



Máster Universitario en Acceso a la Abogacía  
Curso académico 2020–2021  
*Trabajo Fin de Máster*

# “El abogado defensor de Derechos ante el TEDH como promotor de mejoras del Estado de Derecho multinivel”

---

Miguel López Maroto

Tutora  
Dra. Amalia Balaguer Pérez

Derecho Constitucional

Convocatoria de febrero



Máster Universitario en Acceso a la Abogacía  
Curso académico 2020–2021  
*Trabajo Fin de Máster*

“El abogado defensor de Derechos ante  
el TEDH como promotor de mejoras del  
Estado de Derecho multinivel”

---

Miguel López Maroto

Tutora  
Dra. Amalia Balaguer Pérez

Derecho Constitucional

Convocatoria de febrero



## Resumen

El presente trabajo pone el foco en el derecho constitucional multinivel, con la finalidad de analizar como interacciona el derecho nacido del CEDH, que tiene como baluarte al TEDH, con el Derecho español, en cuanto a la protección efectiva de los derechos fundamentales – un derecho que cabe pensar ya como multinivel-.

El Estado de Derecho no se puede entender sin la tutela de los derechos fundamentales, y la deontología de la profesión de la abogacía afirma que el abogado tiene una función social vital, relacionada con que todos los individuos sean sometidos a juicios justos, es decir, se relaciona con la protección del Estado de Derecho –tratando de oponerse a la utilización arbitraria del poder-.

Desde la interacción entre los agentes jurídicos, se concluye que el abogado es un agente que propone soluciones e interpretaciones del derecho, que los jueces y magistrados toman en cuenta para resolver tras un proceso argumentativo racional jurídico. El abogado se convierte así en una correa de transmisión, para que los magistrados del TEDH, cuando asumen sus razonamientos, creen un derecho que se va a venir a introducir a nivel nacional a través de cambios legislativos y jurisprudenciales.

Esto llega a hacer ver que el estado de derecho se viene perfeccionando caso a caso, generando la adaptación a las circunstancias de la jurisprudencia –limitada por la literalidad del convenio, que por su parte se interpreta de forma sistemática y finalista- para garantizar una tutela que se traduzca a la realidad.

El abogado, ha de ser consciente de ver esta situación, debiendo desarrollar una actitud que permita que este proceso se produzca de la mejor forma posible. Lo que termina redundando en una actuación positiva, no solo para su cliente, sino para la población en general.



## Índice general

<b>RESUMEN.....</b>	<b>5</b>
<b>ÍNDICE GENERAL .....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS .....</b>	<b>9</b>
A) <i>Introducción.....</i>	9
B) <i>Objetivos.....</i>	10
C) <i>Metodología.....</i>	10
D) <i>Estructura .....</i>	11
<b>CAPÍTULO 1. EL CONVENIO EUROPEO DE DDHH. DESARROLLO E IMPORTANCIA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DDFF. LA TRASCENDENCIA DE LA ACTUACIÓN DEL TEDH.....</b>	<b>12</b>
1.1. <i>Introducción.....</i>	12
1.2. <i>El CEDH y el TEDH. El Desarrollo histórico de Tribunal y su jurisprudencia. Instrumentos de actualización .....</i>	13
E) <i>Base histórica .....</i>	13
F) <i>Los principios rectores y el derecho material .....</i>	15
G) <i>El desarrollo del TEDH desde su propia actividad.....</i>	17
H) <i>Las modificaciones del CEDH y la transformación de la forma de actuar del TEDH</i>	
21	
<b>CAPÍTULO 2. ESTADO DE DERECHO Y DERECHOS FUNDAMENTALES. SU EVOLUCIÓN A TRAVÉS DE LA PRÁCTICA JURÍDICA Y DEL CASE-LAW DEL TEDH .....</b>	<b>22</b>
2.1. <i>Introducción.....</i>	22
2.2. <i>El Derecho y el Estado de Derecho .....</i>	23
2.3. <i>Origen y desarrollo del concepto del Estado de Derecho. Su finalidad .....</i>	24
2.4. <i>El Estado de Derecho, su innovación a nivel europeo y el derecho nacional. El Constitucionalismo Multinivel y el CEDH como punta de lanza .....</i>	28
A) <i>Estado de Derecho y Constitucionalismo Multinivel.....</i>	28
B) <i>La razón de que el CEDH sea la punta de lanza de la defensa del Estado de Derecho en Europa, en contraposición a la UE.....</i>	31
<b>CAPÍTULO 3. EL ROL DEL ABOGADO EN LA DEFENSA DE LOS DDFF EN TODOS LOS NIVELES. EL ABOGADO COMO PIEZA DEL MOTOR DE LA MEJORA DEL ESTADO DE DERECHO.....</b>	<b>36</b>
3.1. <i>Introducción.....</i>	36
3.2. <i>El abogado como parte del motor del Estado de Derecho, entre la práctica jurídica y la deontología profesional .....</i>	36
<b>CAPÍTULO 4. DOS EJEMPLOS DE INTERACCIÓN JURÍDICA A TRAVÉS DEL CASE-LAW ENTRE EL TEDH Y ESPAÑA .....</b>	<b>43</b>
4.1. <i>Caso Ruiz Mateos c. España y la reforma de la LOTC. La motivación hacia el legislador .....</i>	43
A) <i>Explicación general .....</i>	43
B) <i>Argumentación de los abogados.....</i>	44
C) <i>Concordancia del razonamiento del Tribunal.....</i>	44
D) <i>Incidencia y cambio legal.....</i>	45

4.2. La deliberación sobre el artículo 7 del CEDH en el Caso Inés del Río y la incidencia material de los cambios jurisprudenciales. La motivación hacia los órganos jurisdiccionales .....	47
A) <i>Explicación general</i> .....	47
B) <i>Argumentación de los abogados</i> .....	48
C) <i>Argumentación de la Corte</i> .....	49
D) <i>Incidencia y la necesidad del cambio jurisprudencial</i> .....	52
<b>CAPÍTULO 5. EL RETO ACTUAL PARA ESPAÑA EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL ARTÍCULO 6 DEL CEDH Y EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA .....</b>	<b>53</b>
A) <i>Introducción</i> .....	53
B) <i>Asunto Gil Sanjuán c. España</i> .....	55
C) <i>Asuntos Romero García y Pardo Campoy c. España, Lozano Rodríguez c. España, Camacho Camacho c. España, Saquetti Iglesias c. España y Gracia González c. España</i> .....	57
D) <i>Asunto Berasategui Escudero y Arriaga Arruabarrena c. España</i> .....	61
<b>CAPÍTULO 6. REFLEXIONES FINALES. CONCLUSIONES .....</b>	<b>62</b>
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>67</b>
Bibliografía .....	67



## **Introducción y objetivos**

### **A) Introducción**

El derecho español no está aislado, así he podido percibirlo en los años en los que me vengo desarrollando en la disciplina, primero como estudiante de grado, y en segundo lugar como estudiante del Máster de Acceso a la Profesión de Abogado en la UNED. Me interesa desde los inicios el derecho constitucional, y el derecho europeo.

Dicho esto, y viendo que existe la posibilidad de apreciar la interacción, el objetivo principal es observarla, y apreciar si se ha traducido a los hechos, para tratar de señalarla, pero sin olvidar las diferencias entre jurisdicciones, que permitan a los abogados hacerse una idea sobre cómo es la actuación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): sobre que principios se basa, como suele resolver en relación con los asuntos de nuestro país. Es importante que el abogado pueda plantear correctamente el acceso a este nivel de protección de los derechos fundamentales –más aun con la regulación del acceso al amparo constitucional tras la reforma de la LOTC de 2007-, que al final redundará en la generación de mayores garantías para los ciudadanos, y un intento por superar los pocos problemas que tenemos en España acerca de los mismos.

El abogado como tal puede ir dejando de pensar exclusivamente en términos nacionales, esa es una de las tendencias más acusadas en los últimos años, también en el derecho constitucional. No solo se produce la internacionalización de los mercantilistas, que analizan operaciones transfronterizas, fusiones, deslocalizaciones, flujos de capital que superan las fronteras.

Ahora hay un flujo jurídico, quizá menos visible, pero no por ello menos existente. Y por lo tanto conviene tenerlo en cuenta, porque incide incluso en la forma de entender el derecho en nuestro país como expongo, que va matizándose a través de las fricciones con la jurisdicción internacional mencionada, provocando dicho sea de paso una uniformización de criterios a nivel europeo que ayudan a algunos estados a mejorar sustancialmente en la protección de los derechos fundamentales y a otros a no perder de vista que pueden producirse regresiones. El Estado de Derecho no se puede entender sin la tutela de los derechos fundamentales, y la deontología de la profesión de la abogacía

afirma que el abogado tiene una función social vital, es por ello que se analiza su rol de forma teórica y práctica.

## **B) Objetivos**

Los objetivos son ver las implicaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en el Derecho Español, si efectivamente genera una mejora que se pueda apreciar realmente. Dilucidar la consideración del rol del abogado como promotor de la defensa de los derechos fundamentales en esta jurisdicción, es decir, como una pieza del motor –correa de transmisión- de la mejora del Estado de Derecho, para señalar algunas deficiencias actuales nacionales que el TEDH destapa – tras la propuesta de los abogados de las partes demandantes- que permitan actuar a los abogados para la defensa de los intereses de sus clientes, e incluso a las autoridades pensar en la modificación del ordenamiento para evitar problemas ante la corte y más condenas, porque aunque sean pocas, siempre hay aspectos que mejorar.

## **C) Metodología**

El trabajo se aborda en un primer lugar haciendo un análisis doctrinal desde diferentes perspectivas para dilucidar cual es el estado de la cuestión en la actividad del TEDH y su desarrollo, además de como se configura el concepto del Estado de Derecho y como podemos entenderlo en ordenamientos jurídicos multinivel. Es asimismo vital el razonamiento que expone cuál es la función del abogado en su vertiente más social y pública. Se toman obras nacionales que son de necesario conocimiento en un Trabajo de Fin de Máster de una universidad española, pero además se recurre a doctrina extranjera, de libros y revistas científicas de otros países europeos, como Reino Unido, Francia... con el objeto de hacer una composición internacional, como la vocación que posee el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y el abogado que también acuda a solicitar su tutela.

Pero posteriormente en el trabajo se utiliza el examen de la jurisprudencia para acercarse a las formas de influencia que ha podido tener la doctrina del TEDH a nivel exclusivamente nacional español, para analizar la jurisprudencia condenatoria relativa al

derecho a un juicio justo en los últimos tres años, y así, poder pasar a exponer como pueden abordar los litigios los abogados.

De la síntesis de las dos metodologías emerge este trabajo.

## **D) Estructura**

La estructura del trabajo se puede dividir en dos, debido a las metodologías utilizadas. En la primera parte se realiza un análisis de la doctrina (Capítulos 1, 2 y 3), en este caso de derecho constitucional, derecho constitucional multinivel, derecho internacional público, y no menos importante, de filosofía del derecho –en concreto de teoría del derecho-.

Al igual que los ordenamientos jurídicos, las disciplinas dentro del derecho cada vez van teniendo límites menos claros, más difusos, interaccionan. Por lo tanto no se aborda el trabajo tomando en cuenta un enfoque cerrado, sino que se toman varias perspectivas con la voluntad de que sea enriquecedor y de que se encuentren las categorías para entender los razonamientos que el mismo contiene.

La segunda parte del trabajo se aborda a través del análisis de la jurisprudencia del TEDH, una doctrina muy relevante para nuestro país en primer lugar (Capítulo 4), con el objeto de observar si se cumple la hipótesis que se formula en la primera parte relativa a que el CEDH y la acción del TEDH producen la mejora de nuestro Estado de Derecho, y de que manera lo hace. Es decir, se observa la influencia de sentencias determinadas tanto en modificaciones legislativas como en cambios en la jurisprudencia.

Pero también abordo la actualidad, como viene siendo considerada España en el seno del TEDH, y analizo sentencias condenatorias de los últimos 3 años (Capítulo 5) para ver los problemas que está teniendo, como vienen actuando los letrados y como pueden tratar de paliarse –adelanto que son problemas relativos a derechos de índole procesal previstos en el artículo 6 del CEDH y en el art. 24 CE, habiendo en ocasiones disparidades de criterio entre el TEDH y nuestro Tribunal Constitucional-.

Analizando las sentencias con las categorías revisadas en la primera parte del trabajo, puedo formular conclusiones que creo razonadas y válidas en el Capítulo 6.

# Capítulo 1. El Convenio Europeo de DDHH. Desarrollo e importancia para la interpretación de los DDF. La trascendencia de la actuación del TEDH

## 1.1. Introducción

Parece a todas luces que el mundo en el que estamos presentes goza cada vez más de interacciones múltiples en el ámbito económico, el ámbito político y, como no podía ser de otra manera, en el ámbito jurídico. En todos estos planos, el “viejo continente”, a través de dos organizaciones internacionales fundamentales como son el Consejo de Europa y la Unión Europea, viene adoleciendo de cambios jurídicos, que en bastantes ocasiones generan un marco en la interpretación y en la aplicación del derecho más amplio que si echamos la vista atrás a otras épocas.

