derechos Humanos.

¹⁷³ *ibidem* sección 4 (6) (a).

¹⁷⁴ *ibidem* sección 4 (6) (b).

¹⁷⁵ *ibidem* sección 10.

¹⁷⁶ *ibidem* sección 6 (2).

¹⁷⁷ *ibidem* sección 19.

¹⁷⁸ Klug, F., *Values for a Godless Age: The Story of the United Kingdom's New Bill of Rights*, Penguin London, 2000.

Parlamento supremo como "una paradoja apilada sobre otra paradoja".¹⁷⁹ Cuestiones en cuanto a la interpretación de "organismo público", y de "en la medida de lo posible" también han producido mucha literatura. Estos son ampliamente discutidos en otros lugares.¹⁸⁰ Gearty afirma que la Ley de Derechos Humanos es el dispositivo perfecto para permitir la revisión judicial de la legislación, al tiempo que conserva la última palabra para el propio Parlamento.¹⁸¹ La supremacía parlamentaria se conserva, a costa de los remedios inmediatos (una cuestión se analiza más adelante). Este compromiso puede ser incómodo para los abogados educados en los lineamientos de la Corte Suprema de Irlanda o del Tribunal Constitucional Federal alemán. No obstante, cabe perfectamente en el orden constitucional británico en su estado actual.

1.2 Irlanda: Ley del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 2003

Mientras que Irlanda fue uno de los primeros estados que permitieron a los individuos el llevar casos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fue sin embargo lento al momento de disponer la aplicación del Convenio en el ordenamiento jurídico interno. Antes de su incorporación, el Convenio se había convertido en una autoridad persuasiva ante los tribunales irlandeses. Originalmente, los tribunales irlandeses tendían a mirar con escepticismo a los solicitantes que invocaban el Convenio ante ellos y trataban aún con más escepticismo cualquier intento de recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.¹⁸² Esta hostilidad disminuyó en los años previos a la incorporación y el Convenio se utilizó para identificar los derechos no enumerados existentes dentro de la Constitución irlandesa.¹⁸³ Después de la incorporación del CEDH en la legislación nacional británica, la necesidad de incorporar la Convención en la legislación irlandesa se hizo aún más aguda. El Acuerdo de Belfast requiere que el Gobierno irlandés garantice "al menos un nivel equivalente de protección de los derechos humanos que el que corresponde en Irlanda del Norte".¹⁸⁴ Esto dejó a Irlanda con ninguna otra opción real que el incorporar el Convenio en el derecho interno.

Después de un largo debate sobre los medios adecuados para ello, el legislador irlandés optó por la opción (constitucionalmente) menos perjudicial: la incorporación interpretativa sub-

¹⁷⁹ Ewing, K., "The Futility of the Human Rights Act", 2004, Public Law, p. 829.

¹⁸⁰ Oliver, D., "The Frontiers of the State: Public Authorities and Public Functions under the Human Rights Act", 2000, Public Law 476.

¹⁸¹ Gearty, C.A., Can Human Rights Survive? The Hamlyn Lectures 2005, Cambridge University Press 2006.

¹⁸² Re O Laighléis [1960] IR 93; *Norris v Attorney General* [1984] IR 36; E v E [1982] ILRM 497.

¹⁸³ Hogan, G., & Whyte, J.M. Kelly, *The Irish Constitution* 4th Edition, Tottel Dublin, 2003.

¹⁸⁴ *Doyle v Commissioner of An Garda Síochána* [1999] I IR 249.

constitucional. La principal oposición a la incorporación directa tanto a nivel constitucional o legislativa fue la cesión de soberanía que tal incorporación implicaría.¹⁸⁵ Si el Convenio se convirtiera en parte de la Constitución de Irlanda - argumentaba el Ministro de Justicia - entonces, el pueblo irlandés habría cedido el control sobre el significado de esa parte de la Constitución al Tribunal de Estrasburgo.¹⁸⁶ Vale la pena señalar que el Grupo de Revisión de la Constitución tenía, en su Informe de 1996, la incorporación constitucional directa por temor a que se reduzca el nivel de protección de los derechos humanos en ciertos casos. Sin embargo, la propuesta del Informe - el uso gradual del CEDH para fortalecer ciertos derechos - también fue rechazada por el Gobierno. Como señala Egan, 'burbujeando bajo la superficie del debate... es un análisis subjetivo de los méritos o deméritos de la interpretación del Tribunal de Derechos Humanos sobre las garantías del Convenio'.¹⁸⁷

La Ley del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 2003 refleja efectivamente la Ley de Derechos Humanos de 1998, en cuanto impone una obligación interpretativa a los tribunales irlandeses a momento de considerar la legislación interna. La naturaleza sub-constitucional de incorporación es enfatizada por el largo título, que describió la legislación como "*para habilitar un efecto adicional a ser dado, con sujeción a la Constitución*" a ciertas disposiciones del CEDH.¹⁸⁸ El título afirma el histórico reclamo de Irlanda de que las protecciones del CEDH ya estaban presentes en el ordenamiento jurídico interno y reitera que la Constitución sigue siendo la autoridad legal principal en el estado.

La Sección 2 de la Ley incluye la obligación de interpretar "toda disposición legal o regla de derecho" de una manera que sea compatible con las obligaciones del Estado en virtud del Convenio, «en la medida de lo posible». La Sección 3 obliga a los órganos del Estado a llevar a cabo sus funciones de una manera que sea compatible con las obligaciones del Estado. La Sección 4 prevé la notificación judicial de las decisiones del Tribunal Europeo, de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del Consejo de Ministros. La disposición final de importancia es la sección 5, que permite a los tribunales superiores el emitir una declaración de incompatibilidad cuando 'ningún otro recurso legal es adecuado ni disponible ". Mientras bajo

¹⁸⁵ Egan, S., "The European Convention on Human Rights Act 2003: A Missed Opportunity for Domestic Human Rights Litigation", 2003, 25 Dublin University Law journal, p. 240.

¹⁸⁶ Egan, S., "The European Convention on Human Rights Act 2003: A Missed Opportunity for Domestic Human Rights Litigation", 2003, 25 Dublin University Law journal, p. 241.

¹⁸⁷ Egan, S., "The European Convention on Human Rights Act 2003: A Missed Opportunity for Domestic Human Rights Litigation", 2003, 25 Dublin University Law journal, p. 242.

¹⁸⁸ Ley del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 2003, cursivas añadidas.

la legislación británica, tal declaración "no afectará a la validez, la operación continua o la ejecución de la disposición legal o regla de derecho '. En cambio, si ocasiona efectos para el "Taoiseach" (primer ministro) quien deberá poner la declaración ante las cámaras del 'Oireachtas' (Parlamento).

Dos cuestiones de procedimiento relativas a la aplicación de la legislación irlandesa han requerido una resolución por la jurisprudencia. En primer lugar, el Tribunal Supremo ha dejado claro que de la Ley del CEDH no tiene efecto retroactivo. En el *Ayuntamiento de Dublín vs. Fennell*, la Corte Suprema sostuvo que permitir tal efecto sería contrario a las prohibiciones constitucionales sobre la retroactividad en las cuestiones relativas a las sanciones penales y la imposición de la responsabilidad civil.¹⁸⁹ En segundo lugar, hay una cierta confusión en relación con la secuenciación de los argumentos basados en el CEDH y los argumentos constitucionales. La práctica habitual en los tribunales irlandeses de examinar las cuestiones constitucionales como último recurso parecería implicar que los argumentos basados en la Convención deben ser considerados primero antes que los derechos constitucionales sean recurridos. Sin embargo, la caracterización de la declaración de incompatibilidad como remedio residual va en contra de esta práctica. Hasta hace poco, existía conflicto de autoridad sobre la secuenciación.¹⁹⁰ Sin embargo, el Tribunal Supremo ha resuelto el asunto en su consideración de *Carmody* en apelación.¹⁹¹ El efecto de esa decisión se considera con más detalle a continuación.

1.3 Soluciones Comprometidas

El modelo de Ley de los Derechos Humanos tiene demostrada -según las apariencias- una eficacia razonable en el Reino Unido. Ha permitido la revisión judicial de la legislación primaria sin anular la supremacía del Parlamento. En Irlanda, en contraste, el modelo ha sido de una eficacia cuestionable debido a la existencia de una Constitución arraigada. Es de destacar que tanto Irlanda y el Reino Unido ofrecen - al menos superficialmente - menos peso al CEDH que a la legislación de la UE. Al TEDH se le da un valor meramente interpretativo y no puede ser la base para la no aplicación de la ley nacional. Sin embargo, en el Reino Unido, el efecto de la Ley de Derechos Humanos ha sido frecuentemente descrito como constitucional, testimonio de ello es el entusiasmo con el que la academia británica y el sistema legal la han acogido.¹⁹²

¹⁸⁹ *Ayuntamiento de Dublín v Fennell* [2005] I RI 604.

¹⁹⁰ *Carmody v Minister for Justice, Equality & Law Reform* [2005] 2 ILRM I.

¹⁹¹ *Carmody v Minister for justice, Equality & Law Reform* [2009] IESC 71.

¹⁹² Klug, F., *Values for a Godless Age: The Story of the United Kingdom's New Bill of Rights*, Penguin London, 2000.

Sin embargo, la ley carece de apoyo popular y el gobierno ha contemplado su derogación y sustitución por un "Proyecto de Ley Británica de Derechos".¹⁹³ Así, el futuro a largo plazo de la Ley permanece en duda. En Irlanda, todavía es demasiado pronto para determinar el impacto de la legislación interna. Al escribir en 2009, O'Connell señaló que el conocimiento de la Convención por parte de los abogados parece ser alta, pero la utilidad de la Ley de incorporación sigue siendo difícil de evaluar.¹⁹⁴

Una última cuestión merece consideración: la situación jurídica única en Irlanda del Norte. Además de requerir a Gran Bretaña (y en consecuencia a Irlanda) el transponer el CEDH en la legislación nacional, el Acuerdo de Belfast también pide una Carta de Derechos para Irlanda del Norte y se plantea la posibilidad de una Carta de Derechos "para toda Irlanda".¹⁹⁵ El progreso en el primer instrumento ha sido lento y en este último es inexistente. Tras una década de consulta en Irlanda del Norte y el apoyo público para una Carta de Derechos que vaya más allá del CEDH, el Gobierno británico parece proceder probablemente con un proyecto de ley debilitado (si con alguno).¹⁹⁶ En un contexto de creciente hostilidad hacia los derechos humanos en Gran Bretaña y de indiferencia en Irlanda, la posibilidad de una carta inter-jurisdiccional mejor podría describirse como intrigante, pero cada vez más improbable.

2.- Aplicación Judicial: Puntos de Comparación

Dos puntos de comparación se consideran brevemente en relación con la aplicación judicial de la ley. En primer lugar se analiza la protección de los derechos fundamentales en los dos sistemas jurídicos. En segundo lugar, se considera el funcionamiento de la declaración de incompatibilidad en la práctica.

