

UN NUEVO MARCO DE RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Santiago RIPOL CARULLA

Catedrático de Derecho internacional público
Universidad Pompeu Fabra

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. LA QUIEBRA DEL MARCO DE RELACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, UNA EXTERNALIDAD DE LA LO 6/2007.—1.1. La tradicional relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.—1.1.1. Contexto: un doble proceso de reforma.—1.1.2. El TC como engarce entre los sistemas español y europeo de protección de derechos.—1.1.3. La fertilización cruzada entre las doctrinas del TC y el TEDH.—1.2. La objetivación del recurso de amparo.—1.2.1. El nuevo recurso de amparo.—1.2.2. Sobre la compatibilidad de la reforma con el CEDH.—1.3. Consecuencias de la objetivación del recurso de amparo en las relaciones entre el TC y el TEDH.—1.3.1. El traspaso de la función tutelar de los derechos fundamentales.—1.3.2. El aumento de la conflictividad de España en Estrasburgo y la aparición de asuntos repetitivos.—2. LA REDEFINICIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE EL TC Y EL TEDH.—2.1. Punto de partida: la noción de «especial trascendencia constitucional».—2.2. La Sentencia del TC como elemento necesario para la correcta recepción de la doctrina del TEDH.—2.2.1. La investigación oficial de la tortura (art. 3 CEDH; art. 24.1 en relación con art. 15 CE).—2.2.2. Las garantías del debido proceso y el principio de intermediación (art. 6.1 CEDH; art. 24.2 CE).—2.2.3. Políticas migratorias y el derecho a la vida familiar (art. 8.1 CEDH; arts. 18.1 y 39.1 CE).—2.3. La Sentencia del TC y la exposición de los rasgos singulares del Derecho español.—2.3.1. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 6.1 CEDH; art. 24.2 CE).—2.3.2. La protección de la vida privada en el domicilio frente a las inmisiones inmatrimoniales (art. 8 CEDH; art. 18.1 CE).—A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS SENTENCIAS DEL TEDH COMO SUPUESTO DE «ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL».

INTRODUCCIÓN

Desde que hace seis años entró en vigor la LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, ha habido

un cambio en las relaciones entre el Tribunal Constitucional (en adelante TC) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH). Esta modificación del marco de relación entre el TC y el TEDH no fue buscada por el legislador orgánico, el cual, a la vista de los trabajos legislativos y de la propia Exposición de Motivos de la Ley, no llegó siquiera a plantearse esta posibilidad¹.

Sin embargo, como se analiza en el apartado primero de este estudio (1. La quiebra del marco de relación del Tribunal Constitucional con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una externalidad de la LO 6/2007), tal cambio en las relaciones entre ambos Tribunales se ha producido y está conllevando unas consecuencias no siempre positivas, por lo que puede afirmarse que nos hallamos ante una externalidad² de la reforma. En efecto, el TC ha perdido el importantísimo papel de engarce entre los sistemas español y europeo de protección de derechos que cumplía hasta 2007 y ello ha comportado, entre otros extremos, una mayor conflictividad de España ante Estrasburgo y la aparición de asuntos repetitivos, que expresan una deficiente recepción por los tribunales españoles de la doctrina del TEDH.

Resulta, por tanto, necesario redefinir el papel del TC en el nuevo marco de relación entre el TC y el TEDH surgido de la reforma de la LO 6/2007. A esta cuestión, y partiendo de la práctica reciente de ambos tribunales, se dedica la parte segunda del trabajo (2. La redefinición de las relaciones entre el TC y el TEDH).

1. LA QUIEBRA DEL MARCO DE RELACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, UNA EXTERNALIDAD DE LA LO 6/2007

1.1. La tradicional relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1.1.1. Contexto: un doble proceso de reforma

Según se indica expresamente en la Exposición de Motivos de la LO 6/2007, la nueva regulación del amparo trataba de responder a la sobrecarga que sufría el Tribunal Constitucional a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Tal sobrecarga obedecía al «crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo

¹ Véase CORTES GENERALES, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (DSCD)*. Comisiones, año 2007 VIII Legislatura, núm. 769. Sesión de la Comisión constitucional, núm. 30, celebrada el lunes, 5 de marzo de 2007. CORTES GENERALES, *DSCD. Pleno y Diputación Permanente*, año 2007, VIII Legislatura, núm. 240, Sesión plenaria núm. 222, celebrada el jueves, 15 de marzo de 2007; CORTES GENERALES, *Diario de Sesiones del Senado (DS)*. Pleno, núm. 121, de 9 de mayo de 2007.

² Externalidades son «las ventajas o las inconveniencias que surgen cuando una decisión de consumir o producir genera cierta incidencia positiva o negativa en el entorno». TAMAMES, R., *Diccionario de economía*, 6.ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1993.

el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal», y tenía como consecuencia tanto un detrimento de la atención prestada a los procedimientos de constitucionalidad de las leyes como «la lentitud en los procedimientos que se desarrollan ante este Tribunal»³.

Por otra parte, aunque no lo hiciera de forma expresa, la Exposición de Motivos se refería también al hecho de que la gran mayoría de las demandas de amparo tenía carácter repetitivo, esto es, planteaba al Tribunal cuestiones sobre las que éste se había pronunciado previamente y sobre las que, por tanto, tenía ya una doctrina clara y bien establecida.

Con todo, la modificación del marco relacional entre el TEDH y el TC no obedece sólo a la reforma de las reglas de admisibilidad del recurso de amparo operada por la LO 6/2007. También el legislador internacional, esto es, todos los Estados parte en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH), ha procedido a reformar las reglas de admisibilidad de las demandas individuales planteadas ante el Tribunal de Estrasburgo. Las causas que están en el origen de esta reforma son exactamente las mismas que las que, según se ha indicado, dieron lugar a la reforma de la LOTC, a saber: un incremento muy importante de las demandas recibidas; el reconocimiento de la incapacidad del TEDH para realizar satisfactoriamente su labor⁴; y, finalmente, un elevado número de demandas relativas a asuntos repetitivos⁵.

³ Esta es la razón fundamental de la Reforma. El Sr. Jáuregui, portavoz del Grupo Socialista, lo expuso del siguiente modo: «En 1981 se recibieron en el Tribunal 386 recursos. En 2004, 7.951. En 2005, 9.700. Aproximadamente un crecimiento anual del 25 por 100. Pero en el primer trimestre de 2006 el crecimiento fue del 64 por 100. Se habían recibido 3.700 recursos sólo en el primer trimestre, muchos de ellos en relación con la inmigración, con la extranjería, con la reivindicación de la libertad personal del art. 17 o con la tutela judicial en relación con el fenómeno migratorio» (*DSCD*, núm. 769, p. 15). En la sesión del Pleno del Congreso que debatió el Proyecto añadió: «La presidenta del Tribunal Constitucional, señorías, ha calificado esta reforma de absolutamente necesaria y de extraordinariamente urgente, y es verdad. Quiero que ustedes sepan, señorías, que en este momento el tribunal tiene más de 12.000 recursos de amparo pendientes de admisión que, literalmente, le colapsan y le impiden atender otras y muy importantes funciones» (*DSCD*, núm. 240, p. 12141).

Por lo demás, en las intervenciones de los representantes de los Grupos Parlamentarios Catalán, Popular y Socialista se hizo constar que el Proyecto de LO se tramitó a instancias del propio TC. En efecto, el Sr. Jané afirmó que «este proyecto de ley fue impulsado desde el interior del mismo Tribunal Constitucional, que nos sugería al legislador que tomáramos medidas para, de alguna manera, facilitar el trámite de esa cantidad de recursos de amparo que prácticamente suponen la actividad mayoritaria del Tribunal Constitucional» (p. 8); afirmación que fue ratificada por los Sres. Astarloa (p. 12) y Jáuregui (p. 15). En *DSCD*, núm. 769.

⁴ Esta cuestión se plantea a raíz sobre todo de la incorporación al CEDH de los países de Europa central y oriental, desde los que proceden numerosos asuntos sobre los que no existía jurisprudencia porque nunca habían sido planteados al Tribunal; son asuntos además relacionados con la defensa de los derechos humanos básicos, como los derechos a la vida, a la integridad física o la libertad. En *CEDH - Analyse Statistique 2012*, gráfico 3 (p. 8), se indican los Estados partes que a fecha 31 de diciembre de 2012 poseen más de 3.000 demandas pendientes ante una formación judicial: Polonia (3.100), República de Moldova (3.250), Reino Unido (3.300), Bulgaria (3.850), Rumania (8.700), Serbia (10.059), Ucrania (10.450), Italia (14.200), Turquía (16.900) y Rusia (28.600).

⁵ Están expuestas en *Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention. Rapport explicatif*, epígrafes 7 a 14 (Le problème de surcharge de la Cour).

En consecuencia, a través de decisiones del Comité de Ministros y posteriormente a través de la reforma de los textos de base del sistema —aprobación del Protocolo 14, firmado en 2004 pero entrado en vigor en 2010⁶—, así como por la posterior modificación de las Reglas de procedimiento del TEDH, de 21 de febrero de 2011 —que incorporó el denominado procedimiento de la sentencia piloto (art. 61)⁷— se ha introducido un trámite de admisión más expeditivo. Corresponde ahora a las Secciones (que pueden operar incluso en forma de juez individual) la decisión sobre la admisibilidad de la demanda. Mediante esta reforma se procura asimismo que las Sentencias del TEDH se centren sólo en aquellos casos en los que previsiblemente ha habido una violación de uno de los derechos del Convenio⁸.

1.1.2. *El TC como engarce entre los sistemas español y europeo de protección de derechos*

Sin embargo, la reforma del sistema europeo en poco había de afectar a España, un Estado que se ha caracterizado tradicionalmente porque el número de demandas individuales presentadas por residentes en España es, en términos relativos, escaso⁹; por el bajo número de demandas reiterativas; y, en buena lógica, porque el número de Sentencias del TEDH que declaran que España ha vulnerado el Convenio es, nuevamente en términos relativos, escaso¹⁰.

Si esto es así, es decir, si el nivel de conflictividad de España ante el TEDH presenta esta ratio, es en buena medida gracias al papel desarrollado por el TC como elemento de conexión entre los sistemas español y europeo de protección de derechos.

En este sentido, el TC ha venido cumpliendo una triple función.

⁶ Dado que el proceso de ratificación del Protocolo 14 se prolongaba en exceso, se aprobó —con carácter provisional (art. 9)— el denominado Protocolo 14 bis, dirigido a hacer posible la entrada en vigor anticipada de dos elementos esenciales de la reforma prevista, a saber, la formación de juez único y la competencia ampliada del Comité de Tres. Del mismo modo se aprobó la adopción de un acuerdo de aplicación provisional (Declaración de Madrid de 12 de mayo de 2009), que dio lugar a una Adenda al Reglamento de la CEDH, de 1 de julio de 2009.

⁷ De 21 de febrero de 2011. CEDH, *La procédure de l'arrêt pilote. Note d'information du greffier*, Estrasburgo, 2011.

⁸ Véase, con carácter general, COHEN-JONATHAN, G. y FLAUSS, J.-F. (dirs.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme: Le Protocole n° 14 et les Recommandations et Résolutions du Comité des ministres. Actes du séminaire organisé à Strasbourg le 7 juillet 2004 par l'Institut international des droits de l'homme (Institut René Cassin)*, Bruselas, Bruylant (etc.), 2005.

⁹ Situándose en torno al 0,15 por 100. En 2009 fue del 0,14 por 100; 2010, 0,15; 2011, 0,17 y 2012, 0,15. En *CEDH - Analyse Statistique 2012*, Tabla 2 (p. 11). A fecha 31 de diciembre de 2012, España tiene 653 asuntos pendientes ante una formación judicial [*ibid.*, gráfico 33 (p. 26)].

¹⁰ Hasta el 31 de diciembre de 2012, el TEDH ha dictado un total de 113 sentencias en las que España ha sido el Estado demandado. En 73 ocasiones ha constatado la violación de uno de los derechos recogidos en el CEDH, 35 sentencias declaran que no ha habido tal violación, dos sentencias se corresponden con procedimiento de arreglo amistoso y otras tres hacen referencia a la satisfacción equitativa como modo de reparación. CEDH; *Rapport annuel 2012*, p. 162.

1) El Tribunal ha centralizado las quejas y las dudas sobre la adecuación a la Constitución de la aplicación de las disposiciones del CEDH por los tribunales ordinarios, a través, respectivamente, del recurso de amparo y de la cuestión de inconstitucionalidad.

Los tribunales ordinarios pueden basar sus decisiones en las disposiciones del CEDH, dado que han sido incorporadas al Derecho español (art. 96.1 CE)¹¹. Por lo demás, deben recurrir a las normas de Derecho internacional de protección de los derechos humanos para interpretar las normas internas sobre derechos fundamentales (art. 10.2 CE). Ahora bien, las resoluciones judiciales no pueden contravenir la Constitución y sobrepasar o contrariar el contenido que ésta otorga a los derechos fundamentales, de tal manera que si un tribunal ordinario basara formalmente sus decisiones en normas de la CEDH o en la interpretación de la misma hecha por el TEDH, nada impediría la eventual revisión de esta resolución judicial por el TC si así lo pidiera el legitimado, alegando la vulneración bien de un derecho fundamental sustantivo, bien de su derecho a la tutela judicial efectiva.

2) El TC ha determinado el contenido constitucionalmente válido de los derechos fundamentales. Al hacerlo, como es sabido, el TC ha tomado en muy buena consideración la doctrina del TEDH, que ha utilizado en numerosas ocasiones como *ratio decidendi* de sus sentencias. Así lo hizo, en efecto, en los primeros años de su actividad, reconociendo «la decisiva relevancia» de las disposiciones del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH por la remisión contenida en el art. 10.2 CE (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3); y así ha continuado haciéndolo hasta la actualidad cuando, advirtiendo una disparidad entre la doctrina del TEDH y la suya propia ha considerado conveniente rectificar esta última «para adaptar más estrictamente la interpretación constitucional» de un determinado derecho fundamental a las exigencias del Convenio, «ateniéndonos así al criterio interpretativo establecido en el art. 10.2 CE»¹². Esta interpretación auténtica y definitiva de la norma constitucional,

¹¹ Desde la doctrina constitucionalista, sin embargo, se sostiene que, dado que sólo pueden garantizar los derechos y libertades fundamentales de acuerdo con las disposiciones de la Constitución que los reconocen y garantizan, los tribunales ordinarios no pueden fundamentar su decisión sobre una disposición del Convenio; en todo caso, podrían hacerlo sobre la interpretación que de esta última haya hecho el Tribunal Constitucional. Véase «Rapport du Tribunal constitutionnel du Royaume d'Espagne», en *12e Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes relations entre les Cours, Bruxelles, 2002, Les relations constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière, de l'action des juridictions européennes. Vol. I: Rapports*, Bruselas, Cour d'Arbitrage, 2005, pp. 381-401 (399-400).

¹² A modo de ejemplo, SSTC 167/2002, de 18 de septiembre, FJ 9, y 120/2009, de 18 de mayo, FJ 6, en las que el TC, sustentando su argumentación en la doctrina del TEDH, procede a una nueva delimitación de las garantías del derecho a un proceso equitativo en la segunda instancia penal. Véase apartado 2.2.2. Sobre el alcance del art. 10.2 CE, véase, SAIZ ARNAIZ, A., «Art. 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», en CASAS BAAMONDE, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, C. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Walters Kluwer, 2008, pp. 193-208, y la bibliografía en él citada. También, RIPOL CARULLA, S., «Constitución y tratados internacionales: la función integradora del Tribunal Constitucional», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (dir.) y PASTOR PALOMAR, A. (coord.), *Los derechos*

cuyo contenido queda modelado por el CEDH, se impone a los tribunales ordinarios (art. 5.1 LOPJ).