Hoy en Europa, en el tema que concierne a este trabajo, pueden encontrarse varios sistemas jurídicos multinivel, sobre todo en lo concerniente a la defensa de los Derechos Fundamentales. La mayoría de los Estados de Europa tienen insertadas en sus constituciones declaraciones de derechos, por las que suele velar tanto la jurisdicción ordinaria como los Tribunales Constitucionales. Mientras tanto, a nivel internacional existen diversos elementos que tratan de proteger los Derechos Fundamentales, el más relevante es el Convenio Europeo de Derechos Humanos con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como organismo que trata de velar por la tutela de los derechos fundamentales como una última instancia internacional, a los que se someten 47 países.

Además, en la UE existe una Carta de Derechos Fundamentales, proclamada en el tratado de Niza en 2000, y que el Tratado de Lisboa (2007) elevó de rango convirtiéndola en derecho originario, aunque no se insertó en las principales normas que podrían denominarse constitucionales en el seno de la Unión Europea - como se tenía previsto con el proyecto de Constitución Europea-.

Pero, al no haber sido la UE una organización internacional focalizada en sus inicios en la tutela de los derechos fundamentales para la protección de las democracias, localizando su punto base en el intercambio económico<sup>1</sup> para la creación

---

<sup>1</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*. UNED. Sanz y Torres. Madrid, 2014. p. 92

de lazos entre Estados democráticos, ha quedado rezagada con respecto al desarrollo conceptual del contenido de los derechos humanos que ha realizado el TEDH. Al fin y al cabo, la Unión Europea se fundó bajo lo que Robert Schuman llamó “*solidaridad de hecho*” a través de la integración económica<sup>2</sup>, mientras que el Consejo de Europa creaba una integración política pero poco invasiva.

Eso si, se puede argumentar que para el desarrollo de estos objetivos era necesario el establecimiento de un marco jurídico en el que se reconocieran los derechos fundamentales en la organización, como vino haciendo progresivamente el TJUE<sup>3</sup>, que abogó prontamente por la interpretación conforme a la doctrina del TEDH acerca del contenido de los mismos, apoyándose en su jurisprudencia<sup>4</sup>.

Dicho esto, es cometido del primer capítulo de este trabajo abordar sobre todo la virtualidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del instrumento que ha estado llamado a defender desde principios de la década de 1950 –su primera sentencia la dictó en 1953-. Importancia que ha de verse desde la capacidad que ha tenido el instrumento, y la acción del Tribunal, de mejorar el Estado de Derecho de los países “contratantes”.

Por ello, un primer apartado se va a dedicar a describir el CEDH y el desarrollo del TEDH, desde sus orígenes marcados por claros principios, pasando por el desarrollo de su actividad y por los Protocolos más importantes de los últimos años que han cambiado su estructura, funcionamiento y alcance. Para analizar en un segundo apartado como pueden apreciarse los sistemas europeos multinivel de la defensa de los derechos fundamentales.

## ***1.2. El CEDH y el TEDH. El Desarrollo histórico de Tribunal y su jurisprudencia. Instrumentos de actualización***

### **E) Base histórica**

Tras lo traumático que fue para Europa que se produjeran dos Guerras Mundiales con millones de muertos en su suelo, comenzó a aflorar la idea de que era necesario

---

<sup>2</sup> RUIZ MIGUEL, C. “Les droits fondamentaux au carrefour de la Cour européenne des Droits de l’homme et de la Cour de Justice de l’Union européenne”. *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* nº13. 2015. p. 123

<sup>3</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*.cit. p 43.

<sup>4</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*. cit. p 93.

consensuar la bondad de los sistemas democráticos, frente a aquellos Estados totalitarios y autoritarios que por su belicosidad habían promovido el alzamiento de las armas para la resolución de las disputas en el plano internacional. Si bien el deseo de unión paneuropea es bastante antiguo, pudiendo datar de la época de la obra de Carlomagno, la voluntad de integrar el continente desde una vía democrática, liberal y pluralista es ciertamente mucho más reciente<sup>5</sup>.

Esto lo entendieron así Estados de la parte liberal y demócrata que quedó en Europa después de la II Guerra Mundial. Los representantes de Estados como Reino Unido, Francia, Italia, la República Federal Alemana, o los países del Benelux, creyeron fundamental destacar de forma preeminente el respeto de los Derechos Fundamentales y del Estado de Derecho para garantizar la supervivencia de las democracias constitucionales<sup>6</sup>. Así, tras el impulso del Comité Internacional de Movimientos por la Unidad Europea, que propone las bases de un modelo de integración en mayo de 1948<sup>7</sup>, el Consejo de Europa fue fundado el día 5 de mayo de 1949 en la capital de Reino Unido, Londres. La organización fue creada por 10 Estados -siendo dos los máximos impulsores Reino Unido y Francia-, habiendo de destacar su gran crecimiento en cuanto a miembros en estos 70 años, pues hoy en día, casi toda la “*Gran Europa*”<sup>8</sup> es miembro de la organización.

Fuera de la idea de que la interrelación económica en exclusiva traería la paz, el Consejo de Europa se centró en el propósito descrito en el anterior párrafo, y con el ejemplo de la Declaración Internacional de los Derechos Humanos que se desarrolló y dictó en el marco de las Naciones Unidas en 1948, la institución redactó la suya propia, siendo aprobada en 1950 –se trató de la tarea primigenia de la organización– y entrando en vigor en 1953 con la décima ratificación del instrumento.

---

<sup>5</sup> RUIZ MIGUEL, C. “Les droits fondamentaux au carrefour de la Cour européenne des Droits de l’homme et de la Cour de Justice de l’Union européenne”. cit. p. 122

<sup>6</sup> LÓPEZ GUERRA, L. “La evolución del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos”. *Teoría y Realidad Constitucional* nº42, 2018. p. 112.

<sup>7</sup> RUIZ MIGUEL, C. “Les droits fondamentaux au carrefour de la Cour européenne des Droits de l’homme et de la Cour de Justice de l’Union européenne”. cit. p. 122

<sup>8</sup> COSTA, JP. “La Cour Européenne des Droits de l’Homme”. *Revue Commentaire*. 2019. p. 517

## F) Los principios rectores y el derecho material

Tal y como destaca el antiguo presidente francés del TEDH, Jean Paul Costa, el Consejo de Europa nació con un espíritu eminentemente político<sup>9</sup>, con una misión clara, sintetizar unas ideas, democráticas, para protegerlas e intentar bajo todos los medios evitar una regresión a ciertos pozos oscuros de una historia que para los fundadores aún estaba en la retina.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos se puede dividir en dos partes que son esenciales en su fórmula. Una sección dedicada al establecimiento de una declaración de derechos que podrían estar presentes, como así lo están, en cualquier democracia liberal; y otra mitad dedicada a la configuración del organismo que va a tutelar el cumplimiento de este derecho. Como derecho, es naturalmente de carácter imperativo, cuestión que refuerza la propia introducción del artículo primero del Convenio, que expone que:

*“Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.”*

Lo que se une al artículo 46.1 del Convenio:

*“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.”*

Dentro de la primera parte se puede afirmar que los derechos reconocidos en el Convenio de Roma se pueden encuadrar en seis grupos: del artículo 2 al 4 los relativos a la protección de la vida y de la integridad física y a la abolición de la pena de muerte, por otro lado de los artículos 5 a 7 se encuentra la protección de la libertad y de la tutela judicial, entre los artículos 8 y 12, la protección de la intimidad personal y familiar. El 9 y el 10 comprenden la protección de la libertad intelectual, el artículo 11 la protección de la actividad política, mientras el derecho de propiedad y la educación se introduce en el primer Protocolo. A ello se añade la cláusula del artículo 14, que tiene un carácter

---

<sup>9</sup> COSTA, JP. “La Cour Européenne des Droits de l’Homme”. cit. 517

general y que asegura la igualdad en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos<sup>10</sup>.

Los Estados que forman parte de esta organización, con sede en Estrasburgo (Francia), tuvieron una idea que varios intelectuales han calificado como revolucionaria<sup>11</sup>. Fue totalmente novedosa, al tratarse ni más ni menos de la instauración de una jurisdicción supranacional para la defensa de los derechos humanos a través de la creación de un tribunal, el TEDH. Vital para la defensa de los derechos y que se vincula a la invocabilidad directa ante la jurisdicción de los mismos por parte de los ciudadanos de los estados contratantes -y extranjeros que vean vulnerados sus derechos en el territorio de los mismos-; aunque el Convenio también vele por el respeto de la soberanía nacional. Como expone el ex-magistrado ruso Anatoly Kovler, *“el ser humano se convierte en un ser universal, con una capacidad jurídica en el derecho internacional, rompiendo así las cadenas que le unían con el Estado [...], a partir de ahí, el ser humano tiene su propia dimensión jurídica, a la vez nacional e internacional”*<sup>12</sup>.

Hoy puede exponerse que existen varios regímenes de salvaguarda de los derechos fundamentales que vienen aplicando en todos los países pertenecientes a la Unión Europea y al Consejo de Europa, no habiendo un sistema multinivel exclusivo. Aunque si hay en la actualidad 27 países en los que se produce una situación similar, en los que se desarrolló una doble vía de integración en la protección de los derechos fundamentales<sup>13</sup> y donde se pueden *“sobreponer: regímenes nacionales, e incluso en los Estados con sistemas federales, derechos fundamentales subnacionales, los derechos fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”*<sup>14</sup>.

Lo cual tiene implicaciones de procedimiento puesto que las cortes que vendrían a asegurarlos no actúan igual. Ello no es demasiado problemático porque la actuación del TJUE en esta materia es muy limitada (*vid. Infra*).

---

<sup>10</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. *Curso de Derecho Internacional Público (4ªed)*. Thomson Reuters, Madrid, 2008. p. 850.

<sup>11</sup> LÓPEZ GUERRA, L. “La evolución del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos”. Cit. 114; COSTA, JP. “La Cour Européenne des Droits de l’Homme”. cit. P. 518

<sup>12</sup> KOVLER, A. “La Cour Européenne des Droits de l’Homme face à la souveraineté d’État”. *Centre international de formation européenne* nº368, 2013. p. 209.

<sup>13</sup> RUIZ MIGUEL, C. “Les droits fondamentaux au carrefour de la Cour européenne des Droits de l’homme et de la Cour de Justice de l’Union européenne”. cit. c. 122

<sup>14</sup> WOLLENSCHLÄGER, F. *Fundamental Rights Regimes in the European Union: Contouring Their Spheres*. En *Contemporary Issues in Human Rights Law. Europe and Asia*. Springer, Singapore, 2017. p. 23



De hecho, podría pensarse en ello claramente porque tratan un asunto análogo, aunque como manifiesta di Salvia, debido al acceso extraordinario al TEDH y a su jurisdicción, los sistemas, más que superponerse, se acabarían complementando<sup>15</sup>, en el sentido de que si el ordenamiento interno funciona adecuadamente conforme a principios y derechos que tiene en si mismo reconocidos en su seno, de forma similar al contenido material de los derechos que resguarda el convenio –que no surgen de la nada, sino de tradiciones constitucionales comunes-, un individuo no va a poder tener éxito en el ámbito internacional. Es decir, existe un principio de subsidiariedad que hace mantener el equilibrio.

No sin razón considera Armin Von Bogandy que convendría la creación de un espacio para el estudio jurídico europeo cuestionando las identidades disciplinarias en el espacio europeo del conocimiento, a raíz de la tan creciente interacción que se viene produciendo entre ordenamientos jurídicos, que habría modificado el objeto de estudio del derecho<sup>16</sup>.

Por lo dicho, pienso que la más relevante para este trabajo es la actividad del TEDH basada en el contenido del CEDH por tres razones principales: la primera es que en el Estatuto del Consejo de Europa se afirma que el respeto a los Derechos Humanos es un principio básico del patrimonio común que define la "identidad europea", porque como consecuencia de esto, una condición para entrar y permanecer en el Consejo de Europa es que el Estado garantice el disfrute de los derechos fundamentales a cualquier persona bajo su jurisdicción. Y en tercer lugar, como se afirma en la sentencia Loizidou, viendo sus resultados, ha sido "*un instrumento constitucional del orden público europeo para la protección de todos los seres humanos*"<sup>17</sup>.

## **G) El desarrollo del TEDH desde su propia actividad**

Como describe López Guerra, el sistema europeo -de toda Europa- de defensa de los derechos humanos pasa por diferentes etapas, marcadas sobre todo por el volumen de la actividad del TEDH, cuya tarea ha aumentado de forma explosiva en los últimos 20 años, y no precisamente porque se haya producido un retroceso autoritario en Europa,

---

<sup>15</sup> KOVLER, A. "La Cour Européenne des Droits de l'Homme face à la souveraineté d'État". cit. p 210.