2.1 Protección de los Derechos Sustantivos

Se esperaba que la incorporación del CEDH en la legislación nacional pudiera elevar el nivel de protección de los derechos humanos en ambas jurisdicciones. Por ejemplo, Bacik, entre otros, argumentó que ciertos derechos están mejor protegidos por el Convenio que por la Constitución de Irlanda: la libertad de expresión, la libertad contra la tortura y homicidios ilegítimos, los

¹⁹³ Ver la página web del Partido Conservador: <http://www.conservatives.com/Policy/Where_we_stand/Democracy.aspx>, Visitado el 15 de noviembre de 2015.

¹⁹⁴ O'Connell, D., "Watched Kettles Boil (Slowly): The Impact of the ECHR Act 2003", En: Kilkelly, U. (ed.), *ECHR and Irish Law 2nd Rev Ed*, Jordan Publishing Bristol, 2009.

¹⁹⁵ "El acuerdo se alcanzó en las negociaciones multipartidistas de 10 de abril de 1998 ('Acuerdo de Belfast') 'Derechos, Garantías e igualdad de oportunidades'".

¹⁹⁶ Comisión de Derechos Humanos de Irlanda del Norte (2010).

derechos de los sospechosos bajo custodia policial, y los derechos de los presos.¹⁹⁷ Por otro lado, Fennell cita el derecho a un juicio con jurado en virtud del artículo 38.5 de la Constitución de Irlanda como ejemplo de un derecho mejor protegido por la Constitución.¹⁹⁸ Del mismo modo, el Grupo de Revisión de la Constitución considera que la protección de la libertad personal en virtud del artículo 40.4 de la Constitución es mejor que la proporcionada por el Convenio.¹⁹⁹ Sin embargo, a pesar de los temores hacia lo diferente, no hay ninguna evidencia de que la aprobación de la Ley del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 2003 hubiese llevado a cualquier "devaluación" de estos estándares de derechos. De hecho, O'Connell señala que el valor interpretativo del Convenio en la aclaración de los principios constitucionales (antes que la declaración de incompatibilidad que se discute más adelante) puede ser el gran valor añadido proporcionado por la Ley.²⁰⁰

Es más difícil de evaluar el estado de protección de los derechos fundamentales en el Reino Unido antes de la incorporación. Históricamente, los tribunales británicos dieron poco crédito a los argumentos basados en el CEDH. En el caso *Malone* - una disputa de 1979 sobre escuchas telefónicas por la policía - el tribunal británico reconoció que la práctica de la Policía Metropolitana pudo haber violado el CEDH, pero sostuvo que no podía aplicar el Convenio en ausencia de legislación nacional que le dé efecto.²⁰¹ Sin embargo, más antes de la promulgación y entrada en vigor de la Ley de Derechos Humanos, hay pruebas del uso de los estándares del CEDH como una autoridad persuasiva en el sistema legal británico. Al establecer el nivel de protección que se otorga en virtud de la Ley de Derechos Humanos, Lord Bingham ha declarado que los tribunales británicos deberían ofrecer "*no más, pero ciertamente no menos*" protección que Estrasburgo.²⁰² Dada la ausencia de cualquier texto constitucional preexistente de protección de los derechos en Gran Bretaña, sería fácil decir que la adopción de la Ley de Derechos Humanos ha tenido un efecto claramente positivo. Sin embargo, la desafortunada coincidencia de la primera década de la Ley de Derechos Humanos con la conducción de una

¹⁹⁷ Fennell, S., "Back to the Drawing Board? Ireland and the European Convention on Human Rights Bill 2001", 2000, 10 *Irish Student Law Review*, p. 169.

¹⁹⁸ Fennell, S., "Back to the Drawing Board? Ireland and the European Convention on Human Rights Bill 2001", 2000, 10 *Irish Student Law Review*, p. 171.

¹⁹⁹ El Grupo de la Revisión Constitucional (1996).

²⁰⁰ O'Connell, D., "Watched Kettles Boil (Slowly): The Impact of the ECHR Act 2003", En: Kilkelly, U. (ed.), *ECHR and Irish Law 2nd Rev Ed*, Jordan Publishing Bristol, 2009, p. 20.

²⁰¹ *Malone v Comisionado de la Policía Metropolitana* (No.2) [1979] 2 All ER 620.

²⁰² *R v Special Adjudicator ex parte Ullah* [2004] UKHL 26 para 20.

"guerra contra el terror" hace que sea difícil llegar a conclusiones claras.²⁰³ Ewing sigue siendo uno de los críticos más fuertes de la Ley y se ha referido recientemente a una "*hoguera de las libertades*" bajo el gobierno laborista.²⁰⁴

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa también ha dado efecto legal a la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en el sistema jurídico de la UE y hace que la adhesión de la UE al CEDH sea posible. Las implicaciones de este desarrollo están más allá del presente estudio. Sin embargo, es importante tener en cuenta que la integración formal del CEDH en el ordenamiento jurídico de la UE puede conducir a una mayor convergencia entre los dos sistemas. Por otra parte, la inclusión en la Carta de la UE de derechos que no se contemplan de forma explícita en el CEDH ya ha llevado a la reinterpretación de este último documento. En *Scoppola* (Nº 2), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se basó en la Carta para reinterpretar el artículo 7 del CEDH con el fin de incluir por primera vez la aplicación retroactiva de las sanciones menos severas en el ámbito de esta disposición.²⁰⁵ Si el Tribunal sigue considerando a la Carta de la UE como evidencia de un "consenso en evolución" en Europa entonces los próximos años podrá ver una amplia reinterpretación de los derechos protegidos en el Convenio y en consecuencia en la ley británica e irlandesa.

2.2 Declaraciones de incompatibilidad

La Ley de Derechos Humanos de 1998 ha estado en funcionamiento durante casi dos veces más que la Ley del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 2003. Esta diferencia ha contribuido, sin duda, al mayor número de declaraciones de incompatibilidad en Gran Bretaña que en Irlanda. Al 19 de junio de 2008, ha habido 25 declaraciones de incompatibilidad en Gran Bretaña, de las cuales 15 merecieron una declaración final. De esos 15 casos, 12 incompatibilidades fueron remediadas (o subsanadas) en el momento de la encuesta, 2 estaban en proceso de ser remediadas y una se encontraba en consulta pública.²⁰⁶ En Irlanda, el principal temor entre los defensores de los derechos humanos es que los tribunales evitan la declaración "un tanto ineficaz" de compatibilidad, ya que están más familiarizados con el mecanismo más eficaz de encontrar la legislación inconstitucional (y por tanto declararla nula ab initio). En la práctica, dos declaraciones de incompatibilidad han sido dictadas desde el comienzo de la Ley

²⁰³ Véase, como ejemplo de la Ley de Derechos Humanos restringiendo excesos antiterroristas, *A. v Secretario de Estado del Ministerio del Interior* [2004] UKHL 56.

²⁰⁴ Ewing, K., "The Futility of the Human Rights Act", 2004, Public Law, p. 829.

²⁰⁵ *Scoppola v Italia* (Nº 2) Sentencia del 17 de septiembre de 2009, párrafos 105-109.

²⁰⁶ Beatson, J., *Human Rights: Judicial Protection in the United Kingdom*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008.

de 1 de enero de 2004.²⁰⁷ Ambas en relación con el artículo 8 del CEDH - un área donde la Convención y los estándares constitucionales de protección pueden divergir.²⁰⁸

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de Irlanda en *Carmody* ha arrojado serias dudas sobre la utilidad de la declaración de compatibilidad en Irlanda. Al resolver la confusión sobre la secuenciación de argumentos constitucionales y convencionales, el Presidente del Tribunal Supremo Murray declaró que:

"cuando una parte demanda que una ley o cualquiera de sus disposiciones no son válidas por ser contrarias a la Constitución y al mismo tiempo presenta una solicitud de declaración de incompatibilidad de dicha Ley o algunas de sus disposiciones con las obligaciones del Estado en virtud de la Convención, la cuestión de constitucionalidad debe decidirse primero".

La razón de esta declaración fue que una declaración de incompatibilidad no resolvería la cuestión entre las partes, ya que tenía 'consecuencias extra-judiciales'.²⁰⁹ Esto sugiere un cierto grado de escepticismo en cuanto a la utilidad de la declaración de incompatibilidad como un remedio legal. De Londras lo pone así:

"No sólo [la declaración] da lugar únicamente a obligaciones políticas y deja la ley infractora intacta sino que es probable que proporcione poco más que una victoria simbólica al solicitante. En algunas circunstancias - como litigios de movimientos sociales- tal victoria simbólica puede ser extremadamente valiosa. Sin embargo, en los casos en que alguien está en necesidad urgente e inmediata de asesoramiento, o de vivienda (por ejemplo) la victoria es pírrica".²¹⁰

Mientras que en Irlanda hay remedios constitucionales disponibles como alternativa a la declaración, es difícil imaginar que un remedio judicial más eficaz pueda estar disponible en el Reino Unido sin que ello no suponga un cambio aún más profundo en el ámbito constitucional. A falta de la adopción de una constitución escrita, no está claro que el poder judicial británico

²⁰⁷ *Foy v An tArd-Chláraitheoir y Otros* [2007] I EHC 470; *Donegan v Ayuntamiento de Dublín y Fiscal General* [2008] IEHC 288.

²⁰⁸ O'Connell, D., "Watched Kettles Boil (Slowly): The Impact of the ECHR Act 2003", En: Kilkelly, U. (ed.), *ECHR and Irish Law 2nd Rev Ed*, Jordan Publishing Bristol, 2009.

²⁰⁹ *Carmody v Minister for justice, Equality & Law Reform* [2009] IESC 71.

²¹⁰ De Londras, F., & Kelly, C., *The European Convention on Human Rights Act: Operation, Impact and Analysis* (forthcoming Roundhall Dublin), 2010, p 1-8.

pueda darse el poder de declarar inválida la legislación sin precipitar una crisis constitucional. Esto queda demostrado por la relación entre el Poder Judicial del Reino Unido y la legislación de la UE - que podrá no aplicar la legislación nacional que está en contravención con la legislación de la UE, pero no podrá declararla inválida. Por otra parte, el argumento que es la base para el poder de inaplicación no es convincente y parece que una orientación clara del Parlamento de que la legislación de la UE debía ser ignorada a favor de la legislación nacional tendría que ser seguida por los tribunales nacionales.

Vale la pena señalar que en cada caso en el que el poder judicial del Reino Unido ha dictado una declaración de incompatibilidad, el Gobierno y el Parlamento ha modificado la legislación impugnada (o ha iniciado el proceso de hacerlo).²¹¹ La práctica de hacerlo es ahora rutina y uno podría tener la tentación de afirmar que hay un convenio constitucional que obliga al Parlamento a modificar la legislación incompatible. Dos afirmaciones se pueden hacer en este sentido. En primer lugar, es demasiado pronto para determinar si existe tal convenio constitucional. La Ley de Derechos Humanos sólo ha estado en funcionamiento durante el Gobierno que la introdujo y los dos grandes partidos han considerado seriamente revisarla. En segundo lugar, a pesar de que la legislación contraria por lo general se ha cambiado, en algunos casos no ha mejorado la situación de hecho de las personas afectadas por la ley. Por ejemplo, después de que el tan anunciado caso de los detenidos de *Belmarsh* dio lugar a la derogación de la Parte IV de la ley de lucha contra el terrorismo, la delincuencia y la Seguridad, el Gobierno la reemplazó con la Ley de Prevención del Terrorismo de 2005. El efecto fue el de reemplazar el internamiento con el arresto domiciliario efectivo para los interesados. Mientras que la situación jurídica de las personas afectadas ha cambiado, su libertad personal se ha visto seriamente vulnerada por el Estado durante casi una década. Este caso, entre otros, ha llevado Ewing a reiterar sus críticas a la Ley de Derechos Humanos, en referencia a su 'continuidad inútil'.²¹²

Estudio de España

²¹¹ Beatson, J., *Human Rights: Judicial Protection in the United Kingdom*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008.