3) El TC ha desarrollado una función explicativa del Derecho español, contribuyendo de forma indirecta a la calidad y a la legitimidad de la jurisprudencia del TEDH relativa a España. Ciertamente, las sentencias del TC analizan determinadas instituciones jurídicas, valoran la práctica de los tribunales y de la Administración, exponen los motivos por los que el contenido de determinado derecho fundamental ha de ser uno y no otro, etc. Esta exposición del Derecho español y su posterior fijación, que se recoge en el razonamiento de las sentencias del TC ha resultado extremadamente útil para el TEDH que, como es sabido, debe valorar la adecuación al CEDH del Derecho interno del Estado tal y como éste es interpretado por las autoridades nacionales. Por esta razón el TEDH ha tomado en gran consideración las resoluciones del TC, última instancia del ordenamiento español en materia de protección de los derechos fundamentales (art. 123.1 CE)¹³. De este modo, el TC ha realizado una tarea esencial para que el TEDH ejerza eficazmente su labor y mantenga la calidad técnica de sus resoluciones referidas a España. Es cierto que esta función corresponde también a otras instancias: el cuerpo de letrados españoles del TEDH, los agentes que defienden al Estado en el procedimiento en Estrasburgo, incluso el juez nacional español. Pero, como demuestra la práctica, las resoluciones del TC (Sentencias, Autos e incluso providencias) juegan en este punto un papel determinante¹⁴.

En suma, a través de estas tres acciones el TC ha desarrollado un papel esencial en el engarce entre los sistemas español y europeo de protección de derechos. Este papel se fundamentaba en la identidad de objetivos y principios de actuación que existía entre el recurso de amparo y el recurso internacional ante el TEDH. En efecto, en ambos casos, la eventual lesión del derecho era el elemento determinante para la admisión del recurso y la reparación del derecho lesionado era el objetivo de la sentencia.

humanos en la Sociedad internacional del siglo XXI, 2 vols., Colección Escuela Diplomática, núms. 15 y 16, Madrid, AEPDIRI/Ministerio de Asuntos Exteriores, vol. 2, 2010, pp. 161-177.

¹³ Que asienta la regla de la supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales (y, por tanto, en materia de tutela jurisdiccional de los derechos y libertades mencionados en el art. 53.2 CE). Según este artículo —123.1— «el Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales».

¹⁴ Por citar dos ejemplos de sendos asuntos sobre los que se volverá posteriormente, véase la Sentencia *Moreno Gómez*, en la que el TEDH dedica los párrs. 25-40 a analizar la STC 119/2011. Este examen, incluido en la exposición de los hechos del caso, fue recogido en la parte dispositiva de la Sentencia (párr. 59), en la que el TEDH mostró su discrepancia con la citada Sentencia del TC y estimó la queja. También, la Decisión *Abdulkadir Coban*, de 25 de septiembre de 2006, se hace eco de la doctrina del TC y del TS aunque para sostener en esta ocasión la no violación del art. 8 CEDH.

1.1.3. *La fertilización cruzada entre las doctrinas del TC y el TEDH*

Sobre estas bases se ha producido un efecto de «fertilización cruzada»¹⁵ entre las resoluciones del TC y del TEDH. La identidad de objetivos y principios de actuación que existía entre el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y las demandas individuales ante el TEDH permitía la correcta complementación del sistema español de protección de derechos por los órganos del sistema europeo (TEDH y Comité de Ministros), que, a través de su acción: *a)* han indicado cuándo una determinada actuación de las autoridades y tribunales españoles causó la violación de uno de los derechos del CEDH; *b)* han aportado criterios para la interpretación de las normas internas sobre derechos fundamentales; *c)* han advertido contradicciones entre estas normas y el texto del Convenio, y *d)* han favorecido una lectura más actual de los derechos fundamentales y libertades públicas¹⁶. Desde otro punto de vista, las Sentencias del TEDH y las Resoluciones del Comité de Ministros han procurado que el Estado repare no sólo la lesión provocada al particular, sino también las señaladas divergencias, sugiriendo al efecto la adopción de una serie de medidas generales e individuales y velando por su implantación por España.

Ciertamente, la influencia de la doctrina del TEDH sobre el TC ha sido muy importante y se ha producido en mayor número de ocasiones que la influencia inversa. Ello no obstante, el TEDH también se ha mostrado receptivo a los argumentos expuestos por el TC y en sus resoluciones ha reconocido como acordes con el Convenio de Roma determinadas disposiciones del Derecho español y actuaciones de sus órganos que previamente había considerado contrarios al mismo.

Así ocurrió, por ejemplo, en relación con la regulación de las intervenciones telefónicas en España¹⁷. En sus Sentencias *Valenzuela Contreras* (30 de julio de 1998) y *Prado Bugallo* (18 de febrero de 2003) el TEDH había afirmado que la ley española no cumplía con las características de claridad y previsibilidad que el CEDH exige para que una injerencia de la autoridad pública (como es la interceptación de las conversaciones telefónicas) resulte legítima.

Pues bien, la STEDH *Valenzuela Contreras* fue tomada en consideración por el TC diez meses después de su aprobación. En su sentencia (en adelante STC) 49/1999, de 5 de abril, el TC procedió a la recepción de la doctrina del TEDH y concluyó que la legislación española entonces vigente era contraria al art. 18.3 CE. Pero, llegado a este punto, el TC se separó de la que habría de

¹⁵ LAUTERPRACHT, E., «The Development of the Law of International Organizations by the Decisions of International Tribunals», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 152, 1976-VI, pp. 396-402.

¹⁶ La identificación de estas cuatro acciones, en RIPOL CARULLA, S., «Incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaran la vulneración por España del CEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, enero-abril 2007, núm. 79, pp. 309-346.

¹⁷ Véase el apartado 2.3.1: El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, donde se recoge otro ejemplo de esta receptividad del TEDH.

ser la consecuencia lógica: declarar la violación del derecho del particular y conceder el amparo. Lo hizo a partir de una peculiar interpretación sobre el alcance de la señalada vulneración. Para el TC: 1) la insuficiencia de la Ley constituye por sí sola una vulneración del art. 18.3 CE; 2) los Tribunales Supremo y Constitucional han creado un cuerpo de doctrina jurisprudencial que atiende los criterios del art. 8 CEDH tal y como éste ha sido interpretado por el TEDH; 3) las Sentencias del TC son vinculantes para todos los jueces y tribunales españoles (art. 5.1 LOPJ), por lo que las resoluciones judiciales que autorizan las escuchas deben atender su doctrina; 4) si así lo hacen actuarán respetando las exigencias constitucionales y no cabrá entender que el Juez haya vulnerado, por la sola ausencia de la ley, el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas¹⁸.

Al operar de esta forma ante la inactividad del legislador, el TC opta por suplir mediante su acción judicial las carencias advertidas por el TEDH y, sin duda, reafirma su posición de intérprete superior de los derechos fundamentales reconocidos en la CE aunque, al hacerlo, da una inusitada importancia al art. 10.2 CE, haciendo notar que su doctrina se adecua al CEDH y a la doctrina del TEDH.

Con posterioridad, el Tribunal de Estrasburgo fue receptivo a la postura del TC. Así, en su Decisión final sobre la admisibilidad de la demanda en el asunto *Coban c. España* (25 de septiembre de 2006), el TEDH ha aceptado la tesis mantenida por el TC. Parte para ello de su Sentencia *Kruslin c. Francia* en la que establece que el término «Ley» del art. 8.2 CEDH posee una acepción material y que desde esta perspectiva una ley nacional será previsible y clara cuando la ley formal se vea complementada por una jurisprudencia consolidada y bien establecida en el momento en que se produjeron los hechos en relación con los que fue aplicada. Pues bien, tras examinar con detalle la jurisprudencia del TC antes referida, el TEDH concluye que «el art. 579 LECr, tal como ha sido modificado por la LO 4/1988 y completado por la jurisprudencia del TS y del TC establece reglas claras y detalladas, de tal modo que precisa a priori con suficiente claridad la extensión y las modalidades de ejercicio del poder de apreciación de las autoridades en el ámbito objeto de consideración»¹⁹.

1.2. La objetivación del recurso de amparo

1.2.1. *El nuevo recurso de amparo*

Desde la entrada en vigor de la LOTC de 2007 la señalada identidad de objetivos y principios de actuación entre ambos tribunales se ha difuminado²⁰.

¹⁸ Esta es la posición que defiende el Voto Particular del Magistrado Cruz Villalón.

¹⁹ Véase CANO PALOMARES, G., «El diálogo entre tribunales y el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas (a propósito de la decisión *Coban c. España* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de septiembre de 2006)», *Revista Española de Derecho Europeo*, 2007, núm. 24, pp. 559-580.

²⁰ Sobre esta reforma, véanse las siguientes obras generales, *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC*, Valencia, Tirant lo Blanch,

En efecto, para resolver el «incremento desmesurado»²¹ de los recursos de amparo, el legislador ha introducido tres medidas: *a)* una nueva configuración del incidente de nulidad de actuaciones; *b)* la atribución a las Secciones de competencia para resolver recursos de amparo; y *c)* la modificación del trámite de admisión del recurso de amparo.

Este último aspecto supone el abandono por el Tribunal Constitucional de la concepción del recurso de amparo como medio para la reparación de la vulneración de los derechos fundamentales. Ello es así porque la reforma de las reglas de admisibilidad de los recursos de amparo conlleva, a su vez, tres elementos: *a)* la necesidad de que el recurso presente «especial trascendencia constitucional» (art. 49.1 LOTC); *b)* la obligación del demandante de justificar dicha trascendencia (art. 49.1 LOTC), y *c)* la providencia que resuelva sobre la admisión no requiere motivación (art. 530.3 LOTC). La puesta en práctica de estos elementos determina que, a partir de la entrada en vigor de la LO 6/2007, la lesión subjetiva de un derecho fundamental o libertad pública en amparo ya no es por sí sola suficiente para admitir el recurso. Así lo ha afirmado el propio Tribunal en su Auto 29/2011, de 17 de marzo:

«La reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007 en la regulación del recurso de amparo ha eliminado la dimensión subjetiva del recurso de amparo para dotarlo, exclusivamente, de un significado objetivo. De este modo, como se ha dicho, “la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo ya no será por sí sola suficiente para admitir el recurso” (STC 155/2009, FJ 2). Para que este Tribunal pueda admitir el recurso de amparo y, en su caso, otorgar la tutela del derecho fundamental que se estima vulnerado, ya no basta (frente a lo que sucedía con anterioridad a la reforma introducida por la Ley Orgánica 6/2007) que se haya producido la lesión subjetiva del derecho fundamental»²².

Para que el recurso de amparo sea admitido, junto a la alegación de un derecho fundamental, el particular habrá de mostrar al TC que tal lesión tras-

2008; BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.), *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008; HERNÁNDEZ RAMOS, E. M., *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo*, Barcelona, Reus, 2009. Véase, asimismo, «Encuesta sobre la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2006, núm. 18.

²¹ GUTIÉRREZ GIL, A., «Artículo 50», en GONZÁLEZ RIVAS, J. J. (dir.-coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 547-559, en particular, p. 550.

²² Y continúa: «No es ocioso añadir que el supuesto de la gravedad del perjuicio para los titulares de los derechos fundamentales que se denuncian como lesionados, como criterio para considerar que un recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional, fue expresamente descartado durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley de reforma de la LOTC que dio lugar a la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, al rechazarse la enmienda que proponía introducir este criterio (dimensión subjetiva del recurso de amparo) junto a los tres criterios que son los que definitivamente se enuncian en el art. 50.1.b) LOTC para poder apreciar que “el contenido del recurso justifique una decisión de fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional”: “a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”. De este modo el legislador, en el ejercicio de su legítima libertad de configuración, ha optado, a diferencia de legislador alemán, por dotar al recurso de amparo de una dimensión necesariamente objetiva, excluyendo la dimensión subjetiva como requisito suficiente para la admisión y descartando, pues, el referido modelo alemán» (FJ 3).

ciende el ámbito estricto de sus intereses y que presenta «especial trascendencia constitucional» [art. 50.1 *b*) LOTC]. Como enfatizaron los AATC 188/2008, de 21 de julio, 289/2008 y 290/2008, ambos de 22 de septiembre, se trata de una «exigencia ineludible», de tal manera —añade el citado ATC 29/2011, FJ 3— «que, si no concurre ese requisito sustantivo, aunque resulte verosímil la existencia de lesión subjetiva del derecho fundamental y sea cual sea la gravedad de la misma, este Tribunal no admitirá el recurso de amparo».

De este modo, la defensa objetiva de la Constitución constituirá la finalidad principal de la Sentencia la cual, no obstante, al responder a las alegaciones del demandante, restablecerá o preservará el derecho fundamental vulnerado, cumpliendo así, casi incidentalmente, con la finalidad subjetiva del amparo.

En el nuevo recurso de amparo, por tanto, la lesión del derecho no es ya el (único) elemento determinante para la admisión de la demanda ni la reparación constituye el objetivo principal de las sentencias. Ambos elementos decaen en beneficio del control de constitucionalidad de la norma que debe aplicarse.

De forma quizás innecesaria (porque un Tribunal no tiene por qué aportar justificaciones a las actuaciones del legislador) y recurriendo a una argumentación algo forzada, la STC 155/2009, de 25 de junio, ha señalado que esta nueva concepción del amparo no supone una quiebra absoluta respecto de la anterior, pues el recurso de amparo no sólo comprende una dimensión objetiva, sino que también y, «en todo caso», sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales. Ocurre que la protección efectiva del derecho fundamental y de su actuación concreta trasciende del significado individual, para adquirir una dimensión objetiva, de modo que la definición de la norma que el Tribunal realiza «se impone a todos los poderes públicos» (FJ 2). Siendo ello cierto, debe indicarse que la dimensión objetiva del recurso de amparo era en el sistema anterior una consecuencia de la fuerza propia de las sentencias de un Tribunal que es intérprete supremo de la Constitución, mas no una finalidad del amparo²³.

1.2.2. *Sobre la compatibilidad de la reforma con el CEDH*

La transformación es, por tanto, radical y no extraña que determinadas voces hayan criticado la reforma²⁴ e incluso cuestionado su constitucionalidad.

²³ Tal como expuso en su STC 1/91981, de 26 de enero: «La finalidad esencial del recurso de amparo es la protección, en sede constitucional, de los derechos y libertades que hemos dicho, cuando las vías ordinarias de protección han resultado insatisfactorias. Junto a este designio, proclamado en el art. 53.2, aparece también el de la defensa objetiva de la Constitución, sirviendo de este modo la acción de amparo a un fin que trasciende de lo singular. Para ello, el Tribunal Constitucional actúa como intérprete supremo (art. 1 de la LOTC), de manera que su interpretación de los preceptos constitucionales, es decir, la definición de la norma, se impone a todos los poderes públicos» (FJ 2).

²⁴ Véase GARCÍA COUSO, S., «El recurso de amparo constitucional objetivo», en *Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a A. Torres del Moral*, Editorial Universitas, 2012, vol. II, pp. 1557-1575.

lidad²⁵. Sin embargo, a los efectos de responder a esta observación, basta señalar que el legislador orgánico introduce este cambio habilitado por los arts. 53.2 y, sobre todo, 161.1.b) CE, el cual establece que el TC es competente para conocer del recurso de amparo «en los casos y formas que la ley establezca». Por lo demás, tales dudas de constitucionalidad no han sido planteadas en forma al Tribunal Constitucional.

Todavía en un plano general de análisis cabe cuestionarse si la reforma del recurso de amparo es contraria a la CEDH. La cuestión se ha planteado expresamente con motivo del asunto *Arribas Antón c. España*, en el que el demandante alega que la providencia del TC, de 13 de septiembre de 2010, que inadmite su recurso de amparo por no haber cumplido con la carga de justificar la especial trascendencia constitucional (de su recurso) es una violación de su derecho de acceso a un tribunal (art. 6.1 CEDH), por cuanto se trata de un motivo excesivamente formal y cuya interpretación es contraria a la CE. La demanda ha sido comunicada a España como Estado demandado [art. 54.2.b) Reglamento TEDH] y será examinada por una Sala en el seno de la Sección Tercera. En su comunicación a las partes, la Sección formula las dos cuestiones siguientes:

«1. ¿Se ha beneficiado el demandante de su derecho de acceso a un tribunal toda vez que su recurso de amparo se ha declarado inadmisibile por no haber justificado la especial importancia constitucional de dicho recurso?» y «2. ¿Ha dispuesto el demandante del derecho a un recurso efectivo en el sentido del art. 13 de la convención?».