<sup>16</sup> VON BOGANDY, A. "La ciencia jurídica nacional en el espacio europeo. Un manifiesto". *Revista Española de Derecho Constitucional* n°94, 2012. pp. 14-17

<sup>17</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *P. Curso de Derecho Internacional Público (4ªed)*. cit. p. 848

sino porque se han ido haciendo más laxos los requisitos para acceder a la tutela que dispensa esta jurisdicción -sobre todo a partir de 1998-, además de que ha aumentado el número de miembros.

En la configuración primigenia del TEDH existía un órgano que a día de hoy ha perdido toda su virtualidad, debido a que ha dejado de cribar los asuntos sobre los que decidirá el TEDH. Este órgano es la comisión, claramente protagonista en la llamada “*fase durmiente*”<sup>18</sup>, la fase inicial del desarrollo de la labor del TEDH y en la que tuvo menos asuntos a su disposición.

Pero aun con pocas controversias, el TEDH fue desarrollando una jurisprudencia que a su vez fue calando en los Estados miembros del Consejo de Europa. Entre otras razones, aparte de la calidad jurídica de sus argumentaciones, está que las sentencias sean de obligado cumplimiento. Las sentencias han de ejecutarse en el plano interno, arbitrando cada Estado los medios que crea convenientes para hacerlo, mientras la organización vela por que esto sea efectivo.

El cumplimiento de las sentencias viene siendo general en unos Estados que perciben normalmente, aun con polémicas puntuales -véase la polémica en España sobre lo antijurídico de la doctrina Parot- al Consejo de Europa como una organización que goza de unos instrumentos que les faculta para mejorar de forma tangible su Estado de Derecho y su democracia, porque no hay Estado de Derecho ni democracia sin derechos humanos (*vid. Infra*), y la doctrina sobre los mismos del tribunal posibilita entre otras cosas una mejora común a nivel continental y una puesta en común de experiencias para mejorar individualmente a partir de la generación de un conocimiento compartido que permite mirar el presente y hacia el pasado, para eliminar algunos errores, pero también hacia el futuro, para no incurrir en ellos. Es decir, genera toques de atención desde un plano estrictamente jurídico que benefician a los estados.

Además, la Corte considera un margen de apreciación para cada Estado en determinados derechos recogidos en la convención, para evitar desplazar totalmente la protección nacional de los Derechos Fundamentales. Con excepción de aquellos de contenido inalienable o absoluto, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura,

---

<sup>18</sup> LÓPEZ GUERRA, L. “La evolución del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos”. cit. p. 114. El rol de la comisión se puede apreciar en el análisis posterior del *Caso Ruiz Mateos c. España*, resuelto en 1993 en el TEDH.

la esclavitud y los trabajos forzados, la no retroactividad de la ley penal y el respeto al principio de *non bis in idem*<sup>19</sup>.

La jurisprudencia, en el TEDH, es fuente de derecho. No es casualidad que haya jugado un rol tan importante en esta organización internacional pudiendo traer causa de que, de los dos máximos impulsores, fuera Reino Unido el que siempre tuvo un magistrado en el Tribunal. Por esa razón, pese al impulso francés a la organización, no fue de los 10 primeros países que ratificaron el Tratado<sup>20</sup>, por lo que otra forma de “hacer derecho” distinta a la continental ganó terreno. Hay que destacar que el primer presidente francés fue René Cassin, en 1965 -hasta 1968-, Premio Nobel de la Paz en 1968. El primer presidente del tribunal fue británico, Lord McNair (1959-1965).

Es decir, la jurisprudencia se edifica mayoritariamente a través de principios del *common law*, a lo que ayuda también sin duda que una declaración de derechos por su propia naturaleza no puede gozar de una concreción demasiado amplia por la razón de que, de producirse, podría existir un riesgo considerable de dejar fuera de la protección hechos que según la finalidad de la norma deberían quedar incluidos, pero que no se habían imaginado para el establecimiento de límites literales. Es vital en el seno del Consejo de Europa abordar la interpretación del Convenio de Roma, por ello el TEDH ha desarrollado la jurisprudencia basada en los casos<sup>21</sup>.

El TEDH utiliza un enfoque que puede considerarse material y no procedimental, consecuencialista y que conlleva una jurisprudencia evolutiva -dinámica en sus palabras-, que termina haciendo al Convenio un instrumento viviente, al que no puede considerarse el mismo hoy en día, que como era en la década de 1960. Ello implica que la corte además tiene algo de activista<sup>22</sup>. Es decir, para el TEDH el derecho no es lo mismo que la legalidad entendida como la norma individualmente considerada y la pura voluntad del legislador<sup>23</sup>.

En síntesis, sus efectos no pueden encerrarse en el periodo en que entra en vigor, o se diseña el instrumento, aunque hay una limitación clave en el sentido comparado,

---

<sup>19</sup> KOVLER, A. “La Cour Européenne des Droits de l’Homme face à la souveraineté d’État”. cit. p. 210.

<sup>20</sup> COSTA, JP. “La Cour Européenne des Droits de l’Homme”. cit. 518.

<sup>21</sup> WHITE, R Y OVEY, C. *The European Convention on Human Rights (5<sup>ed</sup>)*. Oxford University Press, 2010. p 64.

<sup>22</sup> WHITE, R Y OVEY, C. *The European Convention on Human Rights (5<sup>ed</sup>)*. cit. pp. 74 y 75. Considero que es un activismo limitado.

<sup>23</sup> Es decir, para el TEDH, el derecho no puede significar solo legalidad, entendiendo a la legalidad en su sentido más mínimo, metafóricamente como “*el cadáver de la Autoridad, o más exactamente, su momia, un cuerpo que perdura desprovisto de alma o vida*”. (En KOJÈVE, A. *La Noción de Autoridad*. Página Indómita, Barcelona, 2020.) En todo caso apuesta por una interpretación sistemática y teleológica del convenio y por su adecuación a la realidad social.

debida a que no hay clausula alguna que permita crear o reconocer un derecho nuevo, sino en la propia interpretación de los derechos ya presentes –*vid. Infra* la relación entre la transparencia y la libertad de expresión y opinión en el TEDH-, el CEDH no tiene una clausula como la novena enmienda de la Constitución de EEUU<sup>24</sup>.

Para ello usa también un enfoque finalista<sup>25</sup>, interpretando, integrando y aplicando el derecho a la luz del objeto del convenio y los propósitos en torno a los cuáles se diseñó, que se relacionan en exclusividad con la protección efectiva de los derechos fundamentales<sup>26</sup>, con lo que realiza una interpretación objetiva y amplia de su contenido. Es decir, la convención ha de leerse como un todo, promoviendo sin ambages la armonía y la consistencia interna.

Eso si, el propio TEDH ha abordado el problema lógico de que los términos en los cuales se formulan los derechos en el Convenio de Roma se pueden interpretar de forma distinta en función de las tradiciones constitucionales y los contextos que se dan en cada país. Suele partir normalmente del significado ordinario de las palabras en sus fallos, sin embargo, esto no es siempre posible, por lo que ha debido desarrollar conceptos autónomos para que el significado del convenio no varíe en lo esencial entre Estados.

La jurisprudencia es flexible, pero a la vez limitada<sup>27</sup>. No arbitraria. Llevan a juego la frase relativa a que “*el activismo y a la vez el retraimiento son componentes complementarios de la metodología de la revisión judicial*”<sup>28</sup>, razonable en una corte *sui generis* como la referida.

El desarrollo jurisprudencial garantista del contenido material de los derechos humanos es el motor que hace que evolucione el rol de la corte. Una jurisprudencia que es muy importante en los estados europeos, debido a su claridad y a su severidad, que sirve para mejorar el Estado de Derecho<sup>29</sup>.

Pero tampoco hay que olvidar el proceso geopolítico y la política de bloques que quebró al final de la década de 1980 y de principios de 1990 con la caída de los regímenes comunistas. La entrada de nuevos países permite al tribunal abordar

---

<sup>24</sup> Que expone: “*No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo*”, versión en español en: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/USA/eeuu1787.html>

<sup>25</sup> Tomando en cuenta asimismo el contexto, por lo que hay que tener mucho cuidado con la interpretación conforme con los trabajos preparatorios, aquí muy secundaria.

<sup>26</sup> WHITE, R Y OVEY, C. *The European Convention on Human Rights (5ªed)*. cit. pp. 65 y 71

<sup>27</sup> WHITE, R Y OVEY, C. *The European Convention on Human Rights (5ªed)*. cit. p. 73

<sup>28</sup> WHITE, R Y OVEY, C. *The European Convention on Human Rights (5ªed)*. cit. p. 75

<sup>29</sup> COSTA, JP. “*La Cour Européenne des Droits de l’Homme*”. cit. p. 520

problemas que antes no había podido ver<sup>30</sup>, porque no eran usuales en el resto de estados miembros.

## **H) Las modificaciones del CEDH y la transformación de la forma de actuar del TEDH**

Como apunté con anterioridad, hay un punto de inflexión muy importante en la configuración de la actividad del TEDH, que es la aprobación del Protocolo número 11, que entró en vigor en el año 1998. Protocolo que definitivamente consolida la nueva extensión del convenio. La reforma que introduce el convenio exhibe 4 objetivos primigenios: que el comité de ministros cesara de poseer un rol jurisdiccional; afirmar el carácter normativo de las sentencias del tribunal, cuya aplicación no tiene que ser, de ninguna de las maneras, facultativa; la simplificación del filtrado de los asuntos; y la voluntad de hacer permanente de forma total el tribunal –lo que se relaciona con el régimen estatutario/laboral de todo el personal-<sup>31</sup>.

Principalmente, el Protocolo elimina la criba que hacía la comisión, además de fusionar la comisión al tribunal en sentido estricto, dando lugar a lo que se denominó el “nuevo tribunal”<sup>32</sup>. Mientras, con la finalidad de que las sentencias, de forma ineludible cobraran clara efectividad, se redujo las atribuciones del Comité de Ministros a la hora de vigilar este extremo. El fin y al cabo, el Comité de Ministros está formado por los ministros de asuntos exteriores de cada Estado miembro o sus representantes permanentes en la ciudad francesa de Estrasburgo<sup>33</sup>, es decir, o por políticos, o altos funcionarios que de manera inevitable se relacionan con estos mismos desde su nombramiento. Al ser los Derechos Humanos, y su reconocimiento y protección, una garantía para aquellos que no tienen en sus manos el poder político de un país, parece lógico quitarle este poder a aquellos que lo manejan y trasladárselo a los jueces. Evitar a toda costa un posible conflicto de intereses, y que la existencia del proceso ante esta corte fuera irrelevante por la posible existencia de un boicot político nacional, es todo un acierto.

---

<sup>30</sup> LÓPEZ GUERRA, L. “La evolución del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos”. cit. p. 19.

<sup>31</sup> COSTA, JP. “La Cour Européenne des Droits de l’Homme”. cit. p. 518

<sup>32</sup> LÓPEZ GUERRA, L. “La evolución del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos”. cit. p. 117

<sup>33</sup> Una estructura general del Consejo de Europa puede encontrarse en: <https://www.coe.int/es/web/about-us/structure>

Hay que señalar que como consecuencia de distintos factores se ha producido un aumento de las causas ante el tribunal, habiendo llegado a acumular en el año 2010, unos 160.000 casos pendientes de resolver<sup>34</sup>.

Es un deber señalar de la misma manera que en 2010 entra en vigor otro Protocolo relevante en esta materia, que es el Protocolo nº 14, en el que se establece que será solamente un juez el que decida sobre la admisibilidad de las demandas ante la corte, mientras que muchos asuntos pasan a ser resueltos por Tribunales que son poco numerosos, de tres miembros. Tiene como objeto aliviar la carga del tribunal. Parecería parcialmente un endurecimiento de la entrada a esta jurisdicción, entre otros por la introducción del principio de *minimis non curat praetor*, pero sigue habiendo un volumen de demandas tramitadas muy amplio.

## **Capítulo 2. Estado de Derecho y Derechos Fundamentales. Su evolución a través de la práctica jurídica y del *case-law* del TEDH**

### ***2.1. Introducción***

Este apartado del trabajo tiene la vocación de estudiar que puede entenderse por la expresión del Estado de Derecho. Vital para este trabajo, va a permitir apreciar la vinculación que tiene el planteamiento de los derechos fundamentales con el primer concepto, y con ello la importancia que posee la idea de la libertad y la dignidad de los seres humanos para generar ordenamientos jurídicos aceptables.

Se usa una aproximación conceptual, e histórica, porque ha sido un concepto que ha sufrido modificaciones con el paso de los años y que aún en día sigue contestado, aunque la aproximación del TEDH parece clara, en el sentido de que privilegia la vertiente material del mismo, definida por más elementos que el puro procedimiento, pensando en la protección del ciudadano.