²¹² Ewing, K., "The Futility of the Human Rights Act", 2004, Public Law 829.

Cuando el CEDH era incipiente, España estaba bajo la dictadura franquista (1939-1975). Por lo tanto, cuando España entró efectivamente en el CEDH en 1979²¹³, este sistema ya estaba bien establecido y disfrutaba de una jurisprudencia sustancial de su tribunal superior, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La Constitución española, promulgada en 1978, estableció un Tribunal Constitucional (TC). De acuerdo con el modelo kelseniano, el TC fue definido como el máximo intérprete de la Constitución y centralizó el poder de revisión judicial de la legislación, por lo que se hizo hincapié en el enfoque del TC hacia el CEDH y las implicaciones para los tribunales ordinarios²¹⁴.

El cómo se ejecutan las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en España ha sido una cuestión definida a partir de la Sentencia del TEDH de 21 de octubre de 2013 (Caso Del Río Prada c. España) y el posterior desarrollo legislativo que este entendimiento jurisprudencial ocasionó (Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015), por lo que se examinarán ambas disposiciones. Las mismas también nos darán luces acerca del especial tratamiento y la posición del CEDH en el ordenamiento interno.

1.- Parámetro Legal

De acuerdo con la Constitución española, los tratados internacionales son vinculantes a nivel nacional una vez han sido publicados en el Boletín Oficial del Estado (artículo 96.1). La posición de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno sigue siendo un tema de debate. Desde un punto de vista constitucional, los tratados internacionales se colocan por encima de la legislación nacional y por debajo de la Constitución. Ninguna disposición constitucional enuncia esto de una manera clara. La llamada 'supra-legalidad' de los tratados se infiere del artículo 96.1 de la Constitución. Esta cláusula establece que las disposiciones de los tratados internacionales sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por el propio tratado o de acuerdo con el derecho internacional general de los tratados. Por lo tanto, la legislación nacional no puede, aunque promulgada posteriormente, modificar o derogar un tratado internacional. La relación entre los tratados internacionales y la Constitución engendra una mayor confrontación. La "infra-constitucionalidad" de los tratados se deriva de la cláusula que establece que antes de ratificar un tratado incompatible con la Constitución, la

²¹³ El TEDH fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977; y se ratificó y entró en vigor el 4 de octubre de 1979.

²¹⁴ El término "tribunales ordinarios" incluye todos los jueces en el sistema judicial. El Tribunal Constitucional tiene un estatus especial y no se incluye en el sistema judicial.

Constitución exige una enmienda.²¹⁵ En otras palabras, si un tratado internacional contiene disposiciones en conflicto con la Constitución, sólo se permitirá su ratificación si la Constitución se modifica.²¹⁶ Esta cláusula tiene por objeto salvaguardar la supremacía de la Constitución.²¹⁷ En cualquier caso, la validez de la legislación nacional no se ve afectada por los tratados internacionales, o a la inversa, la validez de los tratados internacionales no se ve afectada por las normas nacionales. Como tal, la incompatibilidad de la legislación nacional con un tratado internacional haría que el anterior sea inaplicable, pero no inválido.

La naturaleza especial del CEDH no se refleja expresamente en la Constitución. Dos cláusulas constitucionales, los artículos 10.2 y 93, son particularmente relevantes en este campo, a pesar de que ninguno hace referencia explícita alguna al CEDH. En primer lugar, el artículo 10.2 exige que los derechos constitucionales fundamentales se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos ratificados por España. El tratado principal de derechos humanos utilizado por el TC como fuente de interpretación es, sin duda, el CEDH. Sobre la base de este mandato constitucional, el TEDH se convierte en una fuente para la interpretación de los derechos constitucionales fundamentales.²¹⁸ En segundo lugar, el artículo 93 de la Constitución establece que la ratificación de los tratados que transfieren poderes a una organización internacional debe ser autorizada mediante Ley Orgánica, la que requiere un consenso más amplio que la legislación ordinaria.²¹⁹

No obstante de ello, la posición del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico interno así como su naturaleza especial quizás se han visto mejor

²¹⁵ Art. 95.1 de la Constitución. Especialistas en derecho constitucional tienden a interpretar esta cláusula como la confirmación de la supremacía de la Constitución, mientras que los estudiosos del derecho internacional lo hacen en el sentido contrario. Gómez Fernández, I., *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el derecho internacional*, Tirant lo Blanch, 2005, pp.101-118.

²¹⁶ La única vez que la Constitución española se modificó fue para permitir la ratificación del Tratado de Maastricht en 1992.

²¹⁷ Si la eventual inconstitucionalidad surge después de la ratificación, el tratado podrá ser recurrido ante el TC. Si es declarado inconstitucional, se convertiría en inaplicable en España. Esta situación, sin embargo, podría generar responsabilidad internacional.

²¹⁸ Saiz Arnaiz, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPI, 1999, pp. 266-277. Con el argumento de que el artículo 10.2 se añade al artículo 96.1 y coloca a los tratados de derechos humanos en una posición especial.

²¹⁹ El Parlamento español se compone de dos Cámaras: el Congreso y el Senado. La promulgación de leyes orgánicas requiere mayoría absoluta en el Congreso y mayoría simple en el Senado.

reflejadas en la reciente Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (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).²²⁰

El apartado tercero del artículo único de la normativa modificatoria ha añadido un nuevo artículo “Art.5 bis.” a la LOPJ que introduce el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, mismo que procede contra una resolución judicial firme que hubiera sido objeto de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declare que la misma fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio y sus protocolos²²¹.

Asimismo, las disposiciones finales de la referida Ley Orgánica han introducido cambios en la Ley Orgánica Procesal Militar²²², la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa²²³ y la Ley de Enjuiciamiento Civil²²⁴ modificando aquellos articulados que

²²⁰ Una versión consolidada de la Ley con referencias de cada artículo y apartado modificado está disponible en red: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

²²¹ El Artículo 5 bis. de la Ley Orgánica del Poder Judicial queda redactado de la siguiente manera: “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.” BOE-A-1985-12666.

²²² La Disposición final segunda modifica los artículos 328 y 504 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. Quedan redactados de esta forma: “«Artículo 328.1. Habrá lugar al recurso de revisión contra sentencias firmes en los siguientes casos: (...) 2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme 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. (...)»; «Artículo 504.1. Las sentencias firmes dictadas en recurso contencioso-disciplinario militar por la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, así como los autos también firmes, a los que se refiere el artículo 478, dictados por dicha Sala, podrán ser objeto de recurso de revisión en los siguientes casos: (...) 2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión...»”

²²³ La Disposición final tercera modifica el artículo 102 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Disponiéndolo así: “«Artículo 102.1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: (...) 2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión..., sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas. (...)»”

²²⁴ La Disposición final cuarta modifica los artículos 510, 511 y 512.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Redactando así los mismos: “«Artículo 510.1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: (...) 2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión..., sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas. (...)»; «Artículo 511. Legitimación activa. Podrá solicitar la revisión quien hubiere sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada. En el supuesto del apartado 2 del artículo anterior, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.»; «Artículo 512.1. En ningún caso podrá solicitarse la revisión después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar. Se rechazará toda solicitud de revisión que se presente pasado este plazo.

contemplan el recurso de revisión de una sentencia firme, agregando la causal que, en las respectivas jurisdicciones, abre la posibilidad de interponer dicho recurso contra una resolución judicial dictada en violación al Convenio y declarada como tal por el TEDH. En todos los casos se establece como circunstancia condicionante para la procedencia del mismo, 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.

Termina de dar forma al procedimiento del reiterado recurso una modificación efectuada al Art. 512.1 la Ley de Enjuiciamiento Civil relativa al plazo de presentación, disponiendo que el mismo será de 1 año a partir de que la Sentencia del TEDH adquiera firmeza (no aplicándose en este caso el plazo de cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia impugnada previsto en el mismo artículo que ahora queda reservado para todas las demás causales de revisión reguladas).

De esta manera, a partir de la Ley Orgánica de 2015, la Posición especial del CEDH en el derecho nacional podría inferirse por algunos detalles de las modificaciones que no pasan inadvertidos. Uno de ellos es que la entrada del Art. 5 bis. de la LOPJ -que facilita la ejecución de las Sentencias del TEDH en el ordenamiento interno-, se encauza entre los afluentes del artículo 5²²⁵ y 6 de la LOPJ, disposiciones referidas a la supremacía de la Constitución, a la cuestión de inconstitucionalidad y a la procedencia de recurso de casación a sola infracción de precepto constitucional. De hecho, la incorporación del recurso de revisión podría haberse realizado dentro del mismo Artículo 5 en un numeral quinto que sucediera al cuarto que es el previsto

*Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable cuando la revisión esté motivada en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este caso **la solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal.**» (negrillas añadidas).*

²²⁵ El Artículo 5 de la LOPJ establece: “Artículo 5.

1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.
2. Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional, con arreglo a lo que establece su Ley Orgánica.
3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.
4. En todos los casos en que, según la ley, **proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional.** En este supuesto, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional.” (las cursivas y negrillas son nuestras).

para la procedencia del recurso de casación (con la infracción de precepto constitucional como motivo suficiente).

No se puede afirmar con certeza la principal razón que movió al legislador a aislar el recurso de revisión, en una nueva redacción que crea el Artículo 5 bis. de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sin embargo, se puede deducir que no se quiso situar en un mismo artículo a disposiciones relativas a la supremacía constitucional con aquellas referidas a la eficacia del Convenio en el orden interno. Esto, lejos de restar claridad al lugar que ocupa el CEDH en el ordenamiento jurídico español, nos da luces acerca de su posición y su especial tratamiento en el orden interno, desde que, tanto el recurso de casación como el de revisión, se disponen sucesivamente en la nueva LOPJ y proceden ambos por la sola infracción de preceptos de la Constitución y de la Convención respectivamente, como motivos suficientes.

Finalmente, cabe referir que el apartado II del Preámbulo de la Ley Orgánica²²⁶, afirma que la seguridad jurídica en la protección de los derechos fundamentales que el Artículo 10.1 de la Constitución española proclama como el fundamento del orden político y la paz, viene a incrementarse con el establecimiento del recurso de revisión, para cuya interposición, será motivo suficiente la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH declarada en una Sentencia del TEDH.

2.- Parámetro Judicial

2.1 El Tribunal Constitucional

2.1.1 El CEDH como fuente para la interpretación de los derechos constitucionales.

²²⁶ Es el segundo párrafo del apartado II del Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, el que dispone: “Se incluye, también, una previsión respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en sus Protocolos, estableciéndose que serán motivo suficiente para la interposición del recurso de revisión exclusivamente de la sentencia firme recaída en el proceso «a quo». Con ello se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución”.