Como puede apreciarse, el TEDH reformula la cuestión que le fue inicialmente planteada y se pregunta si el requisito de trascendencia constitucional cierra o impide el acceso al recurso de amparo, convirtiéndolo en ineficaz por excesivamente estricto. A la espera de la decisión del Tribunal, se reflexiona a continuación sobre esta importante cuestión.

Procede, en primer lugar, recordar el art. 35.1 CEDH: «Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva»²⁶. Este artículo ha sido ampliamente considerado por el TEDH en

²⁵ Así, GARRORENA MORALES, A., «La Ley Orgánica 6/2007 y la reforma del Tribunal Constitucional. Notas para una crítica», en *Hacia una...*, op. cit., nota 20, p. 225, donde puede leerse: «El modelo objetivo del recurso de amparo podemos hacerlo caer —si queremos— en la Constitución, pero no es exactamente constitucional». También, FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo)», *REDC*, 2007, núm. 81, pp. 11-62. Véase CABAÑAS GARCÍA, J. C., «El recurso de amparo que queremos», *REDC*, 2010, núm. 88, pp. 39-81, en particular, pp. 52 y ss., donde expone las diversas posturas doctrinales sobre la reforma.

²⁶ En virtud de esta regla procesal el Tribunal de Estrasburgo, cuyo fundamento se encuentra en el carácter subsidiario del sistema de protección creado por el CEDH, únicamente conocerá de un asunto una vez éste haya sido resuelto en el ámbito estatal. Como expuso en su Voto Particular a la Sentencia *Kudla c. Polonia* (Gran Sala), de 26 de octubre, el Juez Pastor Ridruejo, la regla del agotamiento de la vía judicial interna guarda relación con el art. 13 CEDH, según el cual «toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por

el asunto *Akdivar y otros c. Turquía* (Sentencia de 16 de septiembre de 1996). Como dice el Tribunal, la regla de agotamiento previo de los recursos internos es expresión del principio de subsidiariedad que determina que la protección internacional de los derechos humanos no se conciba más que en casos de carencia del Estado afectado²⁷. A continuación, el Tribunal deduce diversos aspectos que se refieren a los recursos internos: accesibilidad²⁸, cierta flexibilidad en la determinación sobre si se ha agotado la vía judicial interna, pues según los principios de Derecho internacional generalmente aceptados, determinadas circunstancias pueden eximir del agotamiento de los recursos internos²⁹, y aplicación no excesivamente formal del art. 26 CEDH. El Tribunal subraya que debe aplicar esta regla tomando debidamente en cuenta «el contexto: el mecanismo de salvaguardia de los derechos humanos que las Partes contratantes han acordado establecer». También admite que la regla del agotamiento de los recursos internos no se corresponde con una aplicación automática de los mismos y que no reviste carácter absoluto, pues, al controlar su respeto, es preciso tomar en cuenta las circunstancias del caso. Todo ello significa claramente que el Tribunal debe valorar de manera realista no sólo los recursos teóricamente previstos en el sistema jurídico de la Parte contratante, sino también el contexto jurídico y político en el que se enmarcan, así como la situación personal de los demandantes (párr. 69)³⁰. Serán

personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales». Como también lo hace el art. 1 CEDH —«Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio»— que recuerda que los Estados partes tienen la responsabilidad principal del respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales. Véase ARRESE IRIONDO, N., «Derecho a un recurso efectivo», en LASAGABASTER HERRARTE, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2.^a ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas/Thomson Reuters, 2009, pp. 39-673, en particular, pp. 664 y ss.

²⁷ Párr. 65: «La Cour rappelle que la règle de l'épuisement des voies de recours internes énoncée à l'article 26 de la Convention (art. 26) impose aux personnes désireuses d'intenter contre l'Etat une action devant un organe judiciaire ou arbitral international, l'obligation d'utiliser auparavant les recours qu'offre le système juridique de leur pays. Les Etats n'ont donc pas à répondre de leurs actes devant un organisme international avant d'avoir eu la possibilité de redresser la situation dans leur ordre juridique interne. Cette règle se fonde sur l'hypothèse, objet de l'article 13 de la Convention (art. 13) —et avec lequel elle présente d'étroites affinités— que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée, que les dispositions de la Convention fassent ou non partie intégrante du système interne. De la sorte, elle constitue un aspect important du principe voulant que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revête un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme (arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 22, par. 48)».

²⁸ Párr. 66: «Dans le cadre de l'article 26 (art. 26), un requérant doit se prévaloir des recours normalement disponibles et suffisants pour lui permettre d'obtenir réparation des violations qu'il allègue. Ces recours doivent exister à un degré suffisant de certitude, en pratique comme en théorie, sans quoi leur manque l'effectivité et l'accessibilité voulues (voir notamment les arrêts *Vernillo c. France* du 20 février 1991, série A n° 198, pp. 11-12, par. 27, et *Johnston et autres c. Irlande* du 18 décembre 1986, série A n° 112, p. 22, par. 45)».

²⁹ «Cette règle ne s'applique pas non plus lorsqu'est prouvée l'existence d'une pratique administrative consistant en la répétition d'actes interdits par la Convention et la tolérance officielle de l'Etat, de sorte que toute procédure serait vaine ou ineffective (arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 64, par. 159, et rapport de la Commission dans cette même affaire, série B n° 23-I, pp. 394-397)».

³⁰ Véase PUÉCHAVY, M., «La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour Européenne des Droits de l'Homme», en *Libertés, justice, tolérance: Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*. vol. II, Bruselas, Bruylant, 2004, pp. 1299-1305, donde se examinan otros ejemplos recientes de la interpretación pro víctima de la regla de agotamiento de los recursos internos.

estos últimos, en cualquier caso, los que deban probar que el recurso ha sido efectivamente utilizado, o que no era adecuado ni efectivo, o, finalmente, que las circunstancias del caso le dispensaban de utilizarlo.

Desde esta perspectiva, la cuestión es si el nuevo recurso de amparo es eficaz desde el punto de vista de los arts. 6.1 y 13 CEDH, y si, por tanto, su interposición es, en principio, preceptiva para que el TEDH admita la demanda. Según mi parecer, la respuesta del TEDH ha de ser afirmativa. Y ello por los motivos que se exponen a continuación.

Primero. En el asunto *Brualla Gómez de la Torre* el TEDH hubo de enfrentarse a una cuestión similar y determinó la no vulneración del CEDH. La cuestión planteada en este asunto se refería a la inadmisión por el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de un recurso de casación interpuesto por la parte recurrente un día después de haber entrado en vigor la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Enjuiciamiento Civil. La nueva Ley introducía nuevas causas de inadmisión —entre otras, que la cuantía de la demanda fuera mayor de seis millones de pesetas— que no se cumplían en el caso, cuya cuantía se había fijado como indeterminada. En su Auto de fecha 4 de marzo de 1993, la Sala aplicó este nuevo régimen (interpretado por la Junta de Magistrados de la Sala Primera en un Acuerdo adoptado el 12 de mayo de 1992), de conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria segunda, por haberse formulado el recurso, como se ha dicho, un día después de la entrada en vigor de la Ley. Se interpuso recurso de amparo, que fue inadmitido por providencia del Tribunal Constitucional de 4 de julio de 1994.

Planteada la demanda ante los órganos de Estrasburgo por violación del art. 6.1 CEDH, el TEDH dictó Sentencia en fecha 19 de diciembre de 1997. En opinión del Tribunal los órganos judiciales españoles aplicaron un principio generalmente reconocido según el cual, salvo disposición expresa en contrario, las leyes se aplican inmediatamente después de su entrada en vigor. Además, el TEDH considera que el objetivo perseguido por la reforma —evitar la acumulación excesiva de asuntos ante el Tribunal Supremo— era un objetivo legítimo. El TEDH reconoce también que la decisión del Tribunal Supremo puede considerarse muy formalista pero, atendiendo al hecho de que la entidad recurrente había podido defender su posición tanto en instancia como ante la Audiencia Provincial, concluyó que el Auto que inadmitió el recurso de casación no supuso una medida desproporcionada en el derecho de acceso a los tribunales de la entidad recurrente (párrs. 36-38).

Esta doctrina ha sido recientemente aplicada a una queja relativa a la reforma del recurso de amparo [asunto *Paulina Rubio Dosamantes c. España* (Sección 3.^a, decisión de 11 de diciembre de 2012)]³¹.

³¹ «*La Cour rappelle que c'est d'abord aux autorités nationales et, spécialement, aux cours et tribunaux qu'il incombe d'interpréter le droit interne (Brualla Gómez de la Torre c. Espagne, 19 décembre 1997, § 31, Recueil des arrêts et décisions 1997-VIII) et qu'elle ne substituera pas sa propre interprétation du droit à la leur en l'absence d'arbitraire. Elle rappelle par ailleurs que le "droit à un tribunal", dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une ré-*

Segundo. El TEDH ha inadmitido diversas demandas en las que los recurrentes alegaban que las providencias del TC que inadmitieron sus recursos de amparo por falta de especial trascendencia constitucional carecían de motivación suficiente y resultaban, por ello, contrarias al art. 6.1 CEDH. Se trata de las decisiones *Sociedad Anónima del Ucieza*, de 29 de mayo de 2012, y *Beraza Oroquieta*, de 25 de septiembre de 2012³², en las que el TEDH recuerda que los tribunales están obligados a motivar sus decisiones, pero que tal motivación puede entenderse satisfecha cuando un tribunal rechaza un recurso refiriéndose a las disposiciones legales relativas al procedimiento en cuestión. Así ocurre en el presente caso, en el que el TC ha fundamentado en las disposiciones de la LOTC su decisión de inadmitir el recurso de amparo y ha indicado el motivo de su inadmisión, a saber, que carece de trascendencia constitucional.

En este mismo orden de cosas cabe mencionar la decisión *Varela Geis*, de 20 de septiembre de 2011, que, entre otros extremos, responde a la misma alegación anterior —vulneración del derecho de acceso a los tribunales por la deficiente motivación de la providencia por la que el TC inadmite su recurso de amparo— aunque, en este caso, el recurrente sustentaba su queja en la violación del art. 13 CEDH. En su respuesta el Tribunal recuerda que las exigencias del art. 13 son menos estrictas que las del art. 6.1 y que quedan subsumidas en el mismo, considerando, por lo demás, que en el caso objeto de consideración, la resolución del TC contiene motivación suficiente, pues no es contrario a la CEDH «que un tribunal superior inadmita un recurso refiriéndose solamente a las disposiciones legales que lo regulan»³³.

glementation par l'État, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation. Concernant le pourvoi en cassation formé par la requérante la Cour rappelle que la manière dont l'article 6 § 1 s'y applique dépend des particularités de la procédure en cause et estime que, vu la spécificité du rôle que joue le Tribunal suprême, l'on peut admettre qu'un formalisme plus grand assortisse la procédure suivie devant lui (Brualla Gómez de la Torre, précité, §§ 37-38). Partant, en l'absence de tout indice d'arbitraire, la Cour estime que la décision du Tribunal suprême de déclarer irrecevable le pourvoi de la requérante n'est pas de nature à entraîner une violation de son droit d'accès à un tribunal».

³² Decisión *Sociedad Anónima del Ucieza*, párr. 24; Decisión *Beraza Oroquieta*, apartado B. Sur le grief tiré de l'insuffisance de la décision du Tribunal constitutionnel. Asimismo, Decisión *Prado Bugallo*, de 18 de octubre de 2012, párrs. 45 y 46.

³³ 37. *La Cour rappelle que les exigences de l'article 13 sont moins strictes que celles de l'article 6 § 1 et absorbées par elles en l'occurrence (voir, parmi d'autres, British-American Tobacco Company Ltd c. Pays-Bas, 20 novembre 1995, § 89, série A no 331). La Cour rappelle qu'il n'est pas contraire à la Convention qu'une juridiction supérieure rejette un recours en se référant seulement aux dispositions légales prévoyant cette procédure, si les questions soulevées par le recours ne revêtent pas une importance particulière ou n'offre pas de chance suffisante de succès [voir Simon c. Allemagne (déc.), no 33681/96, 6 juillet 1999, Teuschler c. Allemagne (déc.), no 47636/99, 4 octobre 2001, et Zmalinski c. Pologne (déc.), no 52039/99, 16 octobre 2001, Vogl c. Allemagne (déc.), no 65863/01, 5 décembre 2002, Burg et autres c. France (déc.), no 34763/02, CEDH 2003-I et Nersesyan c. Arménie (déc.), no 15371/07, 19 janvier 2010].*

38. *La Cour estime que ces principes sont d'application en l'espèce. Elle observe que la décision du Tribunal constitutionnel était fondée sur l'absence de moyens de nature à permettre l'admission du recours d'amparo au sens de l'article 50 § 1 b) de la loi organique portant sur le Tribunal constitutionnel, tel que modifié par la loi organique 6/2007 du 24 mai 2007. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il a été satisfait aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention quant à l'obligation d'assortir les décisions judiciaires d'une motivation [García Ruiz c. Espagne (GC), no 30544/96, § 28, CEDH 1999-I, Ruiz Torija c. Espagne,*

Finalmente, cabe referirse a la decisión *Prado Bugallo*, de 18 de octubre de 2012, en la que el TEDH observa que el recurrente se limita a expresar su desacuerdo con la solución aportada por el TC. Esta decisión presenta, además, la singularidad de referirse al nuevo recurso de amparo como un «recurso efectivo», ya que, según puede leerse en su párr. 47, el recurrente ha podido presentar los argumentos que ha considerado oportunos para su defensa. En este sentido, reitera que la efectividad de un recurso no depende de la certidumbre de una solución favorable.

En similares términos, por último, se expresa la decisión *Herbert Alfred Rupprecht*, de 19 de febrero de 2013, que inadmite la queja de que la providencia del TC —que inadmitió la demanda de amparo por cuanto ésta no había justificado la especial trascendencia constitucional del recurso— es contraria a los arts. 6 y 13 CEDH. El TEDH responde que el sistema de recursos previsto en la Constitución Española está organizado de modo que la defensa de los derechos fundamentales corresponde, en primera instancia, a la jurisdicción ordinaria y al TC por la vía del recurso de amparo (art. 53.2 CE). En el presente caso —añade— el particular ha podido plantear las quejas que formula ante el TEDH en los diversos grados de la Jurisdicción (apelación, casación y amparo). Acto seguido el TEDH reconoce que, fundamentando su decisión en los artículos de su Ley Orgánica, el TC ha precisado la causa por la que inadmite el recurso de amparo —falta de justificación de la especial trascendencia constitucional— sin que, por tanto, la providencia del TC pueda considerarse como una decisión arbitraria. Finalmente, el TEDH sostiene que el recurrente se limita a mostrar su desacuerdo con el control jurisdiccional ejercido por el TC ante el cual ha podido presentar los argumentos que ha considerado de interés para defender su causa. Y, como en otras ocasiones, recuerda que la eficacia de un recurso no depende de la certeza de obtener un resultado favorable (párr. 17).

Por todo lo dicho, considero que el TEDH resolverá el asunto *Arribas Antón c. España* afirmando que el nuevo recurso de amparo es, con carácter general, un recurso eficaz desde el punto de vista de los arts. 6.1 y 13 CEDH.

En otro orden de cosas, el TEDH considera acertadamente que el requisito de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo introducido por la LO 6/2007 es un requisito de fondo para la admisión de la demanda de amparo, de tal modo que su no cumplimiento no supone un incorrecto agotamiento de los recursos internos (art. 35.1 CEDH)³⁴. Dicho

9 décembre 1994, § 29, série A no 303-A ; voir aussi *Jahnke et Lenoble c. France* (déc.), no 40490/98, CEDH 2000-IXJ.