El análisis doctrinal surge de la época de las revoluciones liberales, ideas de Reino Unido y de la Europa continental, que en los últimos tiempos han venido unificándose. Finaliza con el intento de conocer, razonando en base a la experiencia, de como el

---

<sup>34</sup> LÓPEZ GUERRA, L. “La evolución del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos”. cit. 118

CEDH, por su finalidad esencial, distinta a las motivaciones que dieron alas a la construcción de la UE, es la punta de lanza de nuestro constitucionalismo multinivel en lo que se refiere a la mejora del Estado de Derecho.

## ***2.2. El Derecho y el Estado de Derecho***

Abordar este concepto es una cuestión doctrinalmente complicada, tanto por su evolución a lo largo del tiempo, que lo va haciendo variar de significado como si hubiera sido una especie de ser vivo, como por que realmente los individuos lo usan de modo distinto, confundiénolo en muchas ocasiones con otros conceptos, como la democracia o los derechos fundamentales. Para Kuris, peca de ser lo que llama un “*término artístico*” sin significado concreto<sup>35</sup>, con una traducción práctica muy complicada por tratarse del aterrizaje de ideales abstractos.

El Estado de Derecho es un concepto autónomo, eso sí, influenciado por los otros dos conceptos mencionados. Poseen entre ellos relaciones estrechas, de modo que el significado de alguno de los elementos de esta triada termina condicionando el de los otros dos. Forman, por tanto, un universo de significado, han de concurrir juntos para poder ser comprendidos<sup>36</sup>.

He de defender, antes de proceder a entrar en materia, que el derecho viene identificado en su relevancia por el procedimiento a través del cuál emerge, siendo una creación totalmente humana, pudiendo diferenciarlo en sus características de la moral y analizarlo de manera independiente a ella, sin obviar, que como obra humana, también está sometido a juicios de valor morales de los individuos y que a través del derecho puede transmitirse una idea de que es lo bueno y lo malo, que puede calar en las sociedades. Lo que ocurre es que, sobre todo en materia de derechos fundamentales, esta concepción del derecho puede encontrarse algo más desactualizada, sobre todo en el TEDH<sup>37</sup>.

Personalmente creo adecuada la caracterización que hace Elías Días de las notas que debe tener todo Estado de Derecho:

---

<sup>35</sup> KURIS, E. “On the rule of law and the quality of the law: reflections on the constitutional-turned-international judge”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* nº42, 2018, pp. 131-159. p. 140

<sup>36</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. *Razón Y Voluntad En El Estado De Derecho: Un Enfoque Filosófico-jurídico*. Dykinson, Madrid, 2013, p. 27

<sup>37</sup> Como argumento en el siguiente capítulo.

“A) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general; B) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; C) Legalidad de la administración: actuación según ley y suficiente control judicial; D) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material”<sup>38</sup>.

El poder configurador del derecho se muestra claro echando un vistazo atrás en la historia de nuestro país, sobre todo en el S. XIX, una de las misiones más relevantes de algunos gobiernos fue aprobar nuevas constituciones como motor de cambios sociales. Si se lucha por modificar las constituciones, es por la fuerza que tienen en el inconsciente colectivo<sup>39</sup>. Las nuevas constituciones fueron poco a poco cambiando la forma de pensar de la población, produciendo una revolución liberal prolongada que modificó a la sociedad española, tal y como argumentaba Tomás y Valiente<sup>40</sup>.

El abogado, como agente jurídico, ha de trabajar con las normas, independientemente de la moral, debiendo, en su caso, proponer una composición de los problemas para ser solucionados, o acabar con lagunas y antinomias, no con una suerte de “normas preexistentes”, sino con principios extraídos del propio ordenamiento jurídico interpretando sistemáticamente y teleológicamente. Es decir, el análisis ha de ser siempre y puramente jurídico. De la forma de entender el derecho, de interpretar y de aplicar las normas se ha ocupado la teoría del derecho, que en este apartado, siguiendo la recomendación de Von Bogandy acerca de la interdisciplinariedad, por la evidente relación con el derecho constitucional, va a conllevar que se aborde conjuntamente desde estas dos perspectivas.

### ***2.3. Origen y desarrollo del concepto del Estado de Derecho. Su finalidad***

El derecho persigue un ideal, eso no se le esconde a nadie, que es el tener como fin último la consecución de la justicia<sup>41</sup>. Ello implica volver a la valoración, y a nociones como la usada por Ferrajoli, de vigencia y validez, a la hora de hablar del derecho. La vigencia viene marcada por el reconocimiento de la realidad, que es la aprobación de

---

<sup>38</sup> DÍAZ, E. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus, Madrid, 2010. p. 46

<sup>39</sup> DÍAZ, E. *El derecho y el poder: realismo crítico y filosofía del derecho*. Dykinson, Madrid, 2013. p. 81.

<sup>40</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*. cit. p 37.

<sup>41</sup> ATIENZA, M. “García Amado y el Objetivismo Moral”. *Teoría y Derecho* n°27. pp. 44-57. 2020. p. 55.



una norma a través de un procedimiento establecido, y la validez se relaciona con el contenido material de la misma<sup>42</sup>.

Ansuátegui alega a este parecer que los derechos fundamentales son una propuesta moral positivizada, juridificada, al ser imposible que nos preguntáramos sobre la justicia en un ordenamiento jurídico sin unos derechos fundamentales que constituirían un discurso moral que incluiría la prioridad de unos valores<sup>43</sup>. Yo creo en la separación de ámbitos, por su relevancia, de lo individual a lo social y de lo jurídicamente coactivo a lo que no lo es, entre la moral y el derecho, sin obviar que los derechos fundamentales tienen un componente valorativo muy fuerte.

Así, el Estado de Derecho no es neutro ni relativista, sino abstracto. En sus palabras y en la concepción del Estado de Derecho: “*los derechos fundamentales constituyen el mínimo moral común, el núcleo de una ética pública cuyo sentido básico no es tanto el de generar una voluntad de imposición como el de significar un referente de adhesión individual libre*”<sup>44</sup>. Pero no genera una moral correcta, sino límites a un razonamiento jurídico, en el que caben varias opciones.

El Estado de Derecho posee como noción común en todos los modelos y posiciones el principio de legalidad, limitador del poder esencialmente. Pero no puede hacer de la pura legalidad procedimental, sin más elementos como la vocación limitadora, su *leitmotif*, abriendo la posibilidad al establecimiento de regímenes tiranos que precisamente van en contra de la búsqueda del principio que dije antes que tiene que guiar la construcción jurídica, aunque no se pueda definir con absoluta certeza. Un ordenamiento sencillamente falseable no sería un Estado de Derecho.

Ello implicaría la idea de que, como expone Elías Díaz, mientras que todo Estado, también uno autoritario o totalitario, tiene ordenamiento jurídico, no todo Estado es un Estado de Derecho. Es decir, “*no todo Derecho ni todo poder incorpora el mismo grado de justicia y de legitimidad. Se trata de diferenciar entre poder como legalidad y poder como legitimidad, entre potestas y auctoritas, entre mach y herrschaft, como en sus manifestaciones graduales*”<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. *Razón Y Voluntad En El Estado De Derecho: Un Enfoque Filosófico-jurídico*. cit. p. 207

<sup>43</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. *Razón Y Voluntad En El Estado De Derecho: Un Enfoque Filosófico-jurídico*. cit. p. 207

<sup>44</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. *Razón Y Voluntad En El Estado De Derecho: Un Enfoque Filosófico-jurídico*. cit. p. 220.

<sup>45</sup> DÍAZ, E. *El derecho y el poder: realismo crítico y filosofía del derecho*. cit. p. 71.

Dos corrientes al principio opuestas, pero que van acercando posturas en el último siglo, han de ser consideradas en este análisis:

El sinónimo de *Rule of Law* en alemán es *Rechtsstaat* y en francés *État de Droit*, pueden parecer traducciones exactas, pero realmente no lo son. El *Rechtsstaat* nació como concepto en Europa continental, concretamente en la doctrina germánica, y comprendía en sus inicios conceptuales lo que hoy podríamos considerar el piso mínimo del Estado de Derecho. En él, el soberano estaría limitado por el derecho hasta que este no fuera modificado por el mismo. Es decir, el límite podría ser deshecho por él<sup>46</sup>.

La historia es conocida, a través del uso de un derecho que generó un marco de arbitrariedad brutal, se perpetraron los más horribles crímenes tras acabar con todo el ordenamiento jurídico democrático desde la raíz. Esta es la razón principal de que esta visión germánica vaya convergiendo con la idea más amplia del *Rule of Law*, que tiene como ejemplo que en la Ley Fundamental de Bonn se introdujeran las cláusulas de intangibilidad para que hubiera elementos indisponibles. En cambio, el concepto anglosajón no permite intervenir al soberano como este deseara en la configuración del ordenamiento jurídico, está sometido a límites<sup>47</sup>. Varios derechos son considerados como inalienables -así lo hace el TEDH también- y sobrepasarían la voluntad del creador del derecho, incluso aunque reflejen una suerte de voluntad general. Ello implica naturalmente un estándar de protección de los derechos humanos más amplio, garantista también para minorías, y ello porque emana de fuentes compartidas, como la voluntad del legislador, principios religiosos, morales y de una idea de percepción de la justicia. En fin, en la tradición británica el legislador se encuentra con un competidor, los tribunales, que aplican no solo derecho positivamente entendido, sino el concepto de justicia, la costumbre y los principios generales del derecho<sup>48</sup>, no positivizados necesariamente en leyes y que a veces les pasan por encima<sup>49</sup>.

La categorización principal del Estado de Derecho viene dada por la construcción conceptual británica del *Rule of Law*, opuesta en principio a la procedimental pura de *Rechtsstaat* y a la que se ha ido acercando la doctrina germánica después de la II Guerra Mundial.

---

<sup>46</sup> KURIS, E. "On the rule of law and the quality of the law: reflections on the constitutional-turned-international judge". Cit. P. 137

<sup>47</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. *Razón Y Voluntad En El Estado De Derecho: Un Enfoque Filosófico-jurídico*. Cit. p. 120 y 121.

<sup>48</sup> KURIS, E. "On the rule of law and the quality of the law: reflections on the constitutional-turned-international judge". cit. p. 137.

<sup>49</sup> La última cuestión no la defiende.

Para el sistema británico, los derechos fundamentales son esencialmente un escudo frente al poder, sin límites a la persecución del bien común –que encarna la autoridad que dirige la política, hoy el parlamento y el gobierno, antaño el rey-<sup>50</sup>, naciendo el Estado de Derecho en Reino Unido como un mecanismo jurídico dirigido a evitar el poder omnímodo y absoluto del monarca y su arbitrariedad; por ello el reconocimiento y protección de los derechos civiles se convierte en un asunto vital en un Estado que pretenda ser considerado de esta manera. Así, se entiende que la libertad es el pivote de la tutela de los demás derechos humanos, porque se parte del reconocimiento de que el sujeto es el soberano, debiendo protegerse su autonomía frente al poder<sup>51</sup>.

Esta construcción humana –aunque justificada en su momento en el derecho natural– es un pilar conceptual que no se puede desconocer y que se ha visto además positivo para la consecución de la paz, y con ello, de un acercamiento a la noción de justicia. La justificación en este sentido, no es la realidad, al no tener el derecho natural sustento alguno<sup>52</sup>. En este caso, los derechos surgieron jurídicamente, con la aprobación en el parlamento del *Bill of Rights*, que según sus redactores tenía un carácter declarativo<sup>53</sup>, tras la transacción que se produjo entre esta institución y el monarca; y con su protección por parte de los tribunales generando una nueva constitución material en Reino Unido, habiéndose consagrado como una tradición jurídica en el mundo occidental posteriormente.

En una última instancia el concepto de Estado de Derecho que se defiende en este trabajo vendría condicionado normativamente por el respeto de contenidos determinados, reconocibles en las democracias occidentales, como son los derechos fundamentales. Se convertiría en “*el imperio del derecho, pero no de cualquier derecho*”<sup>54</sup>. Es decir, “*los derechos fundamentales son exigencias éticas que en cuanto conquistas históricas constituyen hoy un elemento esencial del sistema de legitimidad en que se apoya el Estado de Derecho*”<sup>55</sup>. Son tradición jurídica, positivizada desde

---

<sup>50</sup> MELERO DE LA TORRE, M. *Legalidad como razón pública. Una teoría del constitucionalismo desde el modelo commonwealth*. CEPC. 2020. pp. 242 y 243.

<sup>51</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*. cit. p. 23.

<sup>52</sup> Cabe apreciar la pregunta de cómo se puede considerar la existencia de un derecho sin coacción, como el derecho natural, que abordando campos distintos a la moral, no vendría dotado de mecanismos de tutela, como la moral, para lograr su efectivo cumplimiento.

<sup>53</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*. cit. p. 28

<sup>54</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. *Razón Y Voluntad En El Estado De Derecho: Un Enfoque Filosófico-jurídico*. cit. p. 28

<sup>55</sup> DÍAZ, E. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. cit. p. 53

hace siglos, habiendo tenido una contribución muy notable para tratar de acercarse a una noción de justicia.