El TC ha rechazado repetidamente los tratados de derechos humanos como un parámetro autónomo con el que evaluar la validez de la legislación interna.²²⁷ Al mismo tiempo, el TC ha admitido que hasta cierto punto, como consecuencia del artículo 10.2, el TEDH integra el contenido de los derechos constitucionales.²²⁸ Biglino destaca “la eficacia interpretativa del CEDH” que parte de la manera en la que debe interpretarse la norma fundamental o legislación conforme al convenio, siendo en este caso los Tribunales Constitucionales, cuando protegen Derechos Fundamentales, los que constituyen el instrumento más eficaz para incorporar el convenio a los sistemas jurídicos de los Países Miembros, y para superar las limitaciones del Convenio que son su *carácter internacional* y el *carácter declarativo* de las *sentencias del TEDH*.²²⁹

Por lo tanto, se desprende de la jurisprudencia constitucional que el TEDH tiene especial relevancia para la interpretación de los derechos constitucionales. El TC no sólo ha citado la Convención, sino también la jurisprudencia del TEDH. Saiz Arnaiz se refiere a la frecuente referencia a las decisiones del TEDH, incluso poco después de que esas decisiones han sido emitidas.²³⁰ La tendencia, aún antes de la Sentencia del TEDH en el caso *Del Rio Prada c. España* (que analizaremos más adelante) y de la promulgación de la LOPJ de 2015, fue la de asumir que la jurisprudencia del TEDH tiene que ser seguida por los tribunales nacionales. Hay razones de peso para tomar conocimiento de la jurisprudencia del TEDH. Como intérprete último de los derechos de la Convención, las sentencias del Tribunal necesitan ser observadas para evitar violaciones futuras. El mismo TC sostuvo que, de acuerdo con el artículo 10.2, la jurisprudencia del TEDH es “no sólo un criterio interpretativo para la aplicación de las disposiciones constitucionales que protegen los derechos fundamentales”, sino también “de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico”.²³¹ Entre 1999-2007, el TC se refirió a la normativa del CEDH en el 17,5% de sus decisiones.²³² Esto demuestra un creciente uso de la normativa del CEDH en la interpretación de los derechos constitucionales. Entre 1981 y 1997, sólo en el 10% de los casos

²²⁷ SSTC 120/1990, FJ 3; 137/1990, FJ 3; 214/1991, FJ 1; 77/1995, FJ 2; 51/1996, FJ 1.

²²⁸ SSTC 20/1995, FJ 4; 36/1991, FJ 5.

²²⁹ Biglino Campos, P. (2013). El acceso individual ante los Tribunales Constitucionales y el Control de Convencionalidad en Europa. En Tribunal Constitucional de Perú, & Comisión de Venecia, *El Acceso individual a la Justicia Constitucional en América Latina* (pág. 47 a 51).

²³⁰ Saiz Arnaiz, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, 1999, pp. 156-169.

²³¹ STC 303/1993, FJ 8.

²³² El término “normativa del CEDH» se entiende que incluye tanto el Convenio como la jurisprudencia del TEDH.

resueltos se mencionaron fuentes internacionales (y no sólo la normativa del CEDH).²³³ Por lo general, el TC se refiere al CEDH para reforzar su propia interpretación (*ad abundantiam*). En ocasiones, el TC incorpora nuevos contenidos o criterios de interpretación del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH.²³⁴ Por ejemplo, el TC ha incorporado los criterios desarrollados por el TEDH para apreciar si la duración del procedimiento no es razonable en violación del derecho al debido proceso: la complejidad del caso, la conducta de las partes, y la conducta de autoridades relevantes.²³⁵ Asimismo, el TC ha tomado criterios desarrollados por el TEDH para resolver el conflicto entre la libertad de expresión y la privacidad o el honor, como la necesidad de tener en cuenta el contexto en el que se hicieron las declaraciones, o la fama de las personas afectadas.²³⁶

En resumen, el TC ha incorporado el CEDH como medio de interpretación de los derechos fundamentales a través del artículo 10.2. En particular, el CEDH y su jurisprudencia tienen un lugar destacado en la jurisprudencia constitucional. Al mismo tiempo, el CEDH no es reconocido como fuente autónoma con la que revisar la legislación interna.

2.1 Tribunales Ordinarios

El TC ha admitido que los jueces pueden dejar de lado una normativa que choque con los tratados internacionales, ya que los tratados internacionales no pueden ser modificados o derogados por la legislación nacional (Art. 96.I de la Constitución). Según el TC, este es un problema relacionado con la selección de la ley aplicable, la cual corresponde a los jueces ordinarios decidir.²³⁷ Siguiendo este razonamiento, los jueces ordinarios serían capaces de dejar de lado una normativa interna que choque con el CEDH sobre la base del artículo 96.I, ya que el CEDH es un tratado internacional. No hay ningún caso, sin embargo, en el que el TC haya reconocido expresamente esta posibilidad. El resultado, en efecto, sería paradójico: los tribunales ordinarios podrían dejar de lado un estatuto por la violación de un derecho de la Convención, pero estarían prohibidos de hacer lo mismo sobre la base de un derecho constitucional paralelo.²³⁸ Además, si los tribunales estatales dejan de lado las leyes en conflicto

²³³ Queralt Jiménez, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, 2008, pp. 207-208.

²³⁴ Ídem. pp. 217 a 259.

²³⁵ STC 124/1999, FJ 2, citando a Pammel vs. Alemania, 1 de julio de 1997.; Estima Jorge vs. Portugal, 21 de Abril., 1998; Pailot vs. Francia, 22 de Abril., 1998; Mavronichis vs. Chipre, 24 de abril de 1998.

²³⁶ Díez Picazo Giménez, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, 2005, pp. 330-339.

²³⁷ SSTC 49/1988, FJ 14; STC 180/1993.

²³⁸ Ferreres Comella, V., "The European model of constitutional review of legislation: toward decentralization?", *International journal of Constitutional Law*, 2004/, p. 484. En España, la revisión

con derechos de la Convención, la función exclusiva del TC de revisar la legislación se vería socavada. Por estas razones, *Ferreres Comella* sugirió que el TC debería reconsiderar su doctrina general para excluir el poder de los tribunales ordinarios de dejar de lado la legislación que choca con los tratados de derechos humanos.²³⁹ En cualquier caso, en la práctica, los tribunales ordinarios han preferido mantenerse en el canal interpretativo del artículo 10.2 para dar efecto al CEDH. En el caso de que una disposición legislativa pudiera entrar en conflicto con un derecho constitucional, a pesar de que el mismo derecho esté reconocido dentro de la Convención, los tribunales ordinarios tienden a plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC. De hecho, el TEDH no pide a los tribunales nacionales el dejar de lado directamente una normativa interna en conflicto con la Convención.

Una cuestión diferente es la que aborda la ejecución de las decisiones del TEDH en España y lo que ocurre en caso de su incumplimiento. Antes de la promulgación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015, no había ninguna disposición legislativa que contemplara la reapertura del procedimiento tras una decisión del TEDH declarativa de que España violó la Convención. Excepcionalmente, el TC había intervenido a través de la 'denuncia individual' (recurso de amparo), en un caso en el que fueron encarcelados los acusados y el TEDH habían declarado la violación del derecho a un juicio justo.²⁴⁰ Aquella situación fue denunciada por los analistas²⁴¹ e incluso por el TC²⁴², presionando así para la reforma legislativa. El Informe del Consejo de Estado de 2008, sobre la incorporación de la Ley Europea en el Derecho español, sugirió la creación de un nuevo mecanismo específico ante el Tribunal Supremo para permitir la reapertura del procedimiento.²⁴³ Sin embargo la reforma legislativa que reguló con precisión el cauce procesal para la ejecución de las Sentencias del TEDH, como en muchas otras ocasiones, se realizó después de una decisión del TEDH. Así se tiene por ejemplo que después de *Pérez de Rada*

judicial de la legislación está centralizada en el TC. Por lo tanto, los jueces no pueden dejar de lado o anular las leyes que chocan con la Constitución. Si los jueces ordinarios creen que una ley aplicable al caso es inconstitucional o duda sobre su constitucionalidad, deben plantear una pregunta al TC. Este procedimiento se conoce como "cuestión de inconstitucionalidad".

²³⁹ Ferreres Comella, V., "El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo", en Saiz Arnaiz y Zelaia Garagarza (eds.), *Integración Europea y Poder Judicial*, IVAP, 2006, pp. 252-253.

²⁴⁰ STC 245/1991, emitida después de la decisión del TEDH en Barberá, Messegué y Jarbado vs. España, 24 de abril de 1990. Torres Pérez, A., "Fuentes Bobo y la infra-ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España", *Revista española de Derecho europeo*, 2007/21, pp.160-166.

²⁴¹ Fernández Sánchez, PA., *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, 1987, p. 128.

²⁴² STC 245/1991, FJ 5.

²⁴³ Informe del Consejo de Estado sobre la incorporación de la legislación europea en el ordenamiento jurídico español, 14 de febrero de 2008, pp. 316-318.

Cavanilles v. España,²⁴⁴ que declaró la violación del derecho de acceso a la justicia (artículo 6 del CEDH), se modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000). En *Ruiz-Mateos v. España*,²⁴⁵ el TEDH declaró que el derecho a un juicio justo había sido violado porque las personas no tenían la oportunidad de participar ante el TC en los procesos de revisión legislativa iniciados por los tribunales ordinarios (cuestión constitucional). El TEDH sostuvo que la eventual inconstitucionalidad y nulidad de las disposiciones legislativas impugnadas habrían llevado a los tribunales ordinarios a satisfacer las pretensiones del demandante. Sin embargo, había sido privado de defender su caso ante el TC. No fue hasta 2007, que la ley Orgánica del Tribunal Constitucional fue modificada para prever la participación individual ante el TC en los procedimientos de 'cuestión constitucional'.²⁴⁶ Finalmente, después de la Sentencia del caso *Del Río Prada v. España de 21 de octubre de 2013*, y en cumplimiento de la misma, se pronunció el Tribunal Supremo español²⁴⁷ considerando necesario que el poder legislativo regule con necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH. A continuación pasaremos a examinar los alcances de dicha Sentencia.

2.1 El Asunto del Río Prada c. España

2.1.1. Hechos Principales

El asunto se origina ante el TEDH a raíz de una demanda (Nº 42750/09) interpuesta contra España el 3 de agosto de 2009 por Inés Del Río Prada, quien cumplía una condena por la comisión de una serie de delitos relacionados con atentados terroristas perpetrados entre 1982 y 1987.²⁴⁸ Las ocho sentencias condenatorias fueron dictadas entre diciembre de 1998 y mayo de 2000 en el marco de distintos procedimientos sustanciados ante la Audiencia Nacional, siendo condenada en total a más de 3.000 años de prisión²⁴⁹. El 30 de noviembre de 2000, la Audiencia Nacional se decidió por la aplicación del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en

²⁴⁴ *Pérez de Roda Cavanilles vs. España*, 28 de Octubre de 1998.

²⁴⁵ *Ruiz-Mateos vs. España*, 23 de junio 1993.

²⁴⁶ El Preámbulo de la Ley de modificación (LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se Modifica la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) se refiere expresamente a esta decisión del TEDH, que había sido emitida 14 años antes.