39. *Il s'ensuit que ce grief est manifestement mal fondé et doit être rejeté en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.*

³⁴ A diferencia de cuando el demandante ante Estrasburgo no presentó un recurso legalmente previsto. Es el caso de las Decisiones *Godoy Ruiz y otros*, de 18 de diciembre de 2012, que declaró la inadmisibilidad de la demanda para aquellos demandantes que, por no haber interpuesto recurso de apelación, no habían agotado los recursos internos; *Cañas Gómez*, de 4 de septiembre de 2012, según la cual los recursos internos no se agotaron porque no se solicitó la reclamación por mal funcionamiento de la Administración de justicia en un caso de dilaciones indebidas; *Oubiña Lago*, de 10 de junio de

de otro modo, aun cuando el TC rechace el recurso de amparo por carecer de trascendencia constitucional, el TEDH procederá al examen del fondo del asunto, en el entendido de que el demandante habrá agotado los recursos internos. Así lo ha hecho en la decisión *De la Flor Cabrera*, de 21 de noviembre de 2011, relativa a la eventual vulneración del derecho a la intimidad (art. 8 CEDH) por el uso de las imágenes de un accidente de circulación por parte de la compañía aseguradora³⁵.

En consecuencia, y, como se ha indicado, a la espera de una resolución del TEDH en la que expresamente se refiera a la cuestión, cabe afirmar que el Tribunal de Estrasburgo «ha avalado (o, cuando menos, tolerado)»³⁶ la reforma de las reglas de admisibilidad de los recursos de amparo operada por la LO 6/2007.

1.3. Consecuencias de la objetivación del recurso de amparo en las relaciones entre el TC y el TEDH

1.3.1. *El traspaso de la función tutelar de los derechos fundamentales*

Como esperaba la Exposición de Motivos de la LO 6/2007, la reforma ha agilizado el procedimiento de admisión de los recursos de amparo. En efecto, desde 2008 (primer año completo en el que se ha aplicado el nuevo procedimiento de admisión del recurso de amparo) hasta 2011 (último año en que se ha publicado la Memoria del TC), el Tribunal ha resuelto 45.332 asuntos de amparo, el 62,9 por 100 durante los años 2008 y 2009, lo que ha permitido un

2008, por no haber interpuesto recurso de amparo en un asunto en el que, junto a la vulneración del derecho a la propiedad privada (art. 1 Protocolo 1), se alegaba la violación del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH).

Del mismo modo, cuando el demandante ha interpuesto un recurso extemporáneamente. Así, Decisión *Del Pino García*, de 14 de junio de 2011, el recurso de amparo se interpuso una vez agotado el plazo legalmente previsto y consiguientemente la inadmisión de la demanda individual ante el TEDH.

³⁵ «*La Cour rappelle que si l'article 6 § 1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, cette obligation ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument (voir Van de Hurk c. Pays-Bas, 19 avril 1994, § 61, série A no 288). Ainsi, en rejetant un recours, la juridiction d'appel peut, en principe, se borner à faire siens les motifs de la décision attaquée [voir García Ruiz c. Espagne (GC), no 30544/96, § 29, CEDH 1999-I].*

En l'occurrence, la Cour constate que les tribunaux internes ont suffisamment expliqué les motifs sur lesquels ils se fondaient pour rejeter les recours du requérant, à savoir le but des enregistrements ainsi que leur utilisation limitée au cadre du procès. Par conséquent, les exigences de la jurisprudence de la Cour à cet égard ont été respectées. Malgré le désaccord du requérant avec les décisions rendues, la Cour n'aperçoit aucun élément lui permettant de conclure que celles-ci péchaient par manque de motivation. Il s'ensuit que ce grief doit être rejeté comme étant manifestement mal fondé, conformément à l'article 35 §§ 3 (a) et 4 de la Convention.

³⁶ En este sentido, MATIA PORTILLA, J., «Un paso atrás en la tutela de los derechos humanos con respecto al Estado español», *Revista General de Derecho Constitucional*, 2012, núm. 15, quien expresa su juicio negativo sobre esta actitud del TEDH: «Se ha avalado (o, cuando menos, tolerado) —afirma— que nuestro Tribunal Constitucional pueda admitir demandas de amparo aludiendo a preceptos legales tan genéricos como son los que aluden a la carencia de contenido constitucional o a la especial trascendencia constitucional. Conceptos jurídicos indeterminados cuya invocación debería ser justificada por parte de todo órgano de naturaleza jurisdiccional que se precie» (p. 3).

descenso muy importante en el número de recursos de amparo ingresados y no resueltos. Otro dato importante a los efectos del presente trabajo es que durante el periodo 2008-2011, el Tribunal ha resuelto mediante providencias de inadmisión 40.233 recursos de amparo (el 63,1 por 100 de las mismas fue aprobado en los años 2008 y 2009). Por último, el número de recursos de amparo presentados se ha reducido muy sensiblemente: de 10.279 en 2008 a 7.098 en 2011. En 2011, en concreto, se adoptaron 5.963 decisiones de admisión en materia de amparo, 5.883 de las cuales fueron providencias de inadmisión y 18 Autos de inadmisión.

A la luz de estas cifras, podría concluirse que la reforma de la LOTC priva al particular de la posibilidad de revisar las violaciones de sus derechos fundamentales. No es así porque precisamente para evitar esta circunstancia, la Ley incorpora una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales *ex art.* 241.1 de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En efecto, la LOTC «introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de los derechos fundamentales referidos en el art. 53.2 de la Constitución en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes los derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico» (Exposición de Motivos).

Ha de indicarse que la doctrina había alertado de lo inadecuado de esta solución, señalando como una solución mejor «la creación de Salas en el Tribunal Supremo o en los Tribunales Superiores de Justicia a las que pudiera encomendarse de modo singular la protección de los derechos fundamentales susceptibles de amparo». A. Gutiérrez Gil ha expresado bien las dudas sobre la idoneidad de la modificación del art. 241.1 LOPJ llevada a cabo. Esta modificación —afirma— «puede resultar no sólo inútil sino hasta dañosa» porque «además de prolongar la duración de los procesos e incrementar la carga de trabajo de la jurisdicción ordinaria, la experiencia pone de manifiesto lo difícil que ha de resultar que el Juez admita expresamente haber vulnerado un derecho fundamental y que anule por tal razón sus propias resoluciones, por lo que normalmente nada impedirá que finalmente llegue a presentarse el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. A ello se añade —prosigue— que el incidente de nulidad de actuaciones no es un recurso ordinario que permita un replanteamiento completo de la cuestión litigiosa, sino que su objeto queda restringido a dilucidar si se vulneró el derecho fundamental; y, como es sabido, la aplicación de la legalidad ordinaria sólo vulnera el art. 24.1 CE en la medida en que sea arbitraria, irrazonable o no esté incurra en error fáctico patente. Por tanto, si lo que el promotor del incidente cuestiona es la aplicación de normas de legalidad ordinaria, la perspectiva desde la que debe ser resuelto el incidente de nulidad de actuaciones ya no será la misma desde la que se resolvió inicialmente. En efecto, el Juez o Tribunal no puede corregir su decisión como si estuviera resolviendo un recurso no

devolutivo contra la misma —incluso aunque entienda que no es correcta—, sino en la medida en que declare que su decisión fue arbitraria, irrazonable o incurra en error fáctico patente»³⁷.

Pero al margen de ello, es claro que la LO 6/2007 quiere apoyarse en el papel «esencial y crucial» que los tribunales ordinarios desempeñan en la protección y garantía de los derechos fundamentales; una tarea que «no es única del Tribunal Constitucional» (Exposición de Motivos).

A partir de esta constatación, S. García Couso ha dibujado con acierto el «nuevo diseño» en la protección de los derechos y libertades: la coexistencia de dos circuitos diferentes: el de protección subjetiva conformado por los Tribunales ordinarios y subsidiariamente por el TEDH; el de protección objetiva encomendado al TC a través del conocimiento de los recursos de amparo. «El correcto funcionamiento de ambos circuitos —añade— impedirá que se reduzcan las garantías del ciudadano a consecuencia del cambio de modelo»³⁸.

1.3.2. *El aumento de la conflictividad de España en Estrasburgo y la aparición de asuntos repetitivos*

Así las cosas, la objetivación del amparo significa que el TC «no se va a encargar de la tutela subjetiva de los derechos y libertades fundamentales, salvo que a su través se realice un juicio con trascendencia constitucional, y que la labor de protección subjetiva va a recaer principalmente sobre el resto de órganos judiciales»³⁹.

En consecuencia, el amparo objetivo limita el desarrollo por el TC de las tres funciones que ha venido desempeñando hasta la fecha respecto del TEDH. En efecto, la redacción actual de la LOTC conlleva a priori que el TC no centralizará en adelante las quejas de los particulares sobre la constitucionalidad de las decisiones judiciales que recurren a la doctrina del TEDH, ya que puede ocurrir que, aun constatada *prima facie* la lesión de derechos del particular, el Tribunal no la repare por cuanto el asunto no trascienda del asunto concreto y carezca de trascendencia constitucional. Esta tendencia tiene reflejo en el elevado número de inadmisiones al que se ha hecho referencia⁴⁰. Por otra parte, la recepción de la doctrina del TEDH —y su posterior

³⁷ GUTIÉRREZ GIL, A., «Artículo 50...», *op. cit.*, nota 21, pp. 547-559, en particular, p. 550. Asimismo, BACHMAIER WINTER, L., «La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones», *Revista de Derecho Procesal*, 2007, pp. 45-67, y MORENILLA ALLARD, P. y DE CASTRO MARÍN, J. L., «Sobre la inconstitucionalidad del art. 241.1 LOPJ, en cuanto atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula», *La Ley*, 26 de enero de 2012, núm. 7.748.

³⁸ GARCÍA COUSO, S., «El nuevo modelo de protección de los derechos fundamentales tras la aprobación de la LO 6/2007: La objetivación del amparo constitucional y la tutela subjetiva de los derechos por la jurisdicción ordinaria y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2010, núm. 15, pp.137-167, en particular, p. 156.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ «La nueva naturaleza del amparo constitucional va a dejar un vacío jurisdiccional, sobre todo ante la falta de un recurso jerárquico o vertical concentrado, como al que hasta ahora estaban acos-

expansión por el Ordenamiento español por imperio del art. 5 LOPJ— dejará también de estar concentrada en manos del TC y se producirá, en su caso, de la mano de los tribunales ordinarios. Finalmente, la disminución de la actividad del TC en cuanto al recurso de amparo se refiere, y el hecho de que las providencias de inadmisión contengan ahora una motivación esencial, no desarrollada, implica una renuncia a la función explicativa que las Sentencias del TC tenían para Estrasburgo (art. 50.3 LOTC)⁴¹; éste considerará el Derecho español a partir de las resoluciones de los tribunales ordinarios dictadas en el caso.

En buena lógica, el nivel de conflictividad de España ante el TEDH se ha incrementado. Ciertamente, el número de demandas individuales interpuestas por residentes en España que han sido asignadas a una formación judicial ha pasado de 393 en 2008 a 808 en 2011. Se ha producido igualmente un aumento de las decisiones de las Salas y del Comité de Tres (de ocho a 2011), así como de las Sentencias, de tres en 2008 a 12 en 2011. Así las cosas, no es sorprendente que el TEDH haya declarado en más ocasiones que España ha vulnerado uno de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio: mientras que en 2008 lo hizo en tres ocasiones, en 2011 lo ha hecho en nueve.

Se advierte, por otra parte, la aparición de familias de asuntos repetitivos, de modo que, en términos generales, muchas de las más recientes Sentencias del TEDH relativas a España tratan sobre cuestiones que ya habían sido objeto de consideración por el TEDH. Es el caso de la obligación de proceder a una investigación detallada y efectiva de las denuncias de malos tratos; de la intermediación como garantía procesal en segunda instancia; del respeto al derecho a la vida familiar en la aplicación de las políticas migratorias; del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; y de la protección del domicilio frente a las inmisiones inmateriales.

Sobre la base de estos asuntos se procederá a exponer la necesaria intervención del TC y la eventual redefinición de su papel como elemento de nexo con el TEDH. Previamente, conviene detenerse en el análisis del concepto de «especial trascendencia constitucional», pues su concreción representa la clave para la admisión de cada recurso de amparo en particular. Este análisis se realizará a partir del texto de la LO 6/2007 y de la interpretación que de la

tumbrados los particulares, que es probable que potencie la utilización del recurso individual ante el TEDH». *Ibid.*, p. 158.

⁴¹ Art. 50.3 LOTC: «Las providencias de inadmisión, adoptadas por las Secciones o las Salas, especificarán el requisito incumplido y se notificarán al demandante y al Ministerio Fiscal. Dichas providencias solamente podrán ser recurridas en súplica por el Ministerio Fiscal en el plazo de tres días. Este recurso se resolverá mediante auto, que no será susceptible de impugnación alguna».

Disposición transitoria tercera de la LO 6/2007: «La admisión e inadmisión de los recursos de amparo cuya demanda se haya interpuesto antes de la vigencia de esta Ley Orgánica se regirá por la normativa anterior. No obstante, la providencia de inadmisión se limitará a expresar el supuesto en el que se encuentra el recurso».

Véase ULLOA RUBIO, I., «La reforma de la LOTC efectuada por la LO 6/2007 de 24 de mayo», *Diario La Ley*, t. 4, 2007, pp. 1386-1389, especialmente crítico con esta cuestión.

misma ha hecho el propio Tribunal Constitucional, consciente de la ambigüedad de este término.

2. LA REDEFINICIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE EL TC Y EL TEDH

2.1. Punto de partida: la noción de «especial trascendencia constitucional»

La Exposición de Motivos de la LO 6/2007 señala que «frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución. Por tanto, se invierte el juicio de admisibilidad, ya que se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado. Esta modificación sin duda agilizará el procedimiento al transformar el examen de admisión actual en la comprobación en las alegaciones del recurrente de la existencia de relevancia constitucional en el recurso».

El art. 49.1.b) LOTC se refiere en particular a este nuevo requisito de fondo, indicando que el TC apreciará la trascendencia constitucional del recurso de amparo atendiendo a «su importancia para la interpretación de la constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

Para concretar tanto la noción de «especial trascendencia constitucional» como de los tres criterios legales que han de tomarse en consideración para su identificación, el TC incluyó en el FJ 2 de la Sentencia 155/2009, de 25 de junio, un elenco no cerrado de supuestos que podrían llevar al TC a considerar que un asunto en cuestión tiene «especial trascendencia constitucional»⁴².

«Tales casos son los siguientes:

- a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo;

⁴² El TC se justifica de esta forma: «Este Tribunal estima conveniente, dado el tiempo transcurrido desde la reforma del recurso de amparo, avanzar en la interpretación del requisito del art. 50.1.b) LOTC. En este sentido considera que cabe apreciar que el contenido del recurso de amparo justifica una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional en los casos que a continuación se refieren, sin que la relación que se efectúa pueda ser entendida como un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido».

b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE;

c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia pro venga de la ley o de otra disposición de carácter general;

d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución;

e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros;

f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ);

g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios»⁴³.

Es importante retener estos criterios porque, según se ha visto, la admisión de la demanda de amparo precisa de su concurrencia para ser admitida. Y la recomposición de las relaciones entre el TEDH y el TC por la que se aboga en este trabajo requiere, como primer elemento, el cumplimiento de, al menos, uno de ellos.