Muchos Estados tienen constituciones, otros celebran elecciones con pluralismo limitado y con el control de los resultados de las mismas, todos estos Estados regulan, sus normas están vigentes y se aplican coactivamente. Eso sí, no todos aseguran el fin último del derecho democrático, el fomento de la justicia, que pasa por asegurar la libertad de los individuos y por protegerles del poder<sup>56</sup>. El buen concepto del Estado de Derecho, pasa necesariamente por formular una síntesis de los dos extremos. Generando un concepto de Estado de Derecho que posee una base procedimental, aunque también material, aunque no esencialmente moral. Retroalimentándose y agotándose la interpretación y aplicación del derecho, en el derecho mismo. Estableciéndose límites jurídicos a un poder que de actuar arbitrariamente generaría un derecho vigente, y sin embargo, no válido. El Estado de Derecho se convierte en el modo más justo de acceder a la democracia<sup>57</sup> –y defenderlo conlleva su más férrea protección-.

## ***2.4. El Estado de Derecho, su innovación a nivel europeo y el derecho nacional. El Constitucionalismo Multinivel y el CEDH como punta de lanza***

### **A) Estado de Derecho y Constitucionalismo Multinivel**

Esto es lo que abordó, muchos años más tarde del nacimiento del *Bill of Rights*, el Consejo de Europa: la creación de una declaración de derechos y de una jurisdicción encargada de su protección, es decir, aterrizó como revolucionario en el derecho internacional una situación que fue revolucionaria a nivel nacional dos siglos y medio antes.

El Consejo de Europa creó derecho sustantivo, derecho fuerte, no como hiciera Naciones Unidas, lo que me lleva a formular la hipótesis de que el derecho creado en el Consejo de Europa, relativo a la protección de los derechos fundamentales, ha mejorado el Estado de Derecho de los países miembros de la organización porque ha ayudado a

---

<sup>56</sup> KURIS, E. “On the rule of law and the quality of the law: reflections on the constitutional-turned-international judge”. cit. p. 135

<sup>57</sup> DÍAZ, E. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. cit. p. 31.

resolver problemas relativos a los mismos, siendo los derechos fundamentales esenciales para entender el concepto del Estado de Derecho.

En cuanto al debate de su posible carácter constitucional, el magistrado lituano del TEDH, Kuris, expone que el CEDH es un instrumento distinto a una constitución, aunque tenga algunas similitudes; de hecho su contenido se corresponde con la parte dogmática de las mismas. Pero, sigue argumentando que si uno acepta que el constitucionalismo multinivel es plausible y deseable, esto no conllevaría que se genere un régimen transnacional, al no entrar en la jerarquía<sup>58</sup>.

Yo me opongo a este último punto, en primer lugar, el CEDH se integra en nuestro ordenamiento por dos vías, el artículo 10.2 y por el Capítulo Tercero del Título Tercero de la Constitución. El CEDH tiene una influencia muy importante; en si, las diferencias de competencias, que serían deslocalizadas, no implican que no exista una interacción propia de sistemas políticos modernos. No genera un nuevo Estado, aunque si un orden en el que los seres humanos se desarrollan y en el que pueden amparar sus derechos e intereses, al fin y al cabo el ordenamiento jurídico y los sistemas políticos no solo tienen como finalidad la constitución y distribución del poder, sino también su limitación, que va implícita en separar. Desde este punto de vista, el del individuo, es desde donde ha de entenderse el constitucionalismo multinivel español.

Dicho esto, la reticencia del magistrado es totalmente comprensible por el argumento que esgrime relativo a que el TEDH no es una corte constitucional por no ser un legislador negativo, en el sentido que propuso el archiconocido jurista Hans Kelsen para la Constitución Austriaca y que se ha replicado por Europa con mucho éxito. Sin poder invalidar legislación doméstica con vocación de permanencia, no cumpliría los requisitos mínimos<sup>59</sup>. En ese caso, no ha de olvidarse que el TEDH es una corte *sui generis*, y que no es del todo exacto que no invalide, debido a que lo hace de forma indirecta, normas nacionales, o que lo haga parcialmente o matizando su interpretación. El caso es que no se impugnan normas por los particulares ante el TEDH, salvo normas que no tienen una vocación de generalidad y que se asemejan a actos administrativos, como fue la conocida expropiación sobre Rumasa<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> KURIS, E. “On the rule of law and the quality of the law: reflections on the constitutional-turned-international judge”. cit. p. 133

<sup>59</sup> KURIS, E. “On the rule of law and the quality of the law: reflections on the constitutional-turned-international judge”. cit. p. 114

<sup>60</sup> *Vid. Infra*

Ante el TEDH lo normal es que se impugnen actos que se producen al amparo de leyes. Con lo que declarando la invalidez del acto, se emite un juicio negativo sobre el contenido de la norma tomando en cuenta ciertas circunstancias, teniendo el Estado la obligación de restaurar el derecho. Cuando ocurre esto cabe pensar que posibles reformas –legislativas o de la jurisprudencia- son deseables. O como destaca la profesora Argelia Queralt: *“El Tribunal Europeo ha dado tutela individual a cientos de miles de personas, pero también ha impulsado, cuando no forzado, cambios en los ordenamientos jurídicos internos de estos 47 Estados parte que, sin la existencia de Estrasburgo, podrían no haberse producido”*<sup>61</sup>.

Es decir, cuando un Estado accede a la organización internacional del Consejo de Europa, ha de forzosamente, adherirse al CEDH, que en sí mismo es un mecanismo de autolimitación del poder<sup>62</sup> - soberanía- al establecerse en él la tutela de los derechos fundamentales en manos de un órgano como el TEDH. El CEDH tiene un carácter de especialidad, y penetra en los ordenamientos jurídicos nacionales -a través de la influencia de la doctrina en cambios en la ley y en la jurisprudencia- cuando requiere un comportamiento determinado de los Estados parte<sup>63</sup>. Lo que se trataba con anterioridad a su nacimiento puramente en el derecho nacional, se comienza a tratar igualmente a nivel internacional.

Es posible -y ocurre- que haya discrepancia entre la valoración de un asunto por el máximo intérprete de la Constitución Española y el TEDH. Y ello a pesar de la existencia del artículo 10.2 CE, en el que se prevé:

*“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.*

No hay mejor manera de que en España se de una interpretación conforme a la doctrina internacional de los derechos humanos que vinculando al país de forma efectiva al instrumento y a un tribunal que los tutela. Algunos, como Tuori, piensan que

---

<sup>61</sup> QUERALT, A. 70 años del sistema europeo de garantía..., ¡y que cumpla muchos más! *Agenda Estado de Derecho*. 2020

<sup>62</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. *Razón Y Voluntad En El Estado De Derecho: Un Enfoque Filosófico-jurídico*. p. 61.

<sup>63</sup> WHITE, R Y OVEY, C. *The European Convention on Human Rights (5ªed)*. cit.p. 65

es paradójico que un poder pueda autolimitarse, cuando el mismo puede deshacer los límites, sería un límite en la práctica ficticio<sup>64</sup>. Pero en la realidad, también existen contrapesos internos, sobre todo si se consideran las evidentes diferencias entre el poder constituyente y el poder constituido -que está sujeto a la constitución y a las leyes-, además de existir mecanismos externos al derecho, que tienen que ver mucho más con la política y que influyen sobre los gobiernos, como la denominada opinión pública.

Es por ello que viene considerándose en el seno del TEDH que los Estados tienen la obligación de proporcionar datos, incluso de forma activa, y de dejar ver como se producen sus acciones. En definitiva, en este caso la transparencia y la fiabilidad de los datos se convierte en un desarrollo de derechos fundamentales como la libertad de expresión y de opinión, necesarios en épocas como la actual –marcada por el padecimiento de una pandemia terrible, aparte de la infodemia, situación marcada por la sobreinformación y por la poca capacidad de distinguir lo veraz de lo falso-, muy relevantes materialmente hablando para un control efectivo del poder<sup>65</sup>.

Si Elías Díaz consideraba que dos de los cuatro de los pilares del concepto de Estado de Derecho son el principio de legalidad, y el control de la actuación administrativa, una opinión pública informada puede ayudar, y mucho, a que los gobiernos sientan la presión de que no pueden engañar y manipular y a que la administración no puede actuar arbitrariamente. Por tanto, el TEDH ha innovado el derecho partiendo de su finalidad primigenia y viene a asegurar el respeto al Estado de Derecho, para el que conviene ir matizando elementos con el cambio de las circunstancias.

## **B) La razón de que el CEDH sea la punta de lanza de la defensa del Estado de Derecho en Europa, en contraposición a la UE**

Si se parte de una perspectiva europea, veo claro que el CEDH favorece la mejora del Estado de Derecho nacional. Pero para demostrarlo quizá sea adecuado partir de lo nacional para analizar un constitucionalismo multinivel en el que, pese al desarrollo sobre todo de la Unión Europea y de un derecho que se va extendiendo a través de

---

<sup>64</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. Razón Y Voluntad En El Estado De Derecho: Un Enfoque Filosófico-jurídico. cit. p. 63.

<sup>65</sup> PÉREZ CONCHILLO, E. El derecho de acceso a la información pública en el marco del constitucionalismo multinivel y de la actual crisis sanitaria. *UNED. Revista de Derecho Político* nº 109, p. 229-260. 2020. pp. 234-242.

mecanismos previstos en el derecho originario –algunos de ellos muy poco controlables por instituciones representativas- y de derecho fuera de los tratados, sigue estando marcada por la existencia de la soberanía nacional –aunque mermada-.

Es de la cesión de soberanía desde donde nacen estas organizaciones internacionales, una cesión “consensuada” en el plano estatal donde se mueve mayoritariamente todo ciudadano, donde ejerce sus derechos con toda amplitud. Es por ello el Estado donde pivota el constitucionalismo multinivel. En Europa existen 47 sistemas constitucionales multinivel, cada uno con sus características, no existe uno solo. Eso sí, la visión que defiende no es ni mucho menos unánime, otros unifican. Para Pernice, por ejemplo, refiriéndose al constitucionalismo multinivel de la UE “*la constitución europea sería un único sistema legal, compuesto de dos capas constitucionales complementarias, la europea y la nacional, que están estrechamente entremezcladas y son interdependientes, que uno no puede leer y entender completamente sin hacer referencia a la otra*”<sup>66</sup>.

El constitucionalismo multinivel existe al haber “*diferentes niveles jurídicos que no están necesariamente en relación de jerarquía [...] sino que frecuentemente sus relaciones se rigen por el principio de competencia y de especialidad (material y formal)*”<sup>67</sup>.

Es decir, existen regulaciones autónomas, independientes, que se influyen entre sí y que acaban formando una unidad desde el punto de vista del ciudadano, que es el único en el que se puede basar el surgimiento de todos los niveles jurídicos, argumentando Pernice, que es este, como poder constituyente, quien edifica el ordenamiento nacional, al igual que el ordenamiento presente en la UE y el Consejo de Europa, que estaría para servirle y para el que incluso se vendría creando una identificación común<sup>68</sup>, la ciudadanía europea.

Yo no soy tan optimista como él, los dueños de los tratados han sido realmente los Estados o gobiernos y no los ciudadanos, falta, como el mismo reconoce, una opinión pública europea que siga y controle con firmeza el desarrollo de la organización y de su actuación. Alega Pernice que los Estados no quieren esto para que no perder

---

<sup>66</sup> PERNICE, I. “El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”. *RECDE*. nº 17. Consultado en: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17\\_PERNICE.htm#dos](http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm#dos).

<sup>67</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales*. cit. p.88

<sup>68</sup> PERNICE, I. “Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe”. *European Constitutional Law Review* nº11, pp. 541–562, 2015, p. 544; y PERNICE, I. “El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”. cit.



poder<sup>69</sup> -mientras considera al ciudadano como el dueño de la UE-, pero la realidad es que ceden poder -soberanía- para conservar un pedazo más pequeño del mismo con un menor cuestionamiento, es para ellos una forma de estabilizar el sistema con la ayuda de una organización cuyos procedimientos de decisión son muy complejos y en el que se produce un predominio de lo técnico frente a lo político en políticas trascendentales donde se evita un debate democrático puesto que hay decisiones que carecen de representatividad. En la UE se innova el derecho de manera no democrática creyendo el ciudadano que el responsable de las medidas que se toman sigue siendo su gobierno –al menos formalmente-, mientras la “sala de máquinas” se ha trasladado a otro lugar.

La responsabilidad se difumina, y las democracias representativas acaban sufriendo una deriva tecnócrata -autoritaria por a la arbitrariedad que genera-. La tecnocracia es una amenaza para el Estado social de derecho, consecuencia inevitable de la creencia en la economía como una ciencia con principios incuestionables, que conllevaría la ruptura del pluralismo y del debate público. ¿Cómo podemos llegar a valorar nuestra situación actual en la UE, y su rol en la defensa de los derechos fundamentales?