²⁴⁷ Acuerdo de Sala General de 12 de noviembre de 2013. Tercer punto.

²⁴⁸ Un análisis resumido del razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el modo en el que se ha ejecutado la sentencia en: Cacho Sánchez, Yaelle, *Fundamento de las Críticas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Del Río Prada c. España*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, Nº 48, Año 18, Madrid, 2014, pp. 491 a 518.

²⁴⁹ Sentencias de la Audiencia Nacional 77/1988, de 18 de diciembre de 1988; 8/1989, de 27 de enero de 1989; 43/1989, de 22 de abril de 1989; 54/1989, de 7 de noviembre de 1989; 58/1989, de 25 de noviembre de 1989; 75/1990, de 10 de diciembre de 1990; 29/1995, de 18 de abril de 1995; y 24/2000, de 8 de mayo de 2000.

relación con el artículo 70.2 del Código Penal (CP) de 1973, vigente en el momento de la comisión de los hechos, acumulando las penas y disponiendo que el máximo de cumplimiento de la condena de la demandante no podía exceder de 30 años, al considerar que esta limitación también era aplicable a las penas que se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos delictivos, como en el caso Del Río Prada, por su conexión jurídica y cronológica, pudieran haberse enjuiciado en uno solo. En una decisión posterior, de 15 de febrero de 2001, la Audiencia Nacional estableció el día 27 de junio de 2017 como liquidación de condena.

Tras varias decisiones judiciales adoptadas entre los años 1993 y 2004, se le concedió una redención de pena de nueve años por el trabajo realizado en prisión de conformidad con el artículo 100 del CP de 1973. El 24 de abril de 2008, el centro penitenciario en que se hallaba encarcelada, aplicando dicha redención de penas al máximo de 30 años, propuso a la Audiencia Nacional como fecha de su puesta en libertad el 2 julio de 2008.

Entretanto, el Tribunal Supremo (TS) dio un giro a su jurisprudencia en lo concerniente a la redención de penas para evitar la excarcelación del considerado el terrorista de ETA más sanguinario, Henri Parot, que había conseguido reducir su pena de 30 a 20 años de cárcel, pese a estar condenado a 4.700 años por 33 asesinatos cometidos entre 1978 y 1990. En su sentencia de 8 de marzo de 1994, el TS había establecido que el límite máximo de la condena prevista en el art. 70.2 del CP de 1973 (30 años de prisión) debía ser interpretado como una pena nueva y autónoma a la que se aplican los beneficios penitenciarios previstos por la ley, como la libertad condicional o la redención de pena²⁵⁰. En cambio, en la sentencia de 28 de febrero de 2006, el TS, distinguiendo entre «pena» y «condena», pasó a considerar que el límite de 30 años representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario («la condena») y que las redenciones de pena debían, por tanto, aplicarse sobre cada una de las penas efectivamente impuestas («las penas») y no sobre el límite máximo de 30 años²⁵¹. Esta nueva línea jurisprudencial, llamada «Doctrina Parot», se aplicaba sólo a los presos condenados antes de la reforma del Código Penal de 1995, situación en la que se encontraba Del Río Prada. Según la información proporcionada por el Gobierno español al TEDH, se aplicó a noventa y tres

²⁵⁰ STS 529/1994, de 8 de marzo de 1994.

²⁵¹ STS 197/2006, de 28 de febrero de 2006.

miembros de ETA condenados y a otras treinta y siete personas declaradas culpables de delitos especialmente graves (narcotraficantes, violadores y asesinos)²⁵².

En aplicación de la nueva línea jurisprudencial del TS al asunto Del Río Prada, en un auto de 23 de junio de 2008, la Audiencia Nacional fijó la fecha de 27 de junio de 2017 para la puesta en libertad definitiva de Del Río Prada. El recurso de súplica que planteó ante la Audiencia Nacional fue desestimado el 10 de julio de 2008. Por su parte, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibile el recurso de amparo presentado en su auto de 17 de febrero de 2009²⁵³.

2.1.2. El Procedimiento ante el TEDH

En su demanda ante el TEDH, Del Río Prada, invocando el artículo 7 del CEDH (No hay pena sin Ley)²⁵⁴, alegaba que la aplicación, según su punto de vista retroactiva, del cambio de jurisprudencia del Tribunal Supremo en lo concerniente a la redención de penas, había prorrogado su detención hasta nueve años. En virtud del artículo 5 § 1 (derecho a la libertad y a la seguridad)²⁵⁵, la demandante alegaba también que su mantenimiento en prisión vulnera las exigencias de « regularidad » y del respeto de las « vías legales ».

²⁵² Del Río Prada c. España [Gran Sala], de 21 de octubre de 2013, demanda nº 42750/09, Repertorio de sentencias y decisiones 2013, § 44.

²⁵³ Del Río Prada se unía así a otros 29 reclusos a los que también se les había aplicado la «Doctrina Parot» y que habían recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional. Con excepción de los cuatro casos que fueron estimados por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, el resto fueron inadmitidos o desestimados por el TC al no considerar infringido el derecho al principio de legalidad contenido en el artículo 25 de la Constitución española.

²⁵⁴ El artículo 7 del CEDH dispone que: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas».

²⁵⁵ El artículo 5.1 del CEDH dispone que: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con acuerdo al procedimiento establecido por la ley: a. Si ha sido detenido o privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un Tribunal competente; b. Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c. Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d. Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e. Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f. Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir que su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición».

La demanda fue presentada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 3 de agosto de 2009. El 10 de julio de 2012, una Sala de siete jueces dictó sentencia²⁵⁶. Por unanimidad el Tribunal consideró que se habían vulnerado los artículos 7 y 5 § 1 del Convenio y que correspondía al Estado demandado garantizar la puesta en libertad de la demandante en el plazo más breve posible y pagarle 30.000 € por daños morales y 1.500 € en concepto de costas y gastos procesales, desestimando la petición de cantidades superiores formulada por la demandante en concepto de satisfacción equitativa. El 4 de octubre de 2012, el Gobierno español solicitó la remisión del asunto ante la Gran Sala del Tribunal según lo dispuesto en el artículo 43 del Convenio (remisión ante la Gran Sala). Tras ser aceptada la petición de España el 22 de octubre de 2012, el colegio de la Gran Sala aceptó la solicitud de remisión. Se celebró una vista el 20 de marzo de 2013.

La Sentencia fue dictada por la Gran Sala de 17 jueces, el 22 de octubre de 2013. En este pronunciamiento, el Tribunal llegó al mismo fallo y con argumentos similares, aunque enunciados más minuciosamente. No todas las decisiones fueron, sin embargo, en esta ocasión adoptadas por unanimidad, aunque sí por una amplia mayoría; lo que se traduce en una serie de votos particulares, de cuyo contenido principal también nos ocuparemos en los epígrafes siguientes.

2.1.3. Los Argumentos del Tribunal de Estrasburgo

A. Sobre la alegada violación del artículo 7 del Convenio

En primer lugar, el Tribunal debe determinar, sobre la base de la ley y de la práctica de los tribunales españoles, el alcance de la «pena» impuesta a la Señora Del Río Prada. Según el artículo 70.2 del Código Penal de 1973, la noción de «condena», que correspondía al límite máximo de 30 años de prisión, parecía distinguirse de la noción de «penas» pronunciadas en las distintas sentencias de condena. Paralelamente, el artículo 100 del Código Penal de 1973 disponía que los condenados podían redimir su pena con el trabajo efectuado en prisión, sin precisar sin embargo las reglas de imputación de la redención de penas en caso de acumulación.

A pesar de la ambigüedad de estas disposiciones, el TEDH establece de que antes de la sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 2006 que instauró la «Doctrina Parot», cuando se condenaba a una persona a varias penas de prisión y éstas se acumulaban, las autoridades

²⁵⁶ Del Río Prada c. España, de 10 de julio de 2012, demanda nº 42750/09 (disponible en www.echr.coe.int).

penitenciarias y judiciales españolas habían seguido la práctica constante de aplicar las redenciones de pena, sobre el límite máximo de 30 años, y no sobre cada una de las «penas» pronunciadas en las distintas sentencias de condena separadamente. Por otra parte, en su sentencia de marzo de 1994, el propio Tribunal Supremo había seguido esta interpretación.

Hasta la modificación de la jurisprudencia de febrero de 2006, esta práctica benefició a numerosas personas que, como la Señora Del Río Prada, habían sido condenadas en virtud del Código Penal de 1973. La demandante podía, por tanto, esperar ser tratada de la misma manera. Dicho de otro modo, en el momento de la comisión de las infracciones así como en el momento de la adopción de la decisión de acumulación de penas por la Audiencia Nacional en el año 2000, el derecho español – incluida la práctica de los tribunales – era suficientemente preciso para permitir a la Señora Del Río Prada conocer el alcance de la «pena» impuesta, es decir una duración máxima de 30 años de prisión, sobre la que debían aplicarse las redenciones de pena por trabajo.

En segundo lugar, el Tribunal debe establecer si la aplicación de la «Doctrina Parot» a la Sra. Del Río Prada ha modificado solo las «modalidades de ejecución» de la pena impuesta o si ha modificado el «alcance» de la misma. En este sentido el Tribunal recuerda la distinción entre las medidas constitutivas de una «pena» y las relativas a las «modalidades de ejecución» de dicha pena, pues solo las primeras se incluyen teóricamente en el ámbito de aplicación del artículo 7. Sin embargo, el Tribunal recuerda también que la distinción entre estos dos tipos de medidas no siempre está clara en la práctica, al tiempo que reconoce que esta distinción no siempre resulta nítida en la práctica, debiendo decidir caso por caso.

En el presente asunto, el TEDH considera que la aplicación de la «Doctrina Parot» a la situación de la demandante ha privado de efecto útil a las redenciones de pena a las que en principio tenía derecho, ya que al haber sido condenada en numerosas ocasiones, la demandante debe ahora cumplir una pena de 30 años de prisión efectiva, sobre la que las redenciones de pena no han tenido incidencia alguna. Por consiguiente, el Tribunal entiende que la aplicación de esta doctrina no está limitada a modificar las «modalidades de ejecución» de la pena impuesta, sino que ha redefinido igualmente su «alcance», entrando la controvertida medida en el ámbito de aplicación del artículo 7.1 del Convenio.

Una vez sentada esta premisa, el Tribunal debe, en tercer lugar, establecer si la «Doctrina Parot» era razonablemente previsible. Entiende que, en el momento en el que se pronunciaron

las condenas y en el que la demandante recibió la notificación de la decisión de acumulación de las penas, nada indicaba una tendencia perceptible en la evolución de la jurisprudencia. La demandante no podía, por tanto, prever el giro jurisprudencial efectuado por el TS en 2006, que tuvo como efecto la modificación del alcance de su pena. Por ello concluye que se vulneró el derecho a la legalidad recogido en el artículo 7 del Convenio²⁵⁷.

Los jueces Mahoney y Vehabovic mostraron su desacuerdo tanto con el lado de la línea divisoria entre pena y medida de ejecución de la pena en el que cayó el caso que nos ocupa como con las razones aducidas para distinguir las circunstancias del caso actual de casos anteriores, como los asuntos Hogben c. el Reino Unido, Uttley c. el Reino Unido y Kafkaris c. Chipre [Gran Sala]²⁵⁸.