2.2. La Sentencia del TC como elemento necesario para la correcta recepción de la doctrina del TEDH

Como se ha expuesto, para razonar la necesaria intervención del TC y la eventual redefinición de su papel como elemento de engarce con el TEDH se partirá de un fenómeno reciente en la práctica española ante Estrasburgo: la

⁴³ Además de las obras señaladas hasta el momento, tratan de esta cuestión en particular las siguientes: MATIA PORTILLA, J., «La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo», *REDC*, 2009, núm. 86; MONTAÑÉS PARDO, M. A., «La “especial trascendencia constitucional” como presupuesto del recurso de amparo», *OTROSÍ*, enero 2010; ORTEGA GUTIÉRREZ, D., «La especial trascendencia constitucional como concepto jurídico indeterminado: de la reforma de 2007 de la LOTC a la STC 155/2009, de 25 de junio», *Teoría y Realidad Constitucional*, 2010, núm. 25, pp. 497-513; PÉREZ GURREA, R., «El nuevo amparo constitucional: la STC 155/2009, de 25 de junio y su fundamentación jurídica», *Diario La Ley*, 2011, núm. 7.748.

existencia de familias de asuntos repetitivos. Tres de estas familias presentan como elemento común una recepción deficiente o insuficiente en España (por los tribunales, la Administración o el legislador, según los casos) del CEDH tal como ha sido interpretado por el TEDH, lo que es fuente de conflicto.

2.2.1. *La investigación oficial eficaz de la tortura (art. 3 CEDH; art. 24.1 en relación con art. 15 CE)*

El art. 15 CE prohíbe las torturas y los tratos y penas inhumanos y degradantes, conductas que, al decir del TC, constituyen «un atentado frontal y radical a la dignidad humana, bien porque cosifican al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal, bien porque lo mediatizan o instrumentalizan, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo» (STC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 5).

Coherentemente con el citado artículo de la Constitución, España ha firmado los principales tratados internacionales de prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes y ha aceptado la competencia de los órganos internacionales de control creados por estos tratados⁴⁴. Resulta así que durante los años 2000 a 2004 los órganos de control establecidos por los tratados internacionales de los que España es parte referidos a la prohibición de estas prácticas —a saber, el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, el TEDH y el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa (CPT), así como el Relator Especial contra la Tortura de la ONU— adoptaron decisiones y aprobaron informes señalando que en España la investigación de las denuncias de tortura o de penas y tratos inhumanos y degradantes por parte de la policía era deficiente, lo que significaba una vulneración de las obligaciones internacionales sobre el tema⁴⁵.

⁴⁴ Sobre los convenios internacionales de prohibición de la tortura y los mecanismos de control previstos en los mismos, véanse las siguientes obras generales: *La creación del mecanismo español de prevención de la tortura*, Madrid, Iustel, 2009, y *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos. XXII Cursos de verano en San Sebastián 2003*, Vitoria, UPV/EHU, 2004. Asimismo, MARIÑO MENÉNDEZ, F., «En torno a la prohibición internacional de la tortura», *Pacis Artes obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, Universidad Autónoma, 2005, pp. 401-418; FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C., «Régimen jurídico internacional de la lucha contra la tortura (I) y (II)», *Derecho internacional de los derechos humanos*, 4.ª ed., Madrid, Dilex, 2011, pp. 299-331 y 333-367, respectivamente.

Sobre el art. 3 CEDH, en particular, SALADO OSUNA, A., «La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (art. 3 CEDH)», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009; SANTAMARÍA ARINAS, R., «Artículo 3. Prohibición de la tortura», en LASAGABARTER HERRARTE, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Madrid, Thomson-Cívitas, 2004.

⁴⁵ RUILOBA ALVARIÑO, J., «El Comité contra la tortura: examen de los informes y las quejas individuales presentadas contra España», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (dir.), *España y los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos*, Madrid, Dilex, 2010, pp. 201-256; *Id.*, «El Comité para la Prevención de la Tortura (CPT): examen de las visitas efectuadas a España», en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. (dir.), *España y...*, *op. cit.*, nota 45, pp. 419-480.

La STC 34/2008, de 25 de febrero, del TC, sabedora de todos estos Informes, expresa en términos muy severos que la persecución y sanción de la tortura sólo es posible con una actuación judicial especialmente intensa y perseverando en la investigación de las denuncias. Aunque sin citarlos expresamente —sí menciona la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes—, la Sentencia recoge la doctrina incluida en los mismos⁴⁶.

Conviene detenerse brevemente en la consideración de esta Sentencia. El recurrente denunció ante la Jurisdicción ordinaria que durante su detención por la Guardia Civil sufrió unas agresiones que comprendían golpes en la cabeza contra un automóvil; denunció asimismo que también en el calabozo sufrió agresiones por todo el cuerpo, que le habían provocado vómitos. Informó asimismo que fue trasladado en dos ocasiones al hospital y que los partes médicos consignaron dolores y contusiones. Sin embargo, las diligencias previas emprendidas fueron sobreesidas con base en la presunción de veracidad del testimonio policial y en la corroboración genérica que del mismo hicieron los partes médicos. El Juzgado denegó también la realización de las diligencias solicitadas por el recurrente, a saber, el reconocimiento del médico forense y la declaración del testigo que presencié la detención.

El denunciante interpuso recurso de amparo. La demanda se dirige contra la decisión de sobreesimiento provisional dictada por el Juzgado, que considera vulneradora de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues se adoptó sin indagación alguna de lo sucedido y con sustento en una improcedente presunción de veracidad de lo relatado por los agentes policiales cuya conducta irregular se denunciaba (FJ 1).

En la STC 34/2008, el TC señala, en primer lugar, que las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva son distintas y más estrictas, reforzadas, cuando está implicado o quede afectado un derecho fundamental sustantivo (FJ 3), como lo es obviamente la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, cuya prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas. A continuación, afirma que las consideraciones del TEDH sobre el art. 3 CEDH «son plenamente aplicables a la interpretación del art. 15 de la Constitución, que coincide plenamente con aquél» (FJ 6), de ahí que el TC acoja el concepto de «investigación oficial eficaz» utilizado por el TEDH y concluya que «la tutela judicial será suficiente y efectiva *ex* art. 24.1 CE si se ha producido una investigación oficial eficaz allí donde se revelaba necesaria» (FJ 6). Acto seguido el Tribunal fija el canon para la valoración de las circunstancias concretas de investigación: *a)* se debe compensar la escasez del acervo probatorio, siendo suficiente que las sevicias denunciadas sean aparentemente verosímiles; *b)* para llegar a la conclusión de que la

⁴⁶ Ahora bien, el cambio de doctrina —su adecuación a lo señalado por los órganos internacionales— se produjo en una sentencia anterior, la STC 224/2007, de 22 de octubre, cuyo FJ 2, aun conociendo dichos informes, se limita a recoger la STEDH *Martínez Sala y otros c. España*, de 2 de noviembre de 2004, que declaró que las investigaciones emprendidas por las autoridades españolas fueron insuficientes para satisfacer la diligente respuesta que exige el cumplimiento del art. 3 CEDH.

denuncia no es demostrable o no razonable, el órgano judicial debe observar cautelas, debiendo compensar la desigualdad de armas entre el denunciante y los oficiales públicos con la presunción, a efectos indagatorios, de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma sean atribuibles a los encargados de su custodia, y *c)* considera como medio de indagación particularmente idóneo de las denuncias de tortura o por tratos inhumanos o degradantes el testimonio judicial del denunciante así como sus declaraciones previas ante los médicos, la policía o los órganos judiciales, teniendo que valorar que puede pervivir la virtualidad coactiva del efecto de la violencia.

Al aplicar esta doctrina al caso concreto, el Tribunal concluye que concurre una situación indiciaria de los hechos denunciados suficiente como para perseverar en la indagación de lo sucedido. Por ello, reconoce el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en relación con su derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE) y declara la nulidad de los autos impugnados con retroacción de las actuaciones al momento anterior a que se dictase el primero de los mismos.

El TC ha aplicado esta doctrina en las posteriores Sentencias 52/2008, de 14 de abril; 63/2008, de 26 de mayo; 69/2008, de 23 de junio (que desestimó el recurso de amparo); 107/2008, de 22 de septiembre; 123/2008, de 20 de octubre; 70/2009, de 23 de marzo; 40/2010, de 19 de julio; 63/2010, de 18 de octubre; 63/2010, de 18 de octubre; y 131/2012, de 18 de junio⁴⁷.

Paralelamente, durante el periodo 2008-2012, el TEDH ha dictado cinco sentencias relativas a denuncias de torturas contra España. Se trata de las Sentencias *Iribarren Pinillos*, de 8 de abril de 2009; *San Argimiro Isasa*, de 28 de septiembre de 2010; *Beristain Ukar*, de 8 de marzo de 2011; *B.S.*, de 24 de octubre de 2012; y *Otamendi Eiguren*, de 16 de octubre de 2012⁴⁸.

⁴⁷ Así como en el Auto 390/2008, que desestimó el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la providencia que inadmitió el recurso de amparo por haberse interpuesto prematuramente. A esta serie de resoluciones debe añadirse el ATC 365/2008, de 17 de noviembre, que desestimó el recurso de amparo por carencia manifiesta de contenido constitucional de la demanda de amparo al no apreciarse que se produjeran las violaciones alegadas. El 28 de enero de 2013, el TC ha dictado su última, hasta el momento, sentencia sobre el particular (STC 12/2013).

Un estudio sobre la cuestión, en SÁNCHEZ-TEMBLEQUE PINEDA, A., «Denuncia de delito de torturas contra agentes de la autoridad y sobreseimiento prematuro de la causa consecuente a la ausencia de investigación oficial suficiente y efectiva», *Diario la ley*, 2008, núm. 6969; *Id.*, «El proceso de amparo no puede ser vehículo para el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, no obstante la existencia de acusación por delito de torturas, si es que lo que se pide al TC es una nueva valoración de la prueba en proceso concluido por sentencia absolutoria», *Diario la ley*, 2009, núm. 7.115. También, QUERALT JIMÉNEZ, A., «Martínez Sala y otros c. España (STEDH de 2 de noviembre de 2004): La vertiente procedimental del derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos inhumanos o degradantes», en ALCÁZER GUIRAO, R.; BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (coords.), *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Thomson Reuters, 2013, pp. 37-61, y VILLEGAS FERNÁNDEZ, J. M., «El abuso de las denuncias por torturas a los terroristas», *Actualidad jurídica aranzadi*, 2010, núm. 791.

⁴⁸ Adicionalmente, el TEDH ha dictado cuatro Decisiones relativas al art. 3 CEDH (*Gasayev*, de 17 de febrero de 2009; *Keita y otros*, de 1 de diciembre de 2009; *Gutiérrez Dorado y Dorado Ortiz*, de

Todas ellas planteaban idéntico problema al señalado, esto es, una investigación insuficiente de una denuncia de tratos inhumanos y degradantes sufridos bajo custodia policial. Y en todas ellas la respuesta del TEDH fue similar. Tras recordar que el art. 3 CEDH establece una prohibición absoluta frente a la que la CEDH no permite restricciones ni prevé su eventual suspensión, el TEDH señala que para considerar que un Estado ha vulnerado esta prohibición la queja debe apoyarse en elementos de prueba apropiados que le permitan establecer «más allá de la duda razonable» que se han producido los alegados malos tratos y la gravedad de los mismos. Dado que en estos casos no pudo acreditarse así, el TEDH rechaza que se haya producido una violación sustancial del art. 3 CEDH.

Ello no obstante, el Tribunal, consciente de las dificultades de prueba ante las que en estos casos se enfrentan los demandantes, considera que sí ha habido una violación procedimental del art. 3 CEDH, circunstancia que se produce cuando, realizada por el particular la denuncia de malos tratos, las autoridades nacionales no han procedido a una investigación detallada y efectiva de la misma.

El TEDH ha señalado en estas Sentencias la plena identidad entre su doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional aunque advierte que España no ha atendido las recomendaciones incluidas en los informes realizados por el CPT del Consejo de Europa realizados a partir de las visitas a España desde el año 2000 en adelante. Algunas de estas recomendaciones se refieren a la práctica de las autoridades españolas en los casos de arresto incomunicado y sugieren modificaciones al respecto⁴⁹, todavía no incorporadas por España a su ordenamiento jurídico. Pues bien, sobre la base de estas lagunas, que considera indicios suficientes para animar a los tribunales internos a realizar una investigación más profunda para clarificar los hechos y para dar credibilidad a los demandantes, el TEDH ha declarado que España vulneró el art. 3 CEDH⁵⁰.

En el presente supuesto, por tanto, concurren las siguientes circunstancias:

— el TEDH ha elaborado una doctrina que, entre otros elementos, consiste en distinguir entre la violación sustancial y procedimental de la tortura y de los tratos y penas inhumanos y degradantes;

— el TEDH ha aplicado esta Sentencia a diversos casos relativos a España, lo que le ha llevado a declarar en sucesivas ocasiones la vulneración por parte de España del art. 3 CEDH;

27 de marzo de 2012; y *S.L.*, de 18 de diciembre de 2012), ninguna de las cuales se refiere al problema señalado. Véase LÓPEZ BOFILL, H., «Prohibición de tortura: violación del art. 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos desde el punto de vista procedimental (Comentario a la STEDH de 8 de marzo de 2011, *Beristain Ukar c. España*)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, núm. 10, pp. 85-94.

⁴⁹ Informes correspondientes a los años 2000, 2003, 2007, 2010 y 2011. El apartado de las Sentencias *Derecho y práctica internos pertinentes* reproduce los párrafos relativos a esta cuestión.

⁵⁰ SSTEDH *San Argimiro Isasa* (párrs. 37-39); *Beristain Ukar* (párr. 36); *Otamendi Eiguren* (párr. 41).

— el TC español ha recogido esta doctrina en toda su extensión. Conviene hacer notar la importancia que el TC da a las Sentencias del TEDH frente a las resoluciones e informes de otros órganos internacionales de control internacional pues, en efecto, la Sentencia *Martínez Sala* del TEDH es la única resolución de un órgano internacional a la que se refiere;

— los particulares afectados recurrieron ante el TC, alegando precisamente la vulneración procedimental de su derecho, de ahí que fundamenten su recurso de amparo en el art. 24 CE;

— pese a la objetivación del recurso de amparo, lo que podría haber llevado al TC a inadmitir estas demandas porque ya existe doctrina sobre el particular (a partir de la STC 34/2008) de modo que podría considerar que el asunto carece ya de «especial trascendencia constitucional», el TC ha continuado admitiendo estos recursos, en el entendido que se refieren a un derecho sustantivo de carácter absoluto;

— el TC ha concluido que en estos casos se ha producido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. Para llegar a esta conclusión se apoya en la jurisprudencia del TEDH;

— este último, por su parte, reconoce expresamente que el TC ha atendido efectivamente su doctrina; ello, con todo, no le impide concluir que el régimen de investigación de los tratos inhumanos en España se adecúa a lo exigido por el art. 3 CEDH;

— ello es así porque el TEDH realiza una consideración adicional: las autoridades legislativas españolas —que no los jueces y Tribunales— no han incorporado en su totalidad las recomendaciones incluidas en los informes realizados por el CPT relativas a la práctica que deben seguir las autoridades españolas en los casos de arresto incomunicado.

Resulta, por consiguiente, importante que el TC dicte una Sentencia en la que, además de reafirmar su doctrina y de poner de manifiesto la identidad de la misma con la jurisprudencia del TEDH, señale los déficits legislativos y de actuación de la Administración advertidos por Estrasburgo y emplace al legislador y a las Administraciones españolas a resolverlos. Al hacerlo así, el TC cumpliría con su función de adaptar más estrictamente la interpretación constitucional de un determinado derecho fundamental a las exigencias del CEDH, una función que, tal como afirmó en las Sentencias 167/2002 y 120/2009 (ya citadas), le corresponde. Por lo demás, el Tribunal podría considerar que el recurso de amparo presenta trascendencia constitucional porque la violación del derecho fundamental proviene de la Ley o de otra disposición de carácter general (los tratados internacionales).

2.2.2. *Las garantías del debido proceso y el principio de inmediación (art. 6.1 CEDH; art. 24.2 CE)*

¿Cuáles son las garantías que deben concurrir para que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda ser condenado por un Tribunal de apelación? El TEDH dio respuesta a esta cuestión en su Sentencia *Bazo González*,

de 16 de diciembre de 2008, en la que por vez primera aplica a España su doctrina sobre el particular. La Sentencia expone los elementos principales de esta doctrina:

1) «Ante un Tribunal de apelación que goza de plena jurisdicción, el art. 6 no garantiza necesariamente el derecho a una vista pública ni, si dicha vista ha tenido lugar, el de asistir en persona a los debates».