Dudo que, en esta situación, ante la arbitrariedad desde el plano de vista de la existencia o no de limitaciones de la actuación del régimen epistocrático de la UE, el Estado de Derecho se vea favorecido, es más, creo que lo envenena y lo hace deteriorarse de forma velada. La no exigencia de los estándares nacionales de control del poder sustantivo o material a la UE, sus déficits de legitimidad democrática en varias de sus políticas, como la política monetaria<sup>70</sup>, hacen que se cree un modelo de confusión competencial que termina arrastrando la legitimidad de los sistemas políticos de los Estados miembros<sup>71</sup>.

De plena actualidad se encuentra el establecimiento de la condicionalidad de la aportación de fondos europeos al respeto del Estado de Derecho en los Estados miembros. Al fin y al cabo, uno de los requisitos para entrar en la Unión Europea es ser una democracia, mientras que hay países como Hungría y Polonia que están sufriendo retrocesos autoritarios. A raíz de la existencia de otros programas que requieren la unanimidad de Estados de la UE, el Consejo Europeo negocia con estos dos Estados

---

<sup>69</sup> PERNICE, I. “Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe”. p. 543

<sup>70</sup> LÓPEZ MAROTO, M. “Draghi a los ojos de Weber. Un análisis actual del poder del Banco Central Europeo”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid* nº42, pp. 105-132. 2020. <https://doi.org/10.15366/rjuam2020.42.004>. p. 126-128.

<sup>71</sup> GUILLÉN, E., *Repensando la forma de Gobierno. Constitucionalismo, democracia y parlamentarismo en contextos posnacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2019. P. 41. Cita a: MENÉNDEZ, A. J. *De la Crisis Económica a la Crisis Constitucional de la Unión Europea*, Eolas Ediciones, León, 2012, p. 116.

sobrepasar el propio derecho originario para someter el programa relativo a la condicionalidad con base en el Estado de Derecho, a un control previo por parte del TJUE expresamente vedado<sup>72</sup>. Al final, un criterio, el económico, prima sobre el jurídico.

En cambio, la entrada de los Estados en el Consejo de Europa no conlleva actuaciones *ultra vires* o fuera del derecho de del tratado suscrito por los Estados en función de coyunturas económicas o de decisiones de instituciones no representativas -y no controladas por las representativas-, lo que lo hace un mecanismo realmente democrático y la punta de lanza de lo que tienen que ser los principios de los sistemas constitucionales multinivel europeos.

La entrada de la UE en el CEDH le obligaría a establecer unos mecanismos democráticos que para la organización del ejercicio de su poder son contraproducentes por los propósitos actuales que tiene la organización, que a raíz de la crisis económica y financiera introdujo la condicionalidad -fiscal- de sus políticas como un principio rector -para algunos Estados que requirieron de ayuda-, presiones que llevaron incluso a la modificación del derecho nacional en varios países a través de instancias y procedimientos informales y el control de Estados como Grecia a partir de mecanismos creados *ex post facto* fuera del derecho de la UE. Y que dejaron los derechos fundamentales en un segundo plano puesto que también necesitan algunos de inversión pública para poder promoverse.

El *Rule of Law*, al fin y al cabo, es un concepto muy discutido, más aún si tratamos de apreciarlo en distintos planos territoriales en un grado aceptable de pureza, es un término que no está siempre en paz, con ataques más o menos mediáticos, visibles o velados, por lo que hay que defenderlo continuamente, porque estos conceptos tienen un componente histórico, “*son procesos históricos siempre abiertos a posibles y necesarios perfeccionamientos*”<sup>73</sup>, y regresiones. Hoy en el ámbito internacionalizado, me puedo referir a la necesidad de clarificación competencial y de la soberanía del otrora constituyente de cada país, otro tipo de límites a un poder de más reciente configuración. Pienso que no hay justicia sin libertad, igual que no hay Estado de Derecho sin autonomía, y en el plano multinivel, sin una soberanía nacional definida y estándares comunes entre niveles. Los conceptos mencionados interaccionan, son

---

<sup>72</sup> SCHEPPELE, K. L., PECH, L.; PLATON, S. “Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law”, *VerfBlog*, 2020/12/13, <https://verfassungsblog.de/compromising-the-rule-of-law-while-compromising-on-the-rule-of-law/>

<sup>73</sup> DÍAZ, E. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. cit. p. 106

conceptos muy abstractos de índole valorativa, si, pero se pueden aterrizar, ver en los hechos y en la evolución institucional. El CEDH genera certidumbre en contraposición al derecho de la UE.

Por ello, sigue siendo el piso mínimo que se fijó en la concepción de Estado liberal de derecho el punto de partida, y una interpretación conforme a los ordenamientos jurídicos nacionales actuales, la mejor manera de comenzar a entenderlo. Se ha de pensar como un concepto que garantiza la permanencia de la democracia, debido a que tiene un contenido material ineludible. Hay que evitar que se convierta solo en un concepto de procedimiento, puesto que al fin y al cabo los procedimientos existen para lograr algún propósito. La interpretación teleológica del TEDH se ajusta a este extremo, y por este motivo ayuda a fomentar el respeto y la profundización del Estado de Derecho, en estados donde unos se acercan más al ideal y en otros donde se acercan menos<sup>74</sup>.

El Estado de Derecho es la antítesis de la arbitrariedad como he señalado, formalmente y de manera material, con el objeto de proteger al individuo. Esa es la noción central, que se aprecia en la actuación del TEDH. El CEDH es su principal contribuyente en el ámbito europeo, lo que me lleva a pensar que presenta los cauces más adecuados para la defensa de los derechos fundamentales desde el punto de vista del abogado europeo.

De esta manera, la acción del abogado ha de enfocarse en acudir al TEDH – actuación que además redundará en el interés general-, cuestión que viene favorecida también de forma notable por la incapacidad de acceder a la tutela de los derechos fundamentales en el marco de la UE acudiendo al TJUE en los casos en los que los estados fueran los que los vulneran, debido a que solo estaría sujeto a este estándar los actos de la Unión Europea que afectaran a los ciudadanos, o actos de estados en aplicación del derecho de la UE donde los órganos jurisdiccionales nacionales deberían apreciar el contenido de la Carta<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> DÍAZ, E. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. cit. p. 178.

<sup>75</sup> UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. “La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional Español”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* n°32, 2013, pp. 391-428. 2013. P. 393.

# **Capítulo 3. El rol del abogado en la defensa de los DDFE en todos los niveles. El abogado como pieza del motor de la mejora del Estado de Derecho**

## ***3.1. Introducción***

Si hacemos una metáfora sencilla, relativa a los automóviles, se puede argumentar que el abogado es una correa de transmisión de un motor. Es el profesional a través del cual tienen que llegar en la mayoría de los casos las pretensiones que pretendan ejercer los ciudadanos ante juzgados y tribunales. Los abogados proponen soluciones, esta es la idea central en el apartado.

Una idea que se sustenta en que en el CEDH puede advertirse un cambio de paradigma, o al menos un paradigma distinto a como solemos concebir el derecho en la Europa continental, y en efecto, en España. El CEDH marca una serie de principios, y el TEDH, sin entrar a interpretar lo que significa el derecho nacional en sus sentencias, enjuicia acontecimientos con base a estos principios. En función de las condiciones sociales, el contenido y alcance de los derechos pueden verse modificados, quedando su aplicación en manos de un tribunal que tiene un gran poder para configurarlos.

Así, el derecho en esta jurisdicción ha de entenderse más como una práctica que como un bloque sistemático de normas con un sentido siempre claro tomadas individualmente, debiendo de estar muy atentos a los precedentes. Al ser las normas –en su mayoría principios- escasas y abstractas, todos los agentes jurídicos tienen una mayor capacidad creadora -aunque con límites-.

De ello ha de ser consciente el abogado que acuda a la Corte, para aprovecharlo en beneficio de su defendido. Ello es lo que defiende el apartado, la importancia, muchas veces eclipsada, del abogado, como pilar de la administración de justicia, española y europea.

## ***3.2. El abogado como parte del motor del Estado de Derecho, entre la práctica jurídica y la deontología profesional***

Puede afirmarse sin ningún tipo de ambages que a nivel social, quizá por el carácter de profesión liberal que viene marcado en el ADN de la profesión de la abogacía, que

posee un gran cariz individual, no se viene considerando al abogado como un pilar del Estado de Derecho y, en concreto, de la administración de justicia. Esto se une a que, desafortunadamente para ellos, la mayoría de las personas que comparten el mundo con juristas son legas en derecho, no comprendiendo la configuración material del derecho, el lenguaje jurídico, ni las vías procesales y extraprocesales –las legítimas– para tutelar sus propios derechos e intereses. Es propio de las configuraciones de órganos y sistemas que tienen una gran importancia, el ser complejos, entendiendo solo los especialistas la complejidad en un ámbito.

Pero, frente a la opinión general, el abogado es sin lugar a dudas parte del motor en la mejora del Derecho, o como dice en su preámbulo el Código Deontológico de la Abogacía Española<sup>76</sup>, a los abogados se les ha confiado y se les confía actualmente intereses “*trascendentales, relacionados fundamentalmente con el imperio del derecho y la Justicia*”, en sociedades constituidas en torno al Derecho esta profesión tiene visos de ser esencial.

Es el abogado el que en defensa de los derechos de su cliente, e intereses, encuentra las contradicciones del sistema, las lagunas, propone interpretaciones de la norma, en definitiva, transmite a los órganos jurisdiccionales soluciones fundamentadas jurídicamente para sobrepasar los problemas. Cuando la jurisprudencia acepta, aunque sea con matices, las opiniones de los letrados, sienta precedentes para interpretar y aplicar el derecho en situaciones que son problemáticas y poco claras. Incluso un atento legislador puede beneficiarse de esta actividad conjunta de agentes públicos y privados para mejorar la literalidad de las normas y cerrar círculos viciosos de una manera adecuada.

Es sobre estos dos elementos donde pivota la idea, prevista en la deontología de la profesión -a nivel nacional y europeo<sup>77</sup>-, de que la profesión de la abogacía es vital para el mantenimiento y la mejora del Estado de Derecho, siendo los abogados actores claves en el mismo. De este razonamiento brotan todas las obligaciones para los letrados con

---

<sup>76</sup> Aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española por decisión del día 6 de marzo de 2019. La versión actualizada se encuentra disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/05/Codigo-Deontologico-2019.pdf>

<sup>77</sup> El punto 1.1 del preámbulo del Código de Deontología de los Abogados Europeos expone: “*En una sociedad basada en el respeto al Estado de Derecho, el Abogado cumple un papel esencial. Sus obligaciones no se limitan al fiel cumplimiento de lo encomendado por su cliente. En un Estado de Derecho, el Abogado debe servir los intereses de la Justicia así como los derechos y libertades que se le han confiado para defenderlos y hacerlos valer. Su deber no consiste únicamente en abogar por la causa de su cliente sino igualmente, en ser su asesor. El respeto de la función del Abogado es una condición esencial del Estado de Derecho y de una sociedad democrática*”. Se puede encontrar en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/codigodeontologico.pdf>

sus clientes, el resto de abogados y los órganos jurisdiccionales, de tener una probidad mayor que otro tipo de profesiones. Porque en realidad hay mucho en juego en la actividad del abogado. Es, al fin y al cabo, de donde se generan los elementos que han de caracterizar la actividad profesional en general, con cualquiera, de todos los letrados.

La deontología es importante, pero creo que para comprender correctamente la virtualidad del abogado en la creación del contenido de los derechos fundamentales se ha de recurrir con preeminencia a otro campo, el de su actividad y sus relaciones con otros agentes jurídicos, sobre todo con los jueces. Hay que ir más allá.

Existe amplio debate en la disciplina de la filosofía del derecho, desde hace décadas, sobre que es lo que hemos de considerar como Derecho, siendo la posición más fuerte en la actualidad el positivismo jurídico metodológico, que ve el derecho como un objeto que se puede estudiar de forma autónoma -es decir, separado de la moral- y que tiene determinadas características, como su carácter normativo, coactivo, que es convencional y que regula su propia creación<sup>78</sup>.

Mientras, en las últimas décadas ha surgido otra ola, que puede hacer pensar a los juristas en marcos como el que yo estudio en este trabajo, el de los derechos humanos. La corriente postpositivista, desarrollada por autores como Atienza en España, Robert Alexy, Ronald Dworking, Santiago Nino o MacCormick ve el derecho de forma distinta, esencialmente –sin desconocer la existencia del ordenamiento jurídico positivo– como una práctica social que está encaminada a la consecución de determinados fines y valores<sup>79</sup>.

Ellos podrían verse claros en las partes dogmáticas de la mayoría de las constituciones de los Estados después de la II Guerra Mundial, y en las declaraciones de derechos humanos como es el Convenio de Roma. Así, para Atienza siguiendo y matizando a Celano, los derechos fundamentales consisten en la positivación de bienes, valores, *preferences*, en torno a los cuales se crean una serie de relaciones jurídicas que están dirigidas a defenderlos, mantenerlos y desarrollarlos<sup>80</sup>.