Recuerdan que la jurisprudencia reiterada del TEDH es muy clara en el sentido de que los Estados Partes, tras la comisión de un delito o incluso tras dictarse condena, pueden modificar el régimen de prisión introduciendo cambios que pueden incidir negativamente en la excarcelación anticipada y, por tanto, en el tiempo que debe permanecerse en prisión, sin por ello entrar en el ámbito de protección del artículo 7 del Convenio. Dado que la «pena» impuesta a Del Río no se había agravado en virtud de la decisión impugnada, no ven motivos suficientes para desviarse de esta jurisprudencia en el presente asunto en el que la eliminación del «derecho» a una remisión de la condena se realizó mediante una interpretación judicial modificada de la legislación española y no mediante una modificación de la propia legislación, como en los asuntos Kafkaris y Uttley²⁵⁹.

En todo caso, entienden que la sentencia de la Gran Sala no pretende anular ni apartarse de esta jurisprudencia bien asentada del Tribunal, sino que responde a las circunstancias excepcionales del caso y al hecho de que la distinción no siempre resulta nítida en la práctica debiendo modularse en el caso concreto.

²⁵⁷ Del Río Prada c. España [Gran Sala], cit., § 77 a 118.

²⁵⁸ Hogben c. El Reino Unido, Decisión de la Comisión de 3 de marzo de 1986, demanda nº 11653/85, Decisions and Reports (DR) 46; Uttley c. Reino Unido (déc.), de 29 de noviembre de 2005, demanda nº 36946/03; Kafkaris c. Chipre [GC], de 12 de febrero de 2008, Reports of Judgments and Decisions 2008.

²⁵⁹ En el asunto Kafkaris c. Chipre se planteó si era contraria al artículo 7 CEDH la modificación legislativa posterior a la condena del demandante que afectaba al régimen de prisión indefinida, ya que suponía pasar de una pena de 20 años de prisión a una pena permanente y revisable. El TEDH entendió que, a pesar de que los cambios en la legislación penitenciaria y en las condiciones de la excarcelación pudieran haber agravado la reclusión efectiva del demandante, no podía interpretarse que estos cambios impusieran una «pena» más grave que la impuesta por el tribunal sentenciador, sino que afectaban a la ejecución de la condena frente a la «pena» impuesta, que seguía siendo la de reclusión indefinida.

B. Sobre la alegada violación del artículo 5.1 del Convenio

El Tribunal recuerda que en su jurisprudencia relativa al artículo 5.1 se ha establecido que toda privación de libertad no sólo debe basarse en alguna de las excepciones de las letras a) a f) (refiriéndose la primera a la privación de libertad tras la condena por un tribunal competente), sino que también deber ser «legal». Ello exige que cualquier arresto o detención tengan una justificación legal en Derecho nacional, pero también afecta a la «calidad de la ley», exigiendo que sea suficientemente accesible, precisa y previsible en su aplicación para evitar cualquier riesgo de arbitrariedad.

El Tribunal no duda de que en el presente caso la demandante ha sido condenada en el marco de un procedimiento previsto por la ley por un tribunal competente. No obstante, debe decidir si la «ley» que autorizaba su privación de libertad más allá del 2 de julio de 2008 era suficientemente previsible en su aplicación. A la luz de las consideraciones que le han llevado a concluir que se ha vulnerado el artículo 7, el Tribunal entiende que la demandante no podía razonablemente prever que el método de cómputo de las redenciones de pena por trabajo serían objeto de una modificación jurisprudencial efectuada por el TS en 2006 y que tal modificación jurisprudencial le sería aplicada y supusiera una pena de prisión de una duración superior a la que se le habría debido imponer en virtud del sistema jurídico español en vigor en el momento de la condena. Por ello, el Tribunal concluye que la privación de libertad de la demandante a partir del 3 de julio de 2008 no es «legal», por lo que declara vulnerado el derecho a la libertad garantizado por el artículo 5.1 del Convenio²⁶⁰. En este punto es unánime la opinión de los jueces que integran las dos formaciones judiciales del TEDH que conocen del asunto, y tampoco se aprecia ninguna voz discordante en la doctrina.

C. La aplicación del artículo 46 del Convenio

En el marco del artículo 46 del CEDH (fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias), el Tribunal recuerda que en supuestos excepcionales (cuando la naturaleza misma de la vulneración constatada no permite realmente elegir entre los distintos tipos de medidas para remediarla), puede decidir indicar una sola medida individual. Teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso y la necesidad urgente de poner fin a las vulneraciones constatadas, el Tribunal entiende que el asunto Del Río Prada se inserta en esta categoría y

²⁶⁰ Del Río Prada c. España [Gran Sala], cit., § 123 a 132.

estima que corresponde a las autoridades españolas poner en libertad a la demandante en el plazo más breve posible²⁶¹.

2.1.4. El Acuerdo de la Sala General del Tribunal Supremo

En cumplimiento de esta Sentencia de la Gran Sala se pronunció el Tribunal Supremo en ACUERDO SALA GENERAL de 12 de noviembre de 2013.

Tras la STEDH de 21 de octubre de 2013, Caso Del Río Prada c. España, y en relación con las condenas que se estén ejecutando con arreglo al Código Penal derogado de 1973, la Sala General del Tribunal Supremo acordó lo siguiente:

“1. En los casos de sentencias condenatorias en ejecución, dictadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2006, en las que se aplique el Código Penal derogado de 1973, por no resultar más favorable el Código Penal de 1995, las redenciones ordinarias y extraordinarias que procedan se harán efectivas sobre el límite máximo de cumplimiento establecido conforme al artículo 70 del referido Código de 1973, en la forma en que se venía haciendo con anterioridad a la sentencia de esta Sala n.º 197/2006, de 28 de febrero.

2. Las resoluciones relativas a las acumulaciones y liquidaciones de condena que resulten procedentes con arreglo al punto anterior, se acordarán en cada caso por el Tribunal sentenciador, oyendo a las partes, siendo susceptibles de recurso de casación ante esta Sala.

3. El Tribunal considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH.”

En virtud al primer punto del Acuerdo, después del Auto que ordenó la puesta en libertad de Del Río Prada (que examinaremos más adelante), se sucedieron una serie de decisiones judiciales por las que se dispuso la libertad de más de setenta personas pertenecientes a ETA además de otros excarcelados por delitos graves²⁶².

El tercer punto del Acuerdo dio lugar al desarrollo legislativo expuesto en el primer apartado del presente estudio de España (Parámetro Legal), la reciente Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1

²⁶¹ Del Río Prada c. España [GC], cit., § 137 a 139.

²⁶² Documentos DH-DD (2013) 1248, Comunicación de España sobre el caso D y el Río Prada contra España (Solicitud Nº 42750/09), 19 de Noviembre de 2013. pp. 8 y 9.

de julio, del Poder Judicial) que introdujo el procedimiento del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, mismo que procede contra una resolución judicial firme que haya sido objeto de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declare que la misma fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio y sus protocolos.

2.1.5. El Auto de la Audiencia Nacional de 22 de octubre

En ejecución de la Sentencia del TEDH Inés del Río fue puesta en libertad por el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 61/2013, de 22 de octubre de 2013, dictado al día siguiente del pronunciamiento del TEDH, cuya parte dispositiva indica lo siguiente:

“1. En cumplimiento de la Sentencia firme de la Grand Chambre del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha de ayer, la LIBERTAD INMEDIATA de la condenada D.ª INÉS DEL RÍO PRADA dejando sin efecto el Auto de la Sección 1a de la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional de 6 de junio de 2008 y la providencia de 23 de junio de 2008.

2. Se declaran extinguidas las responsabilidades penales a las que se refiere la presente ejecutoria por cumplimiento de la condena.

3. Se imputarán al pago de las responsabilidades civiles pendientes, incluso al derecho de subrogación del Estado, la indemnización acordada en dicha sentencia en concepto de daño moral.”

De esta manera, en cumplimiento del indicado Auto, Del Río Prada fue puesta en libertad ese mismo día 22 a las 16:00 horas²⁶³. En cuanto a la indemnización por daño moral, el Estado entendió que ya había sido pagada en su totalidad, en la medida en que fue imputada a disminuir la deuda de la demandante contraída en concepto de responsabilidad civil derivada de los delitos por los que fue condenada y de la que es titular el Estado, por subrogación, al acreditar haber adelantado a las víctimas 1.913.194,50 €. En lo que se refiere a los 1.500 € en concepto de costas y gastos procesales aplica, mutatis mutandis, los mismos argumentos, una vez comprobado que no se debía nada al abogado de la demandante al haber sido pagado por su cliente²⁶⁴.

²⁶³ Documentos DH-DD (2013) 1176, Comunicación de España sobre el caso D y el Río Prada contra España (Solicitud N° 42750/09) 4 de noviembre de 2013.

²⁶⁴ Documentos DH-DD (2013) 1248, Comunicación de España sobre el caso D y el Río Prada contra España (Solicitud N° 42750/09), 19 de Noviembre de 2013.

Unos días después de emitido el Auto que ordenaba la puesta en libertad de Del Río Prada, la Audiencia Provincial de Barcelona y la Audiencia Nacional excarcelaron respectivamente a un violador reincidente y a un miembro de ETA en aplicación de la sentencia del TEDH, a lo que siguió toda una serie de decisiones judiciales que arrojan un saldo de más de setenta personas pertenecientes a ETA que salieron de prisión, a los que hay que sumar otros excarcelados por delitos graves²⁶⁵.

Sin embargo, el aspecto que nos interesa del presente Auto es el desarrollo de su tercer apartado referido a la ejecución del fallo, el mismo se refiere precisamente al tratamiento que recibe el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español. A este respecto afirma que el Convenio Europeo integra el ordenamiento jurídico español, según el art. 96.1 de la Constitución española (Ce), y que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas deben interpretarse de conformidad con los Tratados internacionales (art. 10.2 Ce).

Asimismo reafirma el papel del TEDH como órgano cualificado de interpretación del Convenio, y se refiere al carácter vinculante de las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo, que obligan no solo a los jueces y tribunales, sino también dicha obligatoriedad se hace extensiva a “todos los poderes públicos”²⁶⁶.

Por otro lado, entiende al Principio de Legalidad como sometimiento exclusivo de jueces y tribunales a la ley, fuente única de legitimidad de su actuación, donde sujeción a la ley “*significa vinculación al Convenio y a las decisiones y doctrina de su órgano de garantía jurisdiccional [TEDH]*”.

Finalmente, es interesante la exposición que el presente Auto de la Audiencia Nacional efectúa de la doctrina constitucional sobre la ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. Sobre todo si caemos en cuenta que en ese entonces España no contaba con un

²⁶⁵ *Ibidem*, pp. 8 y 9.

²⁶⁶ El Auto de 22 de octubre de 2013, citando la Sentencia del Tribunal Constitucional 245/1991 (caso Bultó) refiere que: “Los Poderes Públicos, ..., tienen la obligación de tutelar los derechos fundamentales y de reparar cualquier lesión contra los mismos, por lo que no pueden quedarse indiferentes ante la declaración que realice el Tribunal Europeo acerca de la violación de un derecho, ni puede reputarse conforme a nuestro sistema constitucional el mantenimiento de una situación que, aún amparada por la cosa juzgada, puede implicar la lesión actual de un derecho fundamental (Fj 2 y 3, STc 245/1991)”

mecanismo procesal adecuado en su derecho interno que permitiera la reapertura del procedimiento en el que se produjo la vulneración al Convenio.