2) Ahora bien, cuando en el caso concreto «una instancia de apelación debe conocer un asunto de hecho y en Derecho y estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir estas cuestiones sin valoración directa de los medios de prueba presentados en persona por el acusado que afirma que no ha cometido el acto considerado como una infracción penal».

3) Y deduce de lo anterior un tratamiento distinto para los casos en los que el Tribunal de apelación revise la sentencia de instancia a partir de argumentos de derecho o a partir de una revisión de los elementos fácticos del caso. En este último supuesto, las garantías del proceso exigen la audiencia al interesado.

La STEDH *Bazo González*, en la que el TEDH consideró que los tribunales españoles habían actuado con pleno respeto del art. 6.1 CEDH (derecho a un proceso equitativo), ilustra bien esta distinción. José Félix Bazo González fue juzgado como autor de delito de contrabando por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Baracaldo, que le absolvió por considerar que la Ley 13/1998 relativa al mercado de tabaco había supuesto una liberalización de las transacciones, eliminando el tabaco del listado de mercancías comercializadas por el Estado en régimen de monopolio. De lo anterior el Juzgado dedujo que la actividad realizada por el acusado no era objeto del delito de contrabando previsto en la Ley 12/1995 de represión del contrabando.

Interpuesto recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado, la Audiencia Provincial de Vizcaya dictó Sentencia el 18 de diciembre de 2002. En la misma estimó el recurso y condenó al Sr. Bazo González a quince meses de prisión por un delito de tentativa de contrabando. La Audiencia consideró que la interpretación que el Juzgado había hecho de la Ley 13/1998 era errónea y que la comercialización del tabaco seguía estando monopolísticamente en manos del Estado.

Así las cosas, el TEDH consideró que, pese a no haberse celebrado audiencia en el juicio de apelación, no se había producido la vulneración del art. 6.1 CEDH, ya que la Audiencia Provincial se limitó a las cuestiones puramente jurídicas del asunto, sin entrar a considerar los hechos declarados probados por el juez *a quo*.

Diferente fue la decisión del TEDH en su Sentencia *Igual Coll c. España*, de 10 de marzo de 2009, igualmente ilustrativa de la diferenciación establecida por el Tribunal Europeo. El recurrente había sido acusado de un delito de abandono de familia por no haber pagado la pensión alimenticia de sus hijos. El Juzgado de lo Penal núm. 10 de Valencia constató este hecho pero conside-

ró que, a la luz de la situación financiera del acusado, no podía afirmarse que hubiera tenido intención de no realizar dichos pagos. En consecuencia, no cumpliéndose el elemento subjetivo del tipo, declaró la inocencia del Sr. Igual Coll. La Audiencia Provincial de Valencia alcanzó una conclusión contraria. Tras examinar las cuentas corrientes y la calificación profesional del acusado consideró que sí podía entenderse satisfecho el señalado elemento subjetivo del tipo penal. Como constató el TEDH, «la Audiencia Provincial no sólo tuvo en cuenta el elemento objetivo del delito [...] sino también examinó las intenciones y el comportamiento del demandante, así como las posibilidades de obtener ingresos más elevados debido a su formación profesional».

En opinión del Tribunal, dicho examen difícilmente puede ser considerado como referente sólo a cuestiones de Derecho. En efecto, «implica, por sus características, posicionarse ante hechos decisivos para la determinación de la culpabilidad del demandante». Por todo lo dicho, el TEDH declaró que, al haber procedido a la condena del Sr. Igual Coll sin haberle oído personalmente, la Sentencia de la Audiencia no resultaba «conforme con las exigencias de un proceso justo garantizado por el art. 6.1 CEDH».

Con posterioridad, el TEDH ha declarado que España ha incumplido este derecho en sucesivas ocasiones: asuntos *Marcos Barrio* (Sentencia de 21 de septiembre de 2010), *García Hernández* (16 de noviembre de 2010), *Almenara Álvarez* (25 de octubre de 2011), *Valbuena Redondo* (13 de diciembre de 2011), *Lacadena Calero* (22 de noviembre de 2011) y *Serrano Contreras* (20 de marzo de 2012), las dos últimas referidas a asuntos en los que la revocación de la absolución fue decidida por el Tribunal Supremo⁵¹.

El Tribunal Constitucional acogió la doctrina del TEDH con carácter inmediato a la aprobación de la Sentencia *Igual Coll*, pues el 7 de diciembre del año siguiente dictó su Sentencia 184/2009, en la que asumió que su doctrina —expuesta en la STC 272/2005, de 24 de octubre, FJ 2— no respondía a los presupuestos de Estrasburgo. Ciertamente, el TC consideraba que los tribunales de apelación podían revocar una absolución si ello viene motivado en una distinta calificación jurídica de los hechos probados, cuando esta nueva calificación de los hechos responda, bien a una nueva valoración de pruebas documentales, bien a una distinta inferencia probatoria a partir de indicios no controvertidos. Siendo ello así, el TC consideraba que el Derecho español no exigía, en ninguno de estos dos casos, oír al acusado o a los testigos⁵².

Tras realizar este examen de su doctrina y contrastarla con la del TEDH, la STC 184/2009 (así como la posterior STC 45/2011, de 11 de abril) introdujo una garantía adicional y complementaria a la inmediación, la audiencia per-

⁵¹ Al listado anterior, deben añadirse los asuntos *Román Zurdo* y *González Carrasco y Callea Arcal*, admitidos por sendas Decisiones de la Sección 3.ª de 11 de octubre de 2011 y 29 de mayo de 2012, respectivamente.

⁵² ALCÁCER GUIRAO, R., *El derecho a una segunda instancia con todas las garantías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; *Id.*, «Igual Coll c. España (STEDH de 10 de marzo de 2008) Las garantías del proceso equitativo en la segunda instancia penal», en ALCÁCER GUIRAO, R., BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (coords.), *Conflicto y...*, *op. cit.*, nota 47, pp. 178-195.

sonal del acusado, que no obstante ubica como parte del derecho de defensa (también recogido en el art. 24.2 CE) y no en el derecho a un proceso con todas las garantías. Dice el Tribunal:

«La presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído» (FJ 3).

Y añade:

«De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso —como en nuestro sistema jurídico ocurre, en tantas ocasiones, en la casación penal—, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal *ad quem* puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado. En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, la posición de la parte podría entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte» (FJ 3).

En consecuencia, puede afirmarse que el TC español ha sido receptivo a la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, modificando su jurisprudencia anterior con base precisamente en una sentencia del TEDH condenatoria de España⁵³. Es de destacar asimismo el elevado número de resoluciones adoptadas por el Tribunal Constitucional, siendo así que desde 2008 ha dictado más de 20 resoluciones al respecto⁵⁴, pese a no cumplirse, en principio, ninguno de los supuestos que, según el FJ 2 de la STC 155/2009, podrían revelar la trascendencia constitucional del recurso de amparo. Esta práctica

⁵³ Ahora bien, el TC no siempre ha hecho una aplicación aparentemente correcta de la doctrina del TEDH. Destaca en este sentido la STC 122/2010, de 4 de octubre, en la que estimó el amparo al considerar que la Audiencia se limitó a inferir la existencia de engaño (se trataba de un delito de estafa) a partir de la aplicación de las reglas de la lógica y la experiencia. No parece ciertamente que esta nueva valoración de los hechos, pese a realizarse a partir de una argumentación jurídica, suponga la mera consideración de las cuestiones puramente jurídicas del asunto.

⁵⁴ SSTC 28/2008, de 13 de junio; 180/2008, de 22 de diciembre; 16/2009, de 26 de enero; 118/2009, de 18 de mayo; 170/2009, de 9 de julio; 188/2009, de 7 de septiembre; 215/2009, de 30 de noviembre; 2/2010, de 11 de enero; 127/2010, de 29 de noviembre; 46/2011, de 11 de abril; 135/2011, de 12 de septiembre; 142/2011, de 26 de septiembre; 154/2011, de 17 de octubre; y 144/2012, de 2 de febrero, además de las ya citadas SSTC 184/2009 y 45/2011. Por otra parte, las SSTC 124/2008, de 20 de octubre; 153/2011, de 17 de octubre; y el ATC 122/2010, de 4 de octubre, consideran que no se produjo la alegada vulneración del art. 24.2 CE. En este orden de cosas, es de destacar que durante los meses de enero a junio de 2013, el TC ha dictado diez Sentencias sobre esta cuestión: en siete ocasiones ha concluido que se produjo la vulneración alegada —SSTC 120, 119, 118 (de 20 de mayo), 105 (6 de mayo), 88 (11 de abril), 75 (de 8 de abril), 53 (28 de febrero), 43 (25 de febrero)— y en tres ocasiones —SSTC 22 (26 de febrero), 57 (11 de marzo) y 78 (8 de abril)— consideró que no fue así.

se explica porque algunos magistrados del Tribunal han considerado que el incumplimiento por los tribunales del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional es causa suficiente para la admisión de los recursos de amparo, sin que quepan excepciones o intentos de objetivación de esta causa⁵⁵. Por lo demás, el TC ha otorgado el amparo en la inmensa mayoría de las 20 resoluciones señaladas⁵⁶. Esta situación es reflejo de una deficiente recepción de la jurisprudencia del TEDH por los tribunales ordinarios españoles, incluido el Tribunal Supremo que actuó como tribunal de apelación en los asuntos *Lacadena Calero* y *Serrano Contrera*.

Ahora bien, las Sentencias del TEDH se refieren a supuestos en los que el TC ha dejado de decidir estos asuntos por existencia de una doctrina constitucional al respecto (y, consiguientemente, por inexistencia de trascendencia constitucional). En estos casos, el condenado en España ha recurrido al TEDH que, como se ha expuesto, ha declarado reiteradamente que España ha incumplido con las correspondientes obligaciones del CEDH.

Es por todo ello que puede afirmarse que existe una situación de distanciamiento entre, por una parte, las resoluciones de la jurisdicción ordinaria —que motivadamente se aparta de la doctrina establecida por el TC— y, por otra, la doctrina del TC. Por lo demás, no puede olvidarse que el desconocimiento reiterado de los principios inspiradores de esta doctrina ha sido causa de diversas Sentencias del TEDH declarativas de la vulneración por España del derecho a un proceso equitativo recogido en el art. 6 CEDH; situación esta última que puede definirse como un nuevo distanciamiento de las resoluciones de la jurisdicción ordinaria, en este caso de la doctrina del TEDH⁵⁷. Ambas circunstancias son suficientes para considerar la especial trascendencia constitucional requerida por el art. 50.1.b) LOTC y que son causa para que el TC dicte una Sentencia en la que con claridad realice la determinación precisa del contenido del derecho fundamental a

⁵⁵ Véase el Voto Particular del Magistrado Eugeni Gay Montalvo respecto de la STC 155/2009, FJ 6. Véase asimismo el Voto Particular que este mismo magistrado realizó al ATC 289/2008, de 22 de septiembre, en el que manifiesta sus dudas sobre la interpretación que el TC realiza de la LO 6/2007.

⁵⁶ Ésta ha sido su conclusión, por ejemplo, en la STC 153/2011, de 17 de octubre, en la que consideró que la Audiencia no debatió sobre los hechos probados en instancia, limitándose a completar los argumentos jurídicos debatidos a partir de la valoración del expediente administrativo tramitado por un Ayuntamiento para la reforma de un paso a nivel en el que posteriormente se produjo un accidente que dio lugar a la condena por homicidio involuntario al conductor del vehículo accidentado. El TC ha continuado admitiendo los recursos de amparo sobre el particular entendiendo que su doctrina sobre los principios de publicidad, intermediación y contradicción contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) está «siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria» (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2), por lo que estos asuntos presentan la exigida «especial trascendencia constitucional».

⁵⁷ Véase ATC 123/2012, de 18 de junio, por el que se estima el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la providencia de la Sala Segunda del TC de 13 de abril de 2012 que declaró la inadmisión de un recurso de amparo en el que el recurrente se quejaba que la Audiencia Provincial de Murcia realizó una nueva valoración de las pruebas tenidas en cuenta por el Juzgado de lo Penal sin celebrar la correspondiente vista oral y, por tanto, sin cumplir las garantías de intermediación y contradicción exigidas por la doctrina constitucional desde la STC 167/2002, en línea con la jurisprudencia del TEDH. La Sala inadmitió el recurso de amparo por no apreciar en el mismo la especial trascendencia constitucional requerida por el art. 50.1.b) LOTC.

un proceso equitativo (art. 24.1 CE) y reitere una doctrina que está siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria (STC 155/2009, FJ 2).

2.2.3. Políticas migratorias y el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH; arts. 18.1 y 39.1 CE)

Cabe, por último, referirse a aquellos casos en los que el TEDH ha elaborado una doctrina que no ha aplicado directamente en asuntos en los que España ha sido parte demandada. El efecto útil de la jurisprudencia del TEDH hace que resulte aplicable al Derecho español y que, en consecuencia, un particular pueda alegar tal doctrina o un tribunal proceder a su consideración (art. 10.2 CE).

Tal es el caso de las Sentencias del TEDH relativas al respeto al derecho a la vida familiar; en particular, en relación con las decisiones de los Estados relativas a la entrada, permanencia o expulsión de los extranjeros en su territorio. Estas decisiones deben adecuarse a los derechos a la vida privada y familiar protegidos por el art. 8 CEDH, uno de cuyos elementos principales es, al decir del TEDH, la relación entre padres e hijos. La cuestión es singularmente interesante porque, como ha expuesto el TC en relación con el derecho al reagrupamiento familiar, «nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH» (FJ 11). Sin embargo, según se ha advertido, ello en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese «derecho a la vida familiar» derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional (SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11; 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8).

La Sentencia *Boujlifa c. Francia*, de 21 de octubre de 1997, expone abiertamente el conflicto planteado. Mientras que, por un lado, corresponde a los Estados partes asegurar el orden público (una de cuyas expresiones es el control de la entrada y estancia de los extranjeros en su territorio), es claro, por otro, que las decisiones en esta materia no pueden dañar el derecho protegido por el art. 8 CEDH y que deben ser necesarias en una sociedad democrática, esto es, justificadas por una necesidad social y proporcionadas al objetivo legítimo protegido. El TEDH, por consiguiente, ha de determinar si la medida litigiosa ha respetado el justo equilibrio entre los intereses en presencia, a saber, por una parte, el derecho del demandante al respeto de su vida privada y familiar; y, por otra, la protección del orden público y la prevención del delito. En ocasiones, el resultado de esta ponderación lleva al TEDH a constatar que la decisión de expulsión no contradice el CEDH. Así, en el asunto *Boujlifa*, el TEDH consideró que la expulsión de un extranjero que había cometido un delito grave en Francia sin que concurriera ninguna circunstancia relevante

de tipo personal salvo la de no haber manifestado la voluntad de ser francés cuando tenía derecho a hacerlo, no resultaba desproporcionada.

En la Sentencia *Bouchelkia c. Francia*, de 29 de enero de 1977, el Tribunal entendió ajustada al CEDH la expulsión de un menor que había cometido una violación, siendo este menor expulsado a su país de origen, del que era nacional y en el que residían familiares próximos.

En cambio, el TEDH en el asunto *Berrebah c. Países Bajos*, de 21 de junio de 1988, consideró que la decisión de las autoridades holandesas de expulsar a un extranjero tras su divorcio de una holandesa con la que había tenido un niño no cumplía el requisito de proporcionalidad. Holanda justificó la expulsión por la necesidad de proteger el mercado de trabajo y el bienestar económico del país, y el TEDH entendió que el objetivo perseguido no justifica el importante daño a la vida familiar que se causó al demandante.

También consideró contraria al CEDH, por desproporcionada, la decisión de Francia de expulsar a Argelia a un sordomudo, desequilibrado psicológicamente que había cometido una violación. El Tribunal valoró la inexistencia de vínculos familiares en Argelia y el que sus parientes estuvieran en Francia (*Nasri c. Francia*, 13 de enero de 1995)⁵⁸.