Esta concepción dinámica del derecho coincide con la manera de actuar del TEDH. Porque el TEDH no es una corte que venga a aplicar de forma continuada normas consideradas como reglas, sino que aplica otro tipo de normas, principios, en los cuáles

---

<sup>78</sup> SQUELLA, A. *¿Qué es el derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, p. 14, en ATIENZA, M. *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*. Trotta, Madrid, 2019. pp. 116 (definición se Squella) y 122-124 (interpretación de Atienza).

<sup>79</sup> ATIENZA, M. *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*. cit. pp. 150-156.

<sup>80</sup> ATIENZA, M. *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*. pp. 40 y 50.

se advierte un carácter más abstracto y que se pueden considerar, en parte, como mandatos de optimización<sup>81</sup> dirigidos a las autoridades y operadores jurídicos para guiar su actividad jurídica.

Esta perspectiva, la de la autonomía en los conceptos previstos en el Convenio, y defendida por el TEDH, y el carácter dinámico de convenio, casa muy bien con el predominio de la jurisprudencia que se produce de forma necesaria en este ámbito, y con el carácter “activista” -entre comillas porque está limitado- y creador de derecho del TEDH.

Es decir, en este ámbito supranacional la jurisprudencia es fuente de derecho porque sin ella no puede comprenderse el contenido –que muta- y el sentido del Convenio. Conviene, por tanto, al abogado que acuda ante ella, leer y estudiar la jurisprudencia al nivel del propio texto, y analizar en el plano del lenguaje utilizado por la Corte: que es lo que quiere decir esta, y qué consecuencias tiene su argumentación, para ver cómo puede enfocar el caso concreto que esté llevando al Tribunal.

Que la jurisprudencia sea derecho no se compadece con lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, cabe citar el Código Civil en este extremo, en concreto dos apartados del artículo primero de este texto:

*Art. 1.1 CC: Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*

*Art. 1.6 CC: La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.*

Que el Código Civil no reconozca la jurisprudencia como fuente del derecho puede ser problemático para trasladar la forma de razonar del TEDH al ámbito nacional. Eso sí, para entender aquí la posición y la actividad del abogado, ha de acudir a la

---

<sup>81</sup> En palabras de Alexy, que los principios sean mandatos de optimización significa que: “*son normas que deben ser realizadas con la máxima amplitud posible, dadas las posibilidades legales y de hecho*” (ALEXY, R. *Discourse Theory and Fundamental Rights*. Capítulo de libro DE MENÉNDEZ, A. y ODDVAR, E. *Arguing Fundamental Rights*. Springer. Netherlands. 2006. p. 23) , “*son lo contrario a las reglas, en tanto que estas solo pueden estar o plenamente satisfechas o del todo insatisfechas (ocupan puntos fijos en el ámbito de lo fáctica y legalmente posible)*” (MELERO DE LA TORRE, M. *Legalidad como razón pública. Una teoría del constitucionalismo desde el modelo commonwealth*. p. 240, que referencia a ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEPC. Madrid. 2007. P. 67 y 68).

argumentación jurídica que se da en el seno de los juzgados y tribunales, como hace ante el orden jurisdiccional español.

El propio tribunal reconoció que el CEDH representaba un instrumento constitucional que mostraba la identidad europea, queriendo decir que representaba un estándar moral compartido entre Estados democráticos y respetuosos de la dignidad humana. Por ello, el TEDH genera una jurisprudencia sistemática, lógica e integrada del Convenio. Es decir, hay en su actuación una pretensión de corrección<sup>82</sup>, en la interpretación y aplicación del convenio para lograr la consecución de una justicia que viene marcada por hacer realidad ciertos valores del mismo, o como explica Tuori, hace también referencia a estándares de políticas públicas<sup>83</sup>, en un trabajo, el del autor, donde pretende mostrar la interacción entre el TEDH y el derecho finlandés. Pero, lógicamente, el TEDH no utiliza una argumentación moral en sus decisiones, sino jurídica.

Existiendo casos trágicos, casos donde colisionan derechos fundamentales, o donde se niega la vulneración por no estar bien delimitados sus contenidos, el Tribunal debe proceder a razonar y argumentar. En función de que apliquen, si reglas de acción, reglas de fin, o principios, los tribunales usan tres formas de razonar: la subsunción, la adecuación y la ponderación<sup>84</sup>.

En el segundo caso, de colisión de los derechos –principios- puede acudir a ponderar el peso de los derechos en el caso concreto, haciendo varios juicios, como el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, buscando una forma racional de actuar –no tiene porqué seguir a la de Alexy, hay formas de entender la proporcionalidad más restrictivas<sup>85</sup>–.

Los razonamientos bien formulados, por sus reglas de procedimiento, lógicas, tienen, una pretensión jurídica objetiva –genera un marco adecuado para decidir de

---

<sup>82</sup> La pretensión de corrección significa que: “Cualquier aserción jurídica (*legal assertion*) contiene necesariamente un compromiso discursivo [...] de que la decisión es procesal y sustantivamente correcta. Este compromiso posee tres elementos. El primero es la aserción jurídica. Esta, a su vez, se encuentra complementada por una exigencia de justificabilidad o fundamentabilidad. La argumentación jurídica es un juego de dar y pedir razones en el sentido de la pragmática normativa brandomiana. El tercer elemento de la pretensión de corrección es la expectativa de que toda aserción jurídica será aceptada como correcta por terceros”. En KLATT, M. “La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº43, pp. 219-252, 2020. p. 224. ATIENZA, M. *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*. pp. 20 y 21.

<sup>83</sup> TUORI, K. *Fundamental Rights Principles: Disciplining the Instrumentalism of Policies*. Capítulo de: DE MENÉNDEZ, A. y ODDVAR, E. *Arguing Fundamental Rights*. cit., p 49.

<sup>84</sup> ATIENZA, M. “¿De qué sirve la Teoría de la Argumentación Jurídica?” *Teoría y Derecho* nº20, pp. 14-20. 2016. p. 18.

<sup>85</sup> MELERO DE LA TORRE, M. *Legalidad como razón pública. Una teoría del constitucionalismo desde el modelo commonwealth*. cit. p. 238-254.



forma concreta, elimina lo imposible-, pero donde a la vez se pueden producir razonamientos distintos, válidos, en función de las premisas, o del peso que se establezca para cada una. Y fuera del ámbito de la ponderación, puede argumentarse de forma racional en sentidos diversos con base en una misma norma del ordenamiento jurídico. En el caso de que todos pensáramos igual cuando leemos normas, no habría problemas ni pleitos.

Es aquí donde el abogado aparece en su plenitud, en la duda. Es difícil, si no imposible, afirmar que la actividad del abogado viene guiada por una vocación de justicia ineludible que la determina, pues la aplicación del derecho la hacen los jueces y magistrados, no los abogados, que asesoran a sus clientes y defienden sus intereses. Aunque yo no llegaría al extremo defendido por el famoso magistrado norteamericano Holmes, que consideraba a los abogados como “*consejeros a sueldo de personas malvadas*”<sup>86</sup>, como agentes no virtuosos, cuestión que es algo simple y que adolece de prejuicios negativos. El razonamiento parte de que al abogado le interesa de forma pura y exclusiva las consecuencias de cada caso –esencialmente predecir los resultados de los pleitos- y no normas morales que guíen la conducta. Pero, ¿cómo saber las inclinaciones morales de cada uno? ¿Es incompatible actuar en conformidad con normas, mientras uno no las comparte moralmente? Se abren muchas preguntas.

El caso es que creo útil que el abogado tenga cierta capacidad de predicción<sup>87</sup>, sobre todo en ante un derecho muy basado en los precedentes, tan importante en el marco de la actuación del TEDH. Pero el derecho no puede entenderse pura y exclusivamente en términos tan reducidos. Este razonamiento es útil en la práctica. Sin embargo, no explica todo, es decir, el derecho no es puramente “*lo que el juez decide*”<sup>88</sup>. Una jurisdicción en la que la jurisprudencia tiene tanta importancia, genera un marco para asegurar una mayor previsibilidad en la misma. El TEDH, como se verá en el capítulo siguiente, mantiene una lógica en su forma de argumentar, bastante lineal, a lo largo del tiempo.

Es normal que el abogado vele por los intereses de su cliente, está obligado por la propia lógica de su profesión, no pudiendo ser de otra manera si se quiere mantener por ejemplo el propio artículo 24 de nuestra Constitución. ¿Sería buen abogado aquel que

---

<sup>86</sup> PIOMBO, H. “El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes, Jr. y la teoría predictiva del Derecho”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* n°43, pp. 189-218. 2020. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.08> p. 190.

<sup>87</sup> Es por ello particularmente interesante el papel que el TEDH da a la previsibilidad de la jurisprudencia a la que aplica conceptos propios del principio de legalidad como se verá en el siguiente capítulo.

<sup>88</sup> PIOMBO, H. “El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes, Jr. y la teoría predictiva del Derecho”. cit. p. 193.

delatara al cliente por creerle culpable? ¿Es moralmente aceptable? En la moralidad de la profesión, no<sup>89</sup>, sencillamente porque las funciones principales del abogado son asesorar y defender, y sin respetar la primera parte del párrafo, todos sus propósitos, y con ello los de la profesión, se ven desechados<sup>90</sup>.

No se puede hacer justicia sin argumentos, y normalmente en los litigios hay dos partes que exponen sus motivos sobre cómo debería producirse, a su juicio, el desenlace del pleito. Bien, tanto por las pretensiones –al existir un principio general procesal de congruencia en la actividad de los tribunales- como por las argumentaciones, en el caso de la colisión de derechos referidas a extremos como los de la ponderación o el de la determinación del contenido de un derecho, el tribunal va a poder encontrar razones, ideas, para proceder y decidir.

Los agentes, en función de su posición argumentan de manera diferente, si hacemos una aproximación a la praxis jurídica, “*el abogado o el fiscal argumentan para conseguir la adhesión del juez o el jurado, y el juez argumenta su sentencia para lograr que las partes no la recurran, que el tribunal superior no la case, si hay recurso, y que la sociedad acepte que es la mejor solución y la más conforme al Derecho*”<sup>91</sup>.

De esta manera los agentes colaboran, y los abogados se convierten en piezas clave a la hora de construir el contenido material de los derechos, produciéndose una colaboración -pareciera que tácita- entre agentes que tienen distintos fines, pero que acaban necesitándose para que se administre justicia de forma correcta.

Es así como el abogado se convierte en parte del motor de la mejora del Estado de Derecho, porque él asiste al cliente cuyo derecho puede verse vulnerado, lleva el caso al tribunal, argumenta normalmente en el sentido garantista, y en ocasiones consigue una innovación del derecho que viene dada por la asunción de su razonamiento –en todo o en parte- por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Posteriormente, con la obligatoriedad de las sentencias, en el caso concreto, y que a los tribunales nacionales o legisladores les conviene asumir la doctrina del TEDH –en España el art. 10.2 CE les obliga-, se generan mejoras del Estado de Derecho a nivel

---

<sup>89</sup> Véase el artículo 5.1 del CDAE relativo al secreto profesional: “*La confianza y confidencialidad en las relaciones con el cliente, ínsita en el derecho de éste a su defensa e intimidad y a no declarar en su contra, impone a quien ejerce la Abogacía la obligación de guardar secreto...*”.

<sup>90</sup> La mala actuación de un abogado afecta a los demás abogados.

<sup>91</sup> GARCÍA AMADO, JA. “¿Para que sirve la Teoría de la Argumentación Jurídica?” *Teoría y Derecho* n°20. pp.42-63. 2016. p. 50.

nacional, que redundan en una tutela más amplia de los derechos fundamentales de los justiciables, como los capítulos siguientes muestran.

## **Capítulo 4. Dos ejemplos de interacción jurídica a través del *case-law* entre el TEDH y España**

### ***4.1. Caso Ruiz Mateos c. España y la reforma de la LOTC. La motivación hacia el legislador***

#### **A) Explicación general**

El caso Ruiz Mateos fue importante en la España de principios de la década de 1980, y se produjo a raíz de una expropiación que sin duda alguna puede caracterizarse como bastante singular. El grupo empresarial Rumasa ganaba tanto poder a principios de la década de 1980 que el gobierno por causa de utilidad pública, definida en el Real Decreto Ley 2/1983, expropió toda la compañía. Este grupo empresarial tenía varios bancos que habían asumido muchos riesgos financieros que ponían en juego todo el sistema financiero español.

Tras presentar una acción sumaria de restitución, que se inadmite por defectos formales, presenta en mayo una nueva demanda junto con el resto de propietarios de Rumasa. Admitida, comienza el juicio. Casi un año después, en 1984, el demandante solicita al juzgado que este presentara una cuestión de constitucionalidad, de los artículos 1 y 2 de la Ley 7/1982, en relación con los artículos 14, 24 y 33 de la CE, interesando a este análisis sobre todo el artículo 24 –correlativo al art. 6 del CEDH-. Alegaron que al haberse producido la expropiación a través de una norma con rango de ley, no habían podido invocar los tribunales el derecho de propiedad (art. 33 CE) ni oponerse al extremo de la utilidad social de la expropiación. El juez piensa que la decisión del fondo del asunto va a depender de cómo se resolvieran los extremos y la eleva.