En ella afirma que en caso de que la jurisdicción ordinaria no ejecutara de manera adecuada la Sentencia del TEDH, sería el Tribunal Constitucional el que tendría que reaccionar anulando una decisión contraria a derecho, y a los derechos humanos básicos del Convenio²⁶⁷. La doctrina parte de la inexistencia en el derecho interno de un mecanismo procesal adecuado para la reapertura del procedimiento en el que se produjo la lesión del derecho fundamental, por falta de desarrollo legislativo. Lo que no puede impedir que el propio Tribunal Constitucional, en el ámbito de su espacio de control y siempre que los tribunales competentes no hubieran dado cumplimiento a la sentencia del Tribunal Europeo, proceda a rescindir las resoluciones judiciales, de manera excepcional, y siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) El TEDH haya declarado violado un derecho del Convenio que sea correlativo a un derecho fundamental constitucionalmente reconocido y susceptible de recurso de amparo,
- b) La vulneración se haya producido como consecuencia de una decisión en el orden jurisdiccional penal,
- c) Los efectos de dicha violación pervivan en el tiempo y permanezcan actuales en el momento de solicitarse la ejecución del fallo de la sentencia del Tribunal Europeo²⁶⁸, y
- d) Que se encuentre afectada la libertad del individuo.

Según esos parámetros, la sentencia Del Río Prada contra España es de las que deberían provocar, en un recurso de amparo si el tribunal de ejecución no hubiese estimado la pretensión de libertad, la rescisión de las resoluciones judiciales firmes que hubieran provocado la lesión actual del derecho a la libertad. Sin embargo, sin necesidad de provocar un recurso de amparo, la Audiencia Nacional dio cumplimiento a la Sentencia del TEDH disponiendo todo lo que hemos ya expuesto al principio de este apartado.

²⁶⁷ Esta doctrina constitucional se ha ido perfilando en posteriores pronunciamientos: la STc 96/2001 (caso Castillo Algar, STedh 28.10.1998), contra denegación de un recurso de revisión de sentencia, la queja se refería al derecho a la tutela efectiva; la STc 240/2005 (caso Riera Bulme), STc 313/2005 (caso Perote Pellón) y STc 197/2006 (caso Fuentes Bobo).

²⁶⁸ Este requisito, al igual que los otros en menor medida, ha sido el modelo en base al cual se han introducido las reformas a los Artículos 5 bis. de la LOPJ de 2015; los Artículos 328.2 y 504.2 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar; el Artículo 102.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; y los artículos 510, 511 y 512.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

C. Conclusiones:

De un primer vistazo a la "variedad constitucional" que existe en términos de las disposiciones constitucionales dedicadas a la relación entre el CEDH y las normas nacionales antes analizadas, advertimos algo así como una brecha entre el estado formal de la normativa del CEDH y su real valor y naturaleza. Teniendo en cuenta esa premisa a modo de conclusión vamos a describir algunas tipologías de las disposiciones constitucionales estudiadas, apoyándonos en un libro reciente de Heller y Stone Sweet²⁶⁹ que señala la variedad de disposiciones constitucionales relativas al CEDH que figuran en los documentos nacionales. De hecho, mirando a las disposiciones constitucionales estudiadas en el presente trabajo y que rigen los efectos de las normas del CEDH en los ordenamientos nacionales se puede apreciar tal variedad respecto de las formas nacionales de concebir la relación entre los niveles constitucionales:

1. Hay algunas constituciones que reservan un estatus particular a la legislación del CEDH, que lo distingue del derecho internacional público. Un ejemplo de ello es Italia, cuya constitución dispone en el Art. 117: "*El poder legislativo pertenece al Estado y las regiones, de conformidad con la Constitución y dentro de los límites establecidos por el Derecho de la Unión Europea y las obligaciones internacionales*" Prestando atención a esta disposición, muchos comentaristas han hecho hincapié en la distinción entre los límites del CEDH y las demás obligaciones internacionales. Esta idea también contó con el apoyo de la *Corte Costituzionale* Italiana en las dos sentencias n. 348 y 349/2007, como veremos en el estudio italiano.
2. En segundo lugar, hay constituciones que reconocen la situación especial de los tratados internacionales de derechos humanos o de algunos de esos tratados. En el caso estudiado de España (ver Art. 10 de la Constitución española²⁷⁰) tal declaración es vista como un apoyo a la interpretación de las disposiciones constitucionales que consagran los derechos humanos.

²⁶⁹ Heller, H. - Stone Sweet, A. (eds.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, OUP, 2009.

²⁷⁰ Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del poder Judicial, 1999.

3. En tercer lugar, hay algunas Constituciones o leyes fundamentales que no parecen distinguir entre el derecho internacional y el del CEDH.

Según otra clasificación²⁷¹, el estado del CEDH en el ordenamiento jurídico interno se puede resumir de la siguiente manera:

- a) Hay algunas constituciones que se caracterizan por el reconocimiento de un rango constitucional dado al CEDH en el orden jurídico interno: por ejemplo, el caso estudiado de Austria (esencialmente estados de tradición monista).
- b) Algunos estados se caracterizan por el reconocimiento de un rango Supra-legal en el orden jurídico interno: por ejemplo, Francia, Bélgica y España.
- c) Otros estados se caracterizan por el reconocimiento de un rango legal en el orden jurídico interno: El Reino Unido. Cuando se limita a la lectura del texto constitucional se podría incluir países como Alemania en el tercer grupo, pero, como habíamos visto en el estudio específico, el Tribunal Constitucional alemán hizo un aporte fundamental en el esclarecimiento de la fuerza vinculante interna del CEDH.

Observando a la ley en la acción de su efectiva aplicación, se puede ver cómo en algunos ordenamientos jurídicos el CEDH es visto como instrumento de interpretación en relación a las disposiciones constitucionales nacionales en materia de derechos humanos; en otros casos el CEDH se entiende como parte del ordenamiento nacional gracias a un enfoque monista (el caso de Bélgica²⁷²); en otras experiencias, esto no parece ser lo mismo, dada la tradición dualista (Italia y Alemania)²⁷³. A pesar de todas estas diferencias, estudios recientes²⁷⁴ han señalado el progresivo acercamiento entre los ordenamientos jurídicos europeos con respecto a la "posición" del CEDH en el ordenamiento jurídico interno. Dicha convergencia es el logro de las diferentes instancias nacionales: a veces los principales promotores de tal acercamiento son los legisladores, en otras circunstancias, los Tribunales Constitucionales o Supremos, a veces los jueces ordinarios. Esto a pesar de la posición

²⁷¹ Montanari, Laura, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Giappichelli. Torino, 2002.

²⁷² E. de Wet, "Belgium and the Netherlands". En: H. Heller-A. Stone Sweet (editores). *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: OUP; 2009, p. 235.

²⁷³ Lambert Abdelgawad, Elisa, "France and Germany", En: H. Heller-A. Stone Sweet (editores). *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: OUP; 2009, p. 141.

²⁷⁴ H. Heller-A. Stone Sweet (editores). *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: OUP; 2009, pp. 677-711, 685-686.

formal establecida por los textos constitucionales y pese al dualismo o monismo del enfoque de partida²⁷⁵.

Si bien se reconoce generalmente una fuerza Supra-legal al CEDH, la relación entre el CEDH y la supremacía constitucional es un asunto más complicado:

- d) Algunos ordenamientos internos reconocen la posición del CEDH como una "norma interpuesta"²⁷⁶ en la judicatura constitucional italiana (véase el caso italiano n. 348 y 349/2007²⁷⁷), aunque en estas sentencias, el Tribunal Constitucional italiano también hizo hincapié en la necesidad de que el CEDH sea coherente con la Constitución como tal. Este resultado ha sido alcanzado por la *Corte Costituzionale* italiana, a través del razonamiento dirigido a distinguir el CEDH de los otros Tratados Internacionales.
- e) En otros países (en Alemania, por ejemplo - ver *Görgülü c. Alemania*, n. 74969/01²⁷⁸) la judicatura constitucional ha identificado algunos límites constitucionales específicos contra la penetración del CEDH. Esto parece implicar una naturaleza supra-legal del CEDH y confirma la importancia del *formante judicial* puesto que tal carácter supra-legal

²⁷⁵ Esta conclusión es apoyada también por Keller y Stone Sweet: "En resumen, no hay necesariamente una vinculación causal entre el monismo o el dualismo ex ante, por una parte, y la recepción del CEDH en la otra. Dicho de otra forma, la manera en la que se incorpora el CEDH es un resultado del proceso de recepción, el que, a su vez, incidirá en la recepción ex post. La suposición de que los Estados dualistas tienen, a priori, una actitud hostil hacia el derecho internacional, y que, por lo tanto, generarán un historial de derechos relativamente más pobre, es insostenible. Ese reconocido punto, ha sido, sin embargo, visto por algunos Estados -incluyendo Irlanda, Noruega, Italia, Suecia y el Reino Unido- dificultoso para conferir rango supra-legal sobre a la Convención, precisamente a causa de su naturaleza dualista, aunque hay una gran variación aun entre este pequeño grupo de países. Otros Estados dualistas (especialmente Bélgica) lo han hecho de forma relativamente rápida y fácil. Países dualistas tienden a incorporar el Convenio a través de la ley, mientras que los Estados monistas tienden a hacerlo a través de las decisiones judiciales. Es evidente que una estructura constitucional monista puede proporcionar al poder judicial más libertad de acción en el proceso de recepción, como en los Países Bajos, que ayudan a los tribunales a superar ciertos obstáculos cuando están motivados a hacerlo. Por último, en los países dualistas, donde un poderoso Tribunal Constitucional o Supremo defiende los derechos humanos nacionales, se observa reticencias entre los jueces a basar sus resoluciones sobre la Convención como una fuente independiente de derechos. Este es el caso de Alemania, Italia e Irlanda. Paradójicamente, quizás, una preexistente tradición judicial de los derechos humanos en un determinado país en ocasiones puede obstaculizar la recepción de la Convención o, al menos, la jurisprudencia del TEDH ", H. Heller-A. Stone Sweet (editores). *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: OUP; 2009, pp. 685-686.

²⁷⁶ Pignatelli, Nicola, "La dilatazione della tecnica della "interposizione" (e del giudizio costituzionale)". [Internet], [citado 19 Nov 2015]. Disponible en línea: www.forumcostituzionale.it

²⁷⁷ Sentencia 348/2007: "Los tribunales ordinarios no tienen la facultad de no aplicar la norma legal ordinaria considerado el contraste con una norma del CEDH, presentando la supuesta incompatibilidad entre las dos como una cuestión de legitimidad constitucional, por la posible violación del artículo. 117 de la Constitución. De jurisdicción exclusiva del juez de la ley.". [Internet], [citado 19 Nov 2015]. Disponible en línea: www.cortecostituzionale.it.