Por tanto, la noción de vida familiar es, como puede apreciarse, una cuestión de hecho dependiente de la realidad práctica de lazos personales estrechos⁵⁹. De ahí que un elemento esencial de la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 CEDH consista en exigir de la Administración y los tribunales internos la ponderación entre el bien jurídico perseguido con la expulsión, por una parte, y el arraigo y los vínculos familiares del extranjero expulsado, por otra, y en valorar el propio TEDH si tal ponderación se ha realizado correctamente.

Los tribunales españoles parecen haber atendido este deber de ponderación que, en muchos casos después de la reforma de la LOEX de 2007, está previsto en la propia ley⁶⁰. El TC, por su parte, se ha enfrentado a esta cuestión en tres ocasiones. La primera, con motivo del recurso de inconstitucionalidad planteado contra diversos preceptos de la LOEX 4/2000, cuyos arts. 16 y 17 regulan el derecho a la reagrupación familiar. Para el TC, que se hace eco de la jurisprudencia del TEDH señalada, la CE no reconoce el derecho a la vida familiar en los términos en los que lo hace el CEDH y menos

⁵⁸ La jurisprudencia del TEDH ha sido resumida por el TJUE en su Sentencia de 27 de junio de 2006 (asunto C-540/03), *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea*, párrs. 52 a 54. Debe mencionarse asimismo la STJUE de 8 de marzo de 2011 dictada con motivo del asunto *Gerardo Ruiz Zambrano y Office national de l'emploi*, en cuyos párrs. 42 a 45 se considera la circunstancia de un menor de edad nacional de un Estado miembro y, por tanto, ciudadano de la Unión.

⁵⁹ Aunque desde otra perspectiva, la reciente STC 198/2012, de 6 de noviembre, que da respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por 72 diputados del Grupo Popular contra la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, realiza en su FJ 5 ciertas consideraciones sobre la noción de vida familiar.

⁶⁰ Y aun antes. A modo de ejemplo, STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª) de 26 de enero de 2005 (RJ 2005/1520); STSJ de Murcia de 16 de febrero de 2007 (núm. 101/2007); STSJ de Castilla y León de 21 de octubre de 2005 (núm. 555/2005).

aún del derecho a la reagrupación familiar. El art. 18.1 CE se refiere simplemente al derecho a la intimidad familiar. Todos los aspectos de la doctrina de Estrasburgo, por consiguiente, no se corresponden con el art. 18.1 CE sino con el principio de protección de la familia recogido en el art. 39.1 CE (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 11).

Esta posición fue reiterada en el ATC 54/2010, de 19 de mayo, que resuelve una cuestión de inconstitucionalidad que formuló el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Barcelona. El art. 31.4 LOEX establecía que para autorizar la residencia temporal del extranjero en España, éste debe carecer de antecedentes penales. El juez pregunta al TC sobre la eventual contradicción de este precepto con el art. 39.1 CE pues si no se da la circunstancia de que el extranjero carezca de antecedentes penales, automáticamente sin excepción ni posibilidad de ponderación alguna, le será negada la solicitada autorización.

Para el TC no se produce la contradicción entre el art. 31.4 LOEX y el art. 39.1 CE. Según su parecer, el art. 31.4 LOEX persigue un objetivo legítimo (el orden público), no sacrifica ningún derecho preexistente, ya que el derecho de los extranjeros a residir en España es un derecho de configuración legal, y es proporcionada porque no es permanente en el tiempo, pues solamente subsiste en tanto los antecedentes penales no sean cancelados. Por último, el TC argumenta que de la misma manera que para conseguir un permiso de residencia en España se precisa la existencia de vínculos que unen al extranjero a este país (ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico, etc.), la exigencia de vínculos también se hace patente mediante el respeto a las normas de convivencia que expresan las normas penales; respeto que es el que se manifiesta en el requisito cuestionado.

Finalmente, la STC 140/2009, dictada con motivo de un recurso de amparo en el que se cuestiona si la resolución administrativa por la que se impone al recurrente la sanción de expulsión y prohibición de entrada en España (prevista en el art. 57 LOEX) y la resolución judicial que en apelación confirma dicha resolución han vulnerado sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la defensa por no haberse valorado la alegada existencia de arraigo, al considerar que ésta era una cuestión irrelevante (FJ 1). El TC concluye que, en efecto, la señalada falta de motivación ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente quien había alegado insistentemente el hecho de tener una pareja estable y cuatro hijos menores de edad escolarizados en Pamplona. Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal recoge, en virtud del art. 10.2 CE, la doctrina del TEDH sobre expulsión de los extranjeros y concretamente la afirmación de que el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión, ya que según los casos podría resultar una medida desproporcionada. Ahora bien, el TC afirma que esta doctrina es de aplicación para valorar la eventual vulneración del art. 39.1 CE, en otras palabras, no pone en relación los arts. 8.1 CEDH y 8.1 CE, cuyo contenido, como se ha dicho, no coincide. En el presente supuesto, en cualquier caso, basta constatar la falta de motivación de las resoluciones administrativa y judicial para concluir que

ha habido violación del art. 24 CE, el único alegado por el recurrente, pues las señaladas resoluciones ni han motivado ni han valorado la existencia de arraigo alegada.

En definitiva, el TC ha recogido la doctrina del TEDH sobre el derecho a la vida familiar en relación con el derecho de extranjería, afirmando que, en su opinión, esta doctrina guarda relación con el principio de protección a la familia, y exige que la Administración y los tribunales en los casos de autorización de entrada, permanencia, concesión de permisos de residencia y expulsión motiven también desde esta perspectiva sus resoluciones, so pena de que se produzca una violación del art. 24.1 CE.

Pero al considerar que esta doctrina del TEDH no guarda relación con el art. 18 CE establece diferencias importantes entre el Derecho europeo y el Derecho español. Mientras que en este último basta que se produzca la motivación exigida, el Derecho europeo requiere al juez nacional que haga un ponderación entre el objetivo perseguido por la medida y el daño que ésta pueda causar al derecho a la vida familiar del afectado.

De considerar el TC que la motivación exigida afecta al art. 18.1 CE, el estándar de exigencia de las medidas administrativas y judiciales de extranjería sería mayor: la motivación exigida tendría un contenido (la ponderación entre el objeto perseguido y el arraigo y los vínculos familiares del extranjero afectado) y un objetivo (valorar si se ha realizado correctamente) concretos.

Advertidas estas divergencias entre la doctrina del TC y del TEDH y, en tanto que el TC considere que los asuntos sobre esta cuestión no tienen trascendencia constitucional: 1) los tribunales ordinarios aplicarán la doctrina TEDH según su propio entendimiento; 2) lo que producirá divergencias no sólo entre las diferentes resoluciones judiciales dictadas por los tribunales españoles sino también entre estas resoluciones y la doctrina del TEDH, y 3) sin que resulte extraño que los particulares planteen demandas ante el TEDH y que éste, en aplicación de su jurisprudencia, condene a España por vulneración del art. 8 CEDH. Es por ello que una Sentencia del TC resulta pertinente.

2.3. La Sentencia del TC y la exposición de los rasgos singulares del Derecho español

El segundo bloque de familias de asuntos en los que España es parte demandada que se ha formado ante el TEDH desde la reforma de la LO 6/2007 se caracteriza porque, si bien, a diferencia del caso anterior, los tribunales españoles han recogido plenamente la doctrina de Estrasburgo, discrepan de la misma en alguno de sus extremos. La importancia de una eventual Sentencia del Tribunal Constitucional radica en este caso en poner de manifiesto esta discrepancia, en otras palabras, en cumplir la función explicativa frente al TEDH que le era propia y facilitar así su entendimiento y posterior aceptación por este último.

2.3.1. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas* (art. 6.1 CEDH; art. 24.2 CE)

La consideración de las Sentencias adoptadas por el TEDH y el TC durante el periodo 2008-2012 sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas da pie para ratificar la receptividad del TEDH a la jurisprudencia de los Altos tribunales españoles, cuestión a la que se ha hecho referencia previamente y que se ha ejemplificado en el diálogo habido entre el TEDH, por una parte, y los Tribunales Supremo y Constitucional, por otra, con motivo de la claridad de la Ley española que permite las intervenciones telefónicas con autorización judicial. A raíz precisamente de la consideración de esta cuestión se hizo referencia a la función explicativa de las resoluciones del TC.

Como es sabido, el TEDH ha establecido unos criterios a tener en cuenta para apreciar el grado de razonabilidad de las dilaciones. A través de estos criterios el Tribunal procura concretar para cada caso el concepto indeterminado de «plazo razonable» utilizado en el art. 6.1 CEDH. Estos criterios son: 1) la complejidad del litigio; 2) los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo; 3) la conducta procesal del recurrente; 4) la conducta de las autoridades competentes; 5) las consecuencias que del litigio presuntamente demorado se siguen para las partes, y 6) el interés que arriesga el demandante de amparo en el juicio. Y han sido recogidos y empleados por el TC con mención expresa de su formación por parte del TEDH (SSTC 5/1985, de 23 de enero, FJ 6 y STC 177/2004, de 18 de octubre, FJ 10)⁶¹.

Ahora bien, el TC hace uso de un criterio adicional: la denuncia de las dilaciones ante el órgano judicial que corresponda como requisito previo a la interposición del recurso de amparo. En un primer momento el TEDH no se mostraba de acuerdo con tal requisito, que veía como una exigencia de cooperación activa con el órgano judicial. Sin embargo, en una Decisión de 17 de mayo de 2001, dictada en el asunto *Cervero Carrillo*, el TEDH reconoce que esta exigencia es una cautela compatible con el Convenio, dado que pretende esencialmente otorgar al órgano judicial un plazo razonable para reparar el derecho presuntamente lesionado.

Por otra parte, esta jurisprudencia permite apreciar la importancia que puede llegar a tener una Sentencia del TC para exponer al TEDH la inexactitud de su posición respecto de España.

Todos los casos en los que España ha sido condenada por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas durante los últimos cinco años se refieren a supuestos en los que la Sentencia del TC se ha limitado a declarar (o debería haberlo hecho, de haberse aprobado) la existencia de una dilación una vez adoptada la resolución controvertida por el órgano judicial,

⁶¹ ORTEGA CARBALLO, C., «Soto Sánchez c. España (STEDH de 25 de noviembre de 2003): el Derecho a un proceso judicial sin dilaciones indebidas», en ALCÁZER GUIRAO, R., BELADÍEZ ROJO, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (coords.), *Conflicto y...*, op. cit., nota 47, pp. 223-247.

de modo que surge la cuestión de la reparación del daño causado por la duración indebida de los procedimientos judiciales.

En este sentido, de entre todos los asuntos resueltos por el TEDH destaca la Sentencia *Moreno Carmona*, de 9 de junio de 2009, ya que en ella se plantea esta cuestión. En efecto, cuando al realizar el examen sobre la admisibilidad de la demanda, ante la alegación del Abogado del Estado de que no se habían agotado los recursos internos (pues no se había denunciado la dilación ante el Juzgado de instrucción), el TEDH respondió con mención del art. 292 LOPJ y de la STS de 29 de marzo de 1999 que sería excesivo exigir al demandante el uso de una vía (la judicial) si se ha utilizado correcta, aunque infructuosamente, otra (la reclamación de indemnización por deficiente funcionamiento de la Administración) cuyo fin es prácticamente el mismo (párrs. 33-37).

Se advierte aquí un correcto entendimiento por el TEDH de las posibilidades que el Derecho español ofrece al perjudicado por un retraso indebido en la administración de justicia que conviene retener por el TC a los efectos de tomar la voz en el diálogo con el TEDH y exponer los motivos por los que sus condenas a España pueden entenderse inadecuadas, ya que las demandas resultaban prematuras al no haberse agotado los recursos que el Derecho español ofrece a los particulares.

Ciertamente, las Sentencias sobre este particular dictadas por el TC durante los años 2008-2012 son sentencias meramente declarativas, de suerte que la reparación debida habrá de satisfacerse mediante el procedimiento administrativo ante el Ministerio de Justicia previsto en el art. 292 y ss. LOPJ (y en el art. 121 CE)⁶². Así las cosas, resultaría de interés que el TC dictara una Sentencia exponiendo que sus sentencias pueden servir de base, en efecto, para acreditar el anormal funcionamiento de la justicia a los efectos de una eventual reparación (STC 21/1998) y que, siendo el perjudicado el único habilitado para instar la vía administrativa, la lesión del derecho en estos casos no se produce en tanto éste no lo haya hecho así.

2.3.2. *La protección de la vida privada en el domicilio frente a las inmisiones inmateriales (art. 8 CEDH; art. 18.1 CE)*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado cuatro sentencias referidas a España sobre la protección de la vida privada en el domicilio frente a las inmisiones inmateriales (Sentencias *López Ostra*, de 23 de noviembre de 1994; *Moreno Gómez*, de 16 de noviembre de 2004; *Martínez Martínez*, de 18 de octubre de 2011; y *Martínez y Pino*, de 3 de julio de 2012). En las cuatro se condena a España por violación del derecho a la vida privada de los recurrentes. Esta vulneración del art. 8 CEDH obedece a que el Dere-

⁶² Sobre este particular, véase MOREIRO, C., *La invocación del plazo razonable ante el Tribunal de Justicia*, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 32-44.

cho español no garantiza la inviolabilidad del domicilio frente a los daños medioambientales graves⁶³. La cuestión de fondo es importante pues ocurre que la Constitución española concibe el derecho a la inviolabilidad del domicilio como expresión del derecho a la intimidad y circunscribe su contenido a la defensa fundamentalmente frente a intromisiones físicas en el domicilio personal. Así responden, en efecto, los tribunales españoles a las quejas formuladas por la Sra. López Ostra, quien en su demanda ante los órganos de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos, invocó los arts. 8.1 y 8.2 CEDH considerándose víctima de una violación del derecho al respeto a su domicilio que hace imposible su vida privada y familiar, así como de un trato degradante.

En su Sentencia el TEDH fija su doctrina sobre la inviolabilidad del domicilio por daños medioambientales graves. Esta doctrina es, en síntesis, la siguiente: 1) Hay ocasiones en las que determinados daños al medioambiente especialmente graves pueden hacer inviable la vida de los particulares en su domicilio. Es el caso del ruido en las cercanías de los grandes aeropuertos o de las emanaciones de olores y humos provocadas por una planta depuradora en una vivienda situada a escasos metros de la misma. 2) Ha de haber una relación de causalidad entre el ruido, los olores, los humos, etc., y los daños que éstos provocan sobre los recurrentes. En principio la carga de la prueba de esta relación y de su gravedad recae sobre los afectados. 3) Esta prueba ha de demostrar también que las autoridades públicas no han cumplido con los deberes que les son exigibles de evitar o disminuir tales daños al medioambiente y de proteger a los afectados.

La recepción de la doctrina de Estrasburgo se ha producido a través de la STC 119/2001. El origen de esta sentencia fue la solicitud formulada por la Sra. Moreno Gómez al Ayuntamiento de Valencia de que le fuera abonada una determinada cantidad en concepto de indemnización por vulneración de los derechos fundamentales a la vida, salud, intimidad e inviolabilidad del domicilio. La mencionada solicitud de indemnización se fundamentaba en la elevada contaminación acústica que venía padeciendo en su domicilio, situado en una zona donde había multitud de establecimientos molestos.

Al examinar la STC 119/2001 conviene hacer notar, en primer lugar, la posición del Ministerio Fiscal. El fiscal ante el TC abogó por ampliar el concepto constitucional de domicilio. Sobre la base de la Sentencia *López Ostra*, el fiscal indicó que la inviolabilidad del domicilio podría quedar afectada si el medioambiente circundante hace imposible la vida en su interior.