²⁷⁸ *Görgülü c. Alemania*, n. 74969/01. [Internet], [citado 19 Nov 2015]. Disponible en línea: www.echr.coe.int/echr.

no se infiere a partir del análisis de la Grundgesetz alemana (GG). De acuerdo con el art. 59 GG. la aplicación del CEDH en Alemania viene dado por una ley ordinaria (una fuente primaria de la ley)²⁷⁹.

- f) En otros países el CEDH desempeña el papel de una constitución sombra (Bélgica, Francia²⁸⁰). En Francia, se puede explicar por la concepción de la Constitución como un documento abierto que admite la integración. La jurisprudencia del Consejo Constitucional en el “bloque de constitucionalidad” ha confirmado este enfoque en los últimos años. El primer paso fue la decisión n. 88 a 1082 DC del 21 de octubre 1988 en el que el Consejo dio a la aplicación directa al CEDH, integrándolo en el “*bloc de constitutionnalité*”, concibiendo la Convención como parámetro legal que debe tenerse en cuenta en la evaluación de la validez constitucional de las normas. Dos años más tarde, el Consejo recordó el legislador del deber de “*respetar los compromisos internacionales asumidos por Francia y las libertades fundamentales y los derechos de rango constitucional otorgado a todos los que residen en el territorio de la República*”²⁸¹.

Por otra parte, la eficacia de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo varía en función de la diversa solución nacional. A veces, el propio acto de ejecución dispone el deber de los jueces a tomar en cuenta la jurisprudencia de Estrasburgo (véase, por ejemplo, la Ley de Derechos Humanos del Reino Unido de 1998). En otros casos, un efecto similar es reconocido por la doctrina judicial y a la ausencia de una disposición legal (Alemania).

²⁷⁹ Art 59 (2): “(2) Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración federal”.

²⁸⁰ H. Heller-A. Stone Sweet (editores). *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: OUP; 2009, pp. 677-711, 686.

²⁸¹ Calamo Specchia, M., “The Constitutional Council and the European Courts: from indifference to the dialogue?”, En G.F. Ferrari (ed.), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, ESI, 2006, p. 343.

BIBLIOGRAFÍA:

- Alen, A., *Compendium of the Belgian Constitutional Law*, Antwerp, Kluwer, 2000, Part I, p. 42.
- Biglino Campos, P. (2013). El acceso individual ante los Tribunales Constitucionales y el Control de Convencionalidad en Europa. En Tribunal Constitucional de Perú, & Comisión de Venecia, *El Acceso individual a la Justicia Constitucional en América Latina* (pág. 47 a 51).
- Beatson, J., *Human Rights: Judicial Protection in the United Kingdom*, Sweet & Maxwell, Londres, 2008.
- Cacho Sánchez, Yaelle, *Fundamento de las Críticas al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Del Río Prada c. España*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Nº 48, Año 18, Madrid, 2014, pp. 491 a 518.
- Calamo Specchia, M., "The Constitutional Council and the European Courts: from indifference to the dialogue?", En G.F. Ferrari (ed.), *Corti nazionali e corti europee*, Napoli, ESI, 2006, p. 343.
- Cohen-Jonathan, "Place of the ECHR in the french law", in F. Sudre (djr.) *The French law and the European Convention on Human Rights before national courts, 1974-1992*, Khel Strasbourg and 1994 Arlington, Engel, I. p.5.
- Cremer, H.], 'Decision and Decision action', En: Grote, R., Marauhn, T., *Concordance Comment, the European and German protection of fundamental rights*, 2006, p. 1760.
- D'Atena A., "The new constitutional discipline of international relations and the European Union", en *Rasscgna*, 2002, 916.
- De Schutter & Van Drooghenbroeck, S., "The international human rights law in the national court" in the great judgments of the Belgian courts, Brussels, Larcier, 1999, p.539.
- De Londras, F., & Kelly, C., *The European Convention on Human Rights Act: Operation, Impact and Analysis* (forthcoming Roundhall Dublin), 2010, p 1-8.
- Debet, A., *The influence of the European Convention on Human Rights on civil law*, Paris, 2002, Dalloz, p. 157.
- Diez Picazo Giménez, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, 2005, pp. 330-339.
- Dutheillet Lamothe, O. "The European Convention and the Constitutional Council", 2008, INCD, p. 293.
- E. de Wet, "Belgium and the Netherlands". En: H. Heller-A. Stone Sweet (editores). *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: OUP; 2009, p. 235.
- Egan, S., "The European Convention on Human Rights Act 2003: A Missed Opportunity for Domestic Human Rights Litigation", 2003, 25 *Dublin University Law journal*, pp. 240-242.

- Ergec, R., "The Consecration of the judicial primacy of supranational law over the Constitution", 1997, JT, p. 256.
- Ewing, K., "The Futility of the Human Rights Act", 2004, Public Law, p. 829.
- Fennell, S., "Back to the Drawing Board? Ireland and the European Convention on Human Rights Bill 2001", 2000, 10 Irish Student Law Review, pp. 169, 171.
- Fernández Sánchez, PA., Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia, 1987, p. 128.
- Ferreres Comella, V., "The European model of constitutional review of legislation: toward decentralization?", International journal of Constitutional Law, 2004/, p. 484.
- Ferreres Comella, V., "El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en tomo a la idea de diálogo ", en Saiz Arnaiz y Zelaia Garagarza (eds.), Integración Europea y Poder Judicial, IVAP, 2006, pp. 252-253.
- Gearty, C.A., Can Human Rights Survive? The Hamlyn Lectures 2005, Cambridge University Press 2006.
- Giegerich, T., ECHR range and effects in the legal systems of the Member States, En: R. Grote, T. Marauhn, EMRK/GG Comentarios, European and German protection of fundamental rights, Mohr Siebeck, 2006, pp. 82-84.
- Grabenwarter, C., *European Convention on Human Rights*, 4th ed, CH. Beck, Manz, 2009, pp. 19, 98.
- Heller, H. - Stone Sweet, A. (eds.), A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems, Oxford, OUP, 2009, pp. 685-686.
- Hogan, G., & Whyte, J.M. Kelly, The Irish Constitution 4th Edition, Tottel Dublin, 2003.
- Jabloner, C., "Comentario del artículo 129", En: Korinek, K., Holoubek, M., *Comment on the Austrian Federal Constitutional Law*, 2009, p.7.
- Jarass, H., "Comentario del artículo 23», En H. Jarass, B. Pieroth, *Basic Law for the Federal Republic of Germany to comment*, 10a ed., p. 38.
- Karl, W., 'The execution of judgments of the European Court of Human Rights in Austria', En: W. Hummer (ed), Austria in Euro Europe 1956-2006, Bohlau, 2008, p. 690.
- Klug, F., Values for a Godless Age: *The Story of the United Kingdom's New Bill of Rights*, Penguin London, 2000.

- Kotzur, Markus, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Un Actor Regional al Servicio de los Derechos Humanos Universales*. En Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Nº 16, Madrid, 2012, p. 229.
- Lambert Abdelgawad, Elizabeth, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Técnica de las Sentencias Piloto: Una Pequeña Revolución en Marcha en Estrasburgo*. Revista de Derecho Político, INED, Núm. 69, 2007, pp. 355-383.
- Lavranos, N., "Solange-Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions among International Courts and Tribunals", en Loy L. A. Int'l & Como. L. Rev., 2008, p.101.
- Montanari, Laura, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Giappichelli. Torino, 2002.
- O'Connell, D., "Watched Kettles Boil (Slowly): The Impact of the ECHR Act 2003", En: Kilkelly, U. (ed.), *ECHR and Irish Law 2nd Rev Ed*, Jordan Publishing Bristol, 2009, p. 20.
- Olcresek, W., "Commentary on Article 46 ECHR", En: K. Korinek, Holoubek M. (eds), *Kommentar zum Österreichischen Bundmafassungsrecht*, Springer, 1999, número marginal 9.
- Oliver, D., "The Frontiers of the State: Public Authorities and Public Functions under the Human Rights Act", 2000, Public Law 476.
- Pastor Ridruejo, José Antonio, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La Reforma de la Reforma*. En Anuario Jurídico de La Rioja, Nº 7, La Rioja, 2001, pp. 429 a 440.
- Popelier, P., "The relationship between the Belgian Constitution and international law", En: *A tribute to Francis Delpérée. Itineraries of a constitutionalist*, Brussels-Paris, Bruylant-LGD, 2007, p. 1242.
- Pinelli, C., "Los límites generales al poder legislativo y regional del Estado y las relaciones con el Derecho comunitario", 2.001, foro italiano, V, 194.
- Pinelli C., "The jurisdictional treatment of the ECHR and laws conflicting with it", *Constitutional Law*, 2008, p. 3475.
- Queralt Jiménez, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, 2008, pp. 207-208.
- Ripol Carulla, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español: la incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, 2007, pp.119-122.
- Saiz Arnaiz, A., *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, 1999, pp. 156-277.

Schumann, E., 'At last, after more than 50 years: The finding of the violation of human rights by the ECHR is in Germany for civil procedure restitution reason', (NWV 2008), 902.

Tega, D., "El CEDH y el sistema italiano", en Gambia M. (ed.), *El Derecho en acción*, Bolonia, El Molino, 2007, 67 y ss.

Van Nuffel, P., "*The questions referred to the Court of Justice after the Treaty of Lisbon*", 2009-2010, *Rechtskundig Weekly*, p. 1162-1169.

Velu, J., *Constitutionality Control and control compatibility with the Treaties*, Brussels, Belgian Official Gazette, 1992, p. 146.

Waldron, J., *Nonsense Upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, London Routledge, 1987.

Walter, R., Mayer, H., Kucsko-Stadlmayer, G., *Federal Constitutional Law*, 10. ed., 2007, p. 283.

DOCUMENTOS EN RED:

Carlotto, I., "Judges common and international obligations after the judgments n. 348 and n. 349 of 2007 of the Constitutional Court: Following the analysis of case law," 2008. Disponible en red: www.associazionedeicostituzionalisti.it

Cartabia, M., "Taking Dialogue Seriously' The Renewed Need for a Judicial Dialogue at the Time of Constitutional Activism in the European Union", Jean Monnet Working paper, 12/07, 2007, Disponible en red: <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers.html>.

Pignatelli, Nicola, "La dilatazione della tecnica della "interposizione" (e del giudizio costituzionale)". [Internet], [citado 19 Nov 2015]. Disponible en línea: www.forumconstituzionale.it

Información General del TEDH (1959-2014), preparada por la Unidad de Relaciones Públicas, Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Internet], febrero 2015 [citado 27 Oct 2015]. Disponible en red: <http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court&c=>

Consejo de Estado, División de la legislación, Consejo de 15 de febrero de 2005, Parl.Doc. Senado 2004-2005, no.1091 / 1, 530, Disponible en red: www.senate.be

Decisiones de la Corte Constitucional de Italia nn. 348. 349/2007 y nn. 311 y 317/2009; Ver los informes en idioma Inglés por Gianluca Gentili en *Palomar Italia*, 11. I, 2008 y *Palomar Italia*, n. 9, 20 m. Disponibles en red: <http://www.uninit/dipec/palomar/enarchivohtml>.

Discurso del Sr. Dean Spielmann, Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Palacio de Europa, Estrasburgo, 7 de julio de 2014. Disponible en red: http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20140707_Spielmann_ENG.pdf