⁶³ Ya en su Sentencia *Powell y Rainer c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990, el TEDH consideró que, en determinados casos de singular gravedad, la protección frente a los derechos medioambientales es parte integrante del derecho a la vida privada y familiar. Esta interpretación amplia del contenido del art. 8.1 CEDH responde al entendimiento del TEDH de que los Estados deben garantizar los derechos y libertades reconocidos en la Convención de Roma de forma efectiva, tomando en consideración las situaciones de hecho de cada momento. Así, la Sentencia *Powell y Rainer* concedió el amparo a los demandantes en razón de la escasa diligencia mostrada por las autoridades británicas para hacer frente a la contaminación acústica provocada sobre los demandantes por los movimientos de los aviones del aeropuerto de Heathrow.

Esta posición es aceptada por el TC, en cuya sentencia pueden seguirse los cinco pronunciamientos siguientes: 1) En el FJ 5 el TC recoge su doctrina sobre el derecho a la intimidad personal y familiar, uno de cuyos elementos fundamentales es la noción de domicilio inviolable, que desarrolla. 2) Todavía en este FJ 5 reconoce que las nuevas realidades de la sociedad tecnológica imponen una revisión de esta doctrina para hacer que estos derechos resulten reales y efectivos. Y señala que el TEDH ya lo ha hecho así. 3) A continuación —en el FJ 6— remite al art. 10.2 CE y destaca que con base en el mismo el TC se ha hecho eco de esta doctrina, con cita expresa de la STC 199/1996, a cuyo *obiter* se ha hecho referencia previamente. 4) El Tribunal procede acto seguido a realizar una interpretación del art. 18 CE conforme con la jurisprudencia del TEDH. En este sentido afirma que «una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar; en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida» (FJ 6). 5) Por último, en el FJ 7 el TC aplica la doctrina anterior. Al hacerlo razona a partir de los parámetros en los que lo hizo el TEDH y deduce que, ante la falta de pruebas, no procede otorgar el amparo.

La Sra. Moreno Gómez recurrió ante el Tribunal de Estrasburgo, lo que dio origen a la STEDH de 16 de noviembre de 2004. Ante la alegación del Gobierno de que la demandante no había probado la intensidad de los ruidos en el interior de su domicilio, el TEDH responde: «La exigencia de esta prueba, en este caso, resulta muy formalista dado que las autoridades municipales habían ya calificado la zona donde vive la demandante como “Zona Acústicamente Saturada”, esto es, una zona que sufre un impacto sonoro elevado que constituye una fuente de agresión importante para sus habitantes (ordenanza municipal de 28 de junio de 1986)».

Tomando en cuenta la intensidad de las molestias sonoras, más allá de los niveles autorizados y durante la noche, y el hecho de que estas molestias se repiten durante años, el TEDH concluye que ha habido un atentado a los derechos protegidos en el art. 8 CEDH. Reconoce que la Administración municipal ha adoptado medidas, en principio adecuadas, pero añade que durante el periodo afectado, la Administración ha tolerado el incumplimiento reiterado de su reglamentación. Los hechos muestran —concluye— que la demandante ha sufrido «un grave atentado a su derecho al respeto del domicilio en razón de la pasividad de la Administración ante la juerga nocturna». Recientemente, y con idénticos argumentos, el TEDH ha declarado por tercera (*Martínez Martínez*, de 18 de octubre de 2011⁶⁴) y cuarta vez que España ha vulnerado el art. 8 CEDH (Sentencia *Martínez y Pino*, de 3 de julio de 2012).

⁶⁴ GARCÍA URETA, A., «El ruido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Otra llamada de atención a la jurisdicción contencioso-administrativa (y también al Tribunal Constitucional): Comenta-

¿Se enmarca la STC 150/2011, de 29 de septiembre⁶⁵, en este contexto? Sin duda. En 2003 don Miguel Cuenca, vecino de la plaza donde vive la Sra. Moreno Gómez, formuló demanda de amparo ante el TC. Esta demanda fue inadmitida por el TC mediante una providencia dictada en octubre de 2004. Pero, dándose la circunstancia de que días después el TEDH hubo dictado su sentencia *Moreno Gómez*, el Fiscal ante el TC interpuso recurso de súplica contra la citada providencia. Por ATC 37/2005 se acuerda estimar el recurso de súplica y dejar sin efecto la providencia recurrida. Se afirma que la STE-DH justifica plenamente la reconsideración del recurso de amparo.

La STC 150/2011, pese a recoger la doctrina del TEDH expuesta, no concede el amparo solicitado por no haberse «acreditado una lesión real y efectiva de los derechos fundamentales aducidos imputable al Ayuntamiento de Valencia». Para el TC, «llegar a una conclusión distinta sería tanto como afirmar que, siempre que en una zona declarada acústicamente saturada o que reciba calificación protectora similar, cuando el ruido ambiental supere los niveles máximos autorizados, todos los que tengan en ella su domicilio, por esa mera circunstancia y sin necesidad de prueba individualizada, estarían sufriendo sendas vulneraciones de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la intimidad domiciliaria (art. 18.1 y 2 CE)» (FJ 7).

No deja de tener razón el TC al plantear esta objeción a las SSTEDH sobre la materia. La prueba, elemento determinante en esta jurisprudencia, requiere para ser efectiva de un carácter individual.

La importancia de la STC 150/2011 es grande si se concibe como parte de un diálogo con el TEDH. La exposición clara y razonada de los elementos singulares del Derecho español ha sido, como se ha estudiado, debidamente considerada por el TEDH en diversas ocasiones y, en la medida que las sentencias del TEDH son receptoras de los elementos señalados por el TC, los cuales, de este modo, se incorporan a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y, a través suyo, inciden sobre los Ordenamientos jurídicos del resto de Estados europeos.

A MODO DE CONCLUSIÓN: LAS SENTENCIAS DEL TEDH COMO SUPUESTO DE «ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL»

Como una consecuencia no pensada de la aprobación de la LO 6/2007, de reforma de la LOTC, el Tribunal Constitucional ha perdido el papel que tradicionalmente ha jugado como elemento de unión entre los sistemas español y europeo de protección de derechos. La objetivación del recurso de amparo ha implicado, en efecto, que el TEDH y el TC no compartan ya los mismos objetivos y principios de actuación porque en el nuevo recurso de amparo

rio a Martínez Martínez v. España. Sentencia del TEDH de 18 de octubre de 2011)», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 21 de noviembre de 2011.

⁶⁵ CONTRERAS CEREZO, P., «El ruido no molesta al Tribunal Constitucional. TC, Pleno, S de 29 Sep. 2011», *Diario La Ley*, 2012, núm. 7.798.

ni la eventual lesión del derecho fundamental es el elemento determinante para la admisión del recurso ni la reparación del daño causado es el objetivo principal de la sentencia. Sin embargo, los particulares, cuya demanda de amparo ha sido inadmitida, no se aquietan ante esta respuesta y recurren al Tribunal Europeo en busca de la declaración de la vulneración de su derecho y de la reparación de éste.

El cambio de las reglas de admisión del recurso de amparo ha provocado, por tanto, un aumento de la conflictividad de España ante el Tribunal de Estrasburgo y asimismo la aparición de familias de asuntos ante el TEDH que reiteradamente aplica su doctrina en estos casos.

En términos generales, esta doctrina ha sido aceptada por los jueces y tribunales españoles aunque persisten deficiencias legislativas e insuficiencias en la práctica judicial y de la Administración en esta recepción como se ha apreciado respecto de la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes y del principio de intermediación en la apelación penal. En estos casos resultaría importante una Sentencia del Tribunal Constitucional que identificara tales deficiencias y emplazara a su rectificación. De este modo, el TC determinaría el contenido constitucionalmente válido del derecho fundamental en cuestión, adaptando la interpretación del mismo a la doctrina del TEDH. Por otra parte, en la medida que en las dos ocasiones señaladas el TC ya ha sido receptor de esta jurisprudencia, la aprobación de tal sentencia sería un medio para asegurar el correcto cumplimiento de sus resoluciones.

Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH es aplicada directamente por los tribunales ordinarios y el hecho de que, como resultado de la objetivación del recurso de amparo, el control último de la garantía de los derechos fundamentales no esté ya concentrado en el TC, puede provocar, como ocurre en el supuesto de la política de inmigración sobre el derecho a la vida familiar, disparidades en su recepción. Una resolución del TC clarificando el alcance de la doctrina de Estrasburgo resulta, desde este punto de vista, imprescindible.

La posición del Tribunal Constitucional no tiene por qué ser en todo igual a la del TEDH ni el mantenimiento de tales diferencias debe entenderse causa de un enfrentamiento con este Tribunal; antes al contrario, el TEDH ha atendido la exposición razonada de las singularidades del Derecho español que, en los asuntos sobre un derecho sin dilaciones indebidas y sobre la autorización judicial de las intervenciones de las comunicaciones telefónicas, hizo el TC. Es importante que el Tribunal Constitucional realice esta función explicativa y establezca un diálogo judicial con el TEDH, como parece hacerlo con la STC 150/2011.

En definitiva, son muchas las razones que llevan a considerar que la objetivación del recurso de amparo no puede implicar la renuncia por el TC al ejercicio del tradicional papel de nexo con el TEDH que ha venido desarrollando desde su creación. Una tal intervención del TC puede, en efecto, tener trascendencia constitucional en relación con el asunto en concreto, pues éste representa una ocasión para que el Tribunal Constitucional aclare su doctri-

na, o resuelva frente a la existencia de resoluciones judiciales contradictorias a raíz de la aplicación judicial de la doctrina de Estrasburgo, o advierta (a raíz de la lectura de las sentencias del TEDH) que la vulneración del derecho fundamental que se denuncia proviene de la ley o de otra disposición de carácter general, o, en fin, tenga por objeto asegurar que su doctrina (acorde con la del TEDH) sea cumplida de modo general por la jurisdicción ordinaria,... Pero, al margen de cada caso en particular, el diálogo activo del TC con el TEDH tiene en sí mismo indudable interés constitucional.

El FJ 2 de la STC 155/2009 no recoge este extremo entre los supuestos que enumera como ejemplos de recursos de amparo que, por su contenido, justifican una decisión sobre el fondo en razón de su especial trascendencia constitucional. Los casos enunciados en la letra *b)* son los que más se aproximan al asunto que planteamos: un recurso «que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE».

Ahora bien, como se ha expuesto, no es preciso un cambio doctrinal del TEDH para que las sentencias de este Tribunal den ocasión al TC para cambiar o aclarar su doctrina —aunque, claro está, cuando esta circunstancia concurra el asunto tendrá interés constitucional—, ya que las consecuencias de ésta, haya sido aplicada a asuntos relativos a España o no, pueden ser diversos. Por otra parte, el distanciamiento entre la doctrina de los tribunales españoles (ordinarios y constitucional) y la eventual declaración de que España ha vulnerado uno de los derechos y libertades recogidos en la CEDH a cuyo cumplimiento se ha obligado tiene en sí mismo «unas consecuencias políticas generales» expresivas de su trascendencia constitucional⁶⁶.

La STC 155/2009 señala expresamente que la relación de casos que menciona es un elenco no cerrado, pues «a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido»⁶⁷. Pues bien, de

⁶⁶ Y el eventual pago de una cantidad que el TEDH puede conceder a la parte perjudicada en concepto de satisfacción equitativa cuando considere que el Derecho interno del Estado sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de la declarada violación del Convenio o de sus Protocolos (art. 41 CEDH). Esta cuestión económica no es baladí y fue considerada por el TC en otro contexto, al considerar que la transposición tardía de dos directivas y, sobre todo, «evitar la condena en los procedimientos de incumplimiento abiertos contra España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y sus consecuencias» es presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» exigido por el art. 86.1 CE para recurrir al Decreto-ley (STC 1/2012, de 13 de enero, FJ 10).

⁶⁷ De este modo, como un supuesto que parece abrir otras posibilidades, cabe entender el recogido en último lugar: «g) O, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los

este entendimiento, se propone que los recursos de amparo en los que el TC advierta un distanciamiento entre la doctrina del TEDH, por una parte, y la de los tribunales ordinarios o la suya propia, por otra, se consideren expresivos de trascendencia constitucional.

RESUMEN

UN NUEVO MARCO DE RELACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La LO 6/2007, de 24 de mayo, de reforma del Tribunal Constitucional ha supuesto la introducción de un nuevo modelo en materia de protección de derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional. El legislador orgánico ha objetivado el recurso de amparo al exigir que la demanda presente «especial trascendencia constitucional».

Esta reforma de la LOTC está teniendo consecuencias en las relaciones entre el TEDH y los tribunales españoles, produciendo tanto un incremento en el número de demandas individuales planteadas por residentes en España ante el TEDH como un aumento en el número de sentencias que declaran que España ha vulnerado uno de los derechos del CEDH. Con frecuencia tales demandas ante Estrasburgo se plantean después de que el TC haya inadmitido un recurso de amparo previo por carecer de «especial trascendencia constitucional», pese a haberse producido la lesión del derecho fundamental reconocido.

Partiendo de estos presupuestos el trabajo destaca la importancia del papel jugado por el TC como elemento de engarce entre los sistemas español y europeo de derechos, y ofrece vías para su redefinición.

Palabras clave: derechos humanos, derechos fundamentales, relación Derecho internacional/Derechos internos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, recurso de amparo objetivo.

ABSTRACT

A NEW FRAMEWORK FOR THE RELATIONSHIP BETWEEN THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT AND THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Organic Law 6/2007 (24 May 2007), amending Organic Law 2/1979 (3 October 1979), was introduced by the Constitutional Court. This new Organic Law provides a new model for the protection of fundamental rights by the Constitutional Court (the so-called *recurso de amparo*) on the grounds of a breach of the rights and freedoms referred to in art. 53.2 of the Spanish Constitution. The most innovative element of this regulation regarding applications for *amparo* is the substantive requirement of «special constitutional relevance» imposed by art. 50.1.b) for its admission. Thus, following the reform, the mere infringement of a fundamental right or public freedom will no longer be considered sufficient for admission.

This reform has consequences for the relationship between the European Court of Human Rights (ECHR) and the Spanish courts, as evidenced by the rise in the number of individual complaints brought before the ECHR by residents in Spain, and the number

supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios».

of judgments adopted by the ECHR against Spain. Individual complaints are often lodged before the ECHR after the Constitutional Court has rejected an application because of its failure to demonstrate «special constitutional relevance», even if a fundamental right has been breached.

This article examines the important role played by the Spanish Constitutional Court as a link between the Spanish and the European systems of the protection of human rights, and it suggests ways in which it might be redefined.

Keywords: human rights, fundamental rights, relationship between International Law and National Law, European Court of Human Rights, Spanish Constitutional Court, applications for the protection of fundamental rights.

RÉSUMÉ

UN NOUVEAU CADRE DE RELATION ENTRE LE TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ESPAGNOL ET LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

La Loi organique 6/2007, du 24 mai, de réforme de la Loi organique n° 2/1979 portant sur le Tribunal constitutionnel (LOTIC), du 3 octobre 1979, a introduit un nouveau modèle de protection des droits fondamentaux par le Tribunal Constitutionnel. Le législateur organique a objectivé le recours individuel pour violation des droits et des libertés (*amparo constitucional*) en exigeant que la demande présente «une importance constitutionnelle spéciale». Cette réforme de la LOTIC a des conséquences sur les relations entre la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et les tribunaux espagnols, puisqu'elle produit une augmentation du nombre de demandes individuelles soulevées devant la CEDH par les résidents en Espagne ainsi qu'une augmentation du nombre de décisions qui condamnent l'Espagne pour violation des droits de la Convention européenne des droits de l'homme. De telles demandes devant Strasbourg sont souvent déposées après que le TC ait rejeté un recours individuel préalable comme n'ayant pas d'«importance constitutionnelle spéciale», malgré qu'il y ait une atteinte au droit fondamental reconnu.

Sur la base de ces hypothèses, ce travail souligne l'importance du rôle joué par le TC en tant qu'élément de liaison entre les systèmes de droits espagnol et européen et il offre des moyens pour sa redéfinition.

Mots clés: droits de l'homme, droits fondamentaux, relations entre Droit international et les Droits nationaux, Cour européenne des droits de l'homme, Tribunal constitutionnel, recours individuel objectif.