Casi dos años después, en 1986, los demandantes se quejan ante el Tribunal Constitucional de la dilación del proceso. Pero el TC les contesta que no tenían legitimación para actuar ante este tribunal, a lo que las partes oponen que no tiene sentido al ser parte del litigio civil. Sin las alegaciones de la parte resuelve y estima que

los artículos sobre los que versaba la cuestión son conformes al contenido de la Constitución. El juzgado rechaza la acción de los Ruiz Mateos, pero ellos ya habían acudido al TEDH por la resolución de la cuestión de constitucionalidad, por lo que pidieron que se suspendiera el proceso, en la apelación, hasta la resolución de la demanda ante el TEDH<sup>92</sup>.

## **B) Argumentación de los abogados**

Ante la Comisión del TEDH<sup>93</sup>, los actores alegaron en 1987 que su causa no había sido oída de forma equitativa y en un plazo que pudiera considerarse razonable en los términos del artículo 6.1 del CEDH. Pensaron también que se había conculcado el principio de igualdad, puesto que alegaban ser los únicos a los cuales se les había expropiado por la vía legislativa –al menos en democracia- a diferencia de las miles de expropiaciones que se producían todos los años en España que se realizaban a través de un procedimiento administrativo diseñado para este propósito.

A diferencia de las expropiaciones legislativas, aquellas que se realizan a través de una ley singular no pueden impugnarse directamente por particulares, quedando, según ellos, discriminados frente a todos los demás sujetos de otras expropiaciones. No pudieron impugnar cuestiones clave, como la utilidad pública de la expropiación o la necesidad de la cesión inmediata de los bienes.

## **C) Concordancia del razonamiento del Tribunal**

El TEDH delibera sobre la posible vulneración del artículo 6.1 del CEDH<sup>94</sup>. En primer lugar trata el problema de la dilación entre la resolución de la cuestión de constitucionalidad en relación con el proceso principal del orden civil. El gobierno alegó que habían de entenderse separadamente los dos procedimientos, separando el proceso ante el TC, del proceso en el orden jurisdiccional civil.

---

<sup>92</sup> Caso Ruiz Mateos c. España. Sentencia 12952/87. Dictada el 23 de junio de 1993. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164574>

<sup>93</sup> Las sentencias del TEDH tienen en su estructura un apartado dedicado a describir lo que cada una de las partes pretende. En este caso, como el primer trámite se sustanciaba ante la comisión, se encuentra en los apartados 28 y 29 de la Sentencia 12952/87 –Procedimiento ante la comisión-.

<sup>94</sup> Demanda 12952/87. Fundamento de derecho primero.

A causa de esta argumentación, el TEDH se ve compelido a citar jurisprudencia reiterada en estos asuntos, en concreto sobre pleitos que habían involucrado a Alemania y a Austria, expone en el apartado 35<sup>95</sup> de la sentencia que: *“Para calcular el periodo que debe examinarse, la instancia ante el TC debe ser tomada en cuenta cuando su resultado puede influir en el desenlace del litigio debatido ante las jurisdicciones ordinarias”*.

Es decir, el TEDH lo entiende como una cuestión incidental, parte del proceso principal, porque la resolución del segundo, en su sentido, va a depender del proceso accesorio. Por ello el tribunal cuenta desde el inicio de proceso civil y considera que han pasado 7 años y 9 meses sin resolución del proceso.

A partir de este momento discute la razonabilidad de que el proceso haya durado tanto tiempo. Mientras el gobierno le achaca la tardanza a la propia actitud de los actores, el tribunal le dice que no es espurio que usen la única vía que la ley les confiere para defender su derecho<sup>96</sup>. ¿Puede haber un ejercicio abusivo de un derecho sin una alternativa viable? El TEDH entiende que los demandantes no podían presentar por sí mismos un recurso de amparo, para ir a analizar un procedimiento, acabando por considerar que el TC podía haber resuelto más rápido. Como expone el Tribunal en el párrafo 63:

*“el principio de igualdad de armas constituye un elemento de la noción más amplia del proceso equitativo, que también engloba el derecho fundamental al carácter contradictorio de la instancia”*<sup>97</sup>.

Ante el TC, solo el abogado del Estado pudo alegar, por lo que no pudieron haber hecho observaciones a lo dicho por la otra parte o tratar de desvirtuarlas. Por ello el tribunal falla a favor de los demandantes y condena a España.

## **D) Incidencia y cambio legal**

Consciente del problema que generaba la ausencia de claridad en el artículo 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), acerca de la comparecencia de las

---

<sup>95</sup> Demanda 12952/87. Párrafo 35.

<sup>96</sup> Demanda 12952/87. Párrafo 43.

<sup>97</sup> Demanda 12952/87. Párrafo 63.

partes que están presentes en el procedimiento ordinario, el legislador, aunque muchos años más tarde, procedió a terminar con el problema.

Es por ello que en la reforma más importante que ha sufrido la LOTC, en el año 2007<sup>98</sup>, se añadió un inciso en el artículo citado:

*Dos. Publicada en el "Boletín Oficial del Estado" la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, quienes sean parte en el procedimiento judicial podrán personarse ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, en el plazo de otros 15 días.*

Ello implica de forma necesaria la asunción del razonamiento, tanto de los abogados del pleito estudiado, como del propio TEDH. Refuerza la consideración de que la cuestión de constitucionalidad se configura como un incidente del proceso principal en la jurisdicción ordinaria, del que depende su solución. Sin necesidad de que el Tribunal Constitucional formulara una doctrina que le permitiera salvar una objeción como la propuesta, con un criterio acertado a mi juicio, por el TEDH. Para que todos puedan defenderse en cualquier tipo de instancia. Ello ha generado una innovación en nuestra idea del Estado de Derecho.

Así lo considera por ejemplo por Marc Carrillo, que expresa que *“esta nueva redacción surgida de la reforma de los artículos 35.2 y 37.2 de la LOTC, en lo relativo a la posición de las partes en el proceso judicial a quo, ha sido una consecuencia de la STEDH de 23 de junio de 1993, del caso Rumasa, (Ruiz Mateos c. España). Esta nueva previsión normativa inserta en un procedimiento de control objetivo de constitucionalidad de la ley, ya fuese ésta de caso único o no, supuso la adición de unas garantías para el ciudadano”*<sup>99</sup>.

Al igual que expone que hubo divergencias doctrinales en España, cita a Rubio Llorente, que argumentaba que la cuestión de constitucionalidad, más que un procedimiento para tutelar derechos subjetivos, tiene la función de perfeccionar el ordenamiento<sup>100</sup>. Cuestión que desde mi punto de vista no es incompatible, porque la resolución de casos concretos motiva cambios sobre como consideramos los derechos fundamentales a nivel nacional. Lo que no obsta, para considerar que por otro lado el

---

<sup>98</sup> A través de la LO 6/2007.

<sup>99</sup> CARRILLO, M. “El Tribunal Constitucional, un balance de cuarenta años”. *UNED. Revista de Derecho Político* nº 101, pp. 631-660, 2018. p. 645

<sup>100</sup> CARRILLO, M. “El Tribunal Constitucional, un balance de cuarenta años”. p. 646

recurso de amparo si tiene que tutelar derechos subjetivos. Cuestión actualmente en entredicho (*vid. Infra*).

## ***4.2. La deliberación sobre el artículo 7 del CEDH en el Caso Inés del Río y la incidencia material de los cambios jurisprudenciales. La motivación hacia los órganos jurisdiccionales***

### **A) Explicación general**

Es complicado hacer la inmersión en este caso, en primer lugar por su complejidad, y en segundo lugar por las emociones –totalmente justificadas– que levanta el deleznable fenómeno del terrorismo. Esta actuación ha llevado a que en las décadas en que ETA ha utilizado la violencia, muchos de los terroristas fueran condenados a penas muy elevadas de prisión, imposibles de cumplir no solo por motivos de pura y esencial biología, sino por los límites a la acumulación de penas que establecen los últimos Códigos Penales españoles.

El debate aquí, como se verá, se traslada al campo de los beneficios penitenciarios, que no son parte de las penas, pero que como expone el TEDH si que inciden en la duración del tiempo en prisión de una persona. Se vuelve al asunto del predominio de lo material o de lo formal como se verá, con una reflexión muy relevante sobre la relevancia de la jurisprudencia. Todo ello en la Sentencia Del Río Prada c. España<sup>101</sup>.

La llamada Doctrina Parot se estableció en la sentencia del Tribunal Supremo 197/2006. En esta sentencia el TS modifica su jurisprudencia anterior, y viene a marcar la diferencia entre una pena y una condena, indicando que la condena incluía el límite temporal a la acumulación de penas, mientras era sobre estas a las que había que aplicar los beneficios penitenciarios, es decir, como expone el TEDH, “*ese límite máximo de encarcelamiento no se consideraba como una nueva pena distinta de las penas dictadas ni como una pena distinta resultante de estas*”<sup>102</sup>, lo cual habría obtenido interpretando el Código Penal de 1973, en concreto los artículos 70.2 y 100 CP 1973.

---

<sup>101</sup> Sentencia Del Río Prada c. España. Demanda 42750/09. Dictada el 21 de octubre de 2013. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-128164>

<sup>102</sup> Demanda 42750/09. Párrafo 39.

Algo interesante a los efectos de este trabajo es que el Tribunal Supremo argumentó que el principio de la irretroactividad penal sancionadora no es aplicable a la jurisprudencia, mientras que el principio de igualdad ante la ley no impide cambios en la jurisprudencia del tribunal siempre que estos se hagan de forma razonada y argumentada. La previsibilidad de la jurisprudencia en el derecho español tiene una incidencia menor a como considera este principio el TEDH, lo que genera una tensión que en este caso se ejemplifica de manera clara.

El artículo 90 del Código Penal es el que regula la libertad condicional, en el año 2003 fue reformado exigiendo que en los casos de delitos relacionados con el terrorismo, para recibir beneficios penitenciarios los presos debían haber procedido a satisfacer la responsabilidad civil derivada del delito. También se incluyeron ciertas orientaciones para saber si había un pronóstico favorable para la reinserción de los presos, como el haber pedido perdón a las víctimas o el haber renunciado a los objetivos y las formas de la actuación terrorista.

El propio Tribunal Constitucional consideró en dos sentencias (39/2012 y 59/2012) que se había vulnerado el artículo 24.1 de la CE y el artículo 17 por haber modificado resoluciones judiciales firmes en el sentido propuesto en la Doctrina Parot<sup>103</sup> en otros casos.

## **B) Argumentación de los abogados**

Los abogados de la parte recurrente expusieron<sup>104</sup> que debido al cambio de la jurisprudencia, a su cliente se le había aumentado de facto la condena un total de 9 años, cuando pretendía obtener los beneficios penitenciarios presentes en la ley a través del trabajo en prisión y haber salido cuando tenía previsto.

Por tanto, pensaban que los beneficios penitenciarios debían imponerse sobre el total de la condena, lo que implicaba usar el límite temporal fijado como máximo para que una persona esté en prisión cuando se produce un concurso real de delitos. Y que no se podía aplicar de forma retroactiva el criterio jurisprudencial expuesto, la presa llevaba en prisión desde 1987. De la forma descrita los tribunales habrían venido a redefinir su pena a través de la modificación de la jurisprudencia, privándola de facto de los beneficios penitenciarios que creía que iba a recibir. Sería, como expone

---

<sup>103</sup> Demanda 42750/09. Párrafo 48.

<sup>104</sup> Demanda 42750/09. Párrafos 61 a 66.



José Núñez, “*contraria al principio de legalidad pues implica una aplicación retroactiva encubierta de leyes posteriores desfavorables*”<sup>105</sup>.

Exponen, y esto es relevante en cuanto a una aplicación sistemática del ordenamiento que, existiendo varias interpretaciones posibles, la Audiencia Nacional habría podido utilizar aquella más favorable para aquellos que están sufriendo penas<sup>106</sup>.

### C) Argumentación de la Corte

El tribunal, para valorar el caso comienza exponiendo su doctrina sobre el principio de *nullum crimen, nulla pena sine lege*, que define de forma muy cercana a lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico interno y en general en todos los Estados de derecho donde existen democracias liberales. Esta garantía, se sitúa en el artículo 7 del Convenio y es un elemento esencial que ocupa un espacio preeminente en él<sup>107</sup>, protegiéndola de forma exhaustiva el artículo 15 del propio convenio, de contenido inderogable.

Expone en el párrafo 78<sup>108</sup> que este principio no solo se limita a declarar la irretroactividad de la ley penal, sino que además, incorpora el principio de que solo una ley puede definir un delito y establecer una pena.

Lo relevante es que el justiciable pueda conocer la relevancia penal de sus actos para así que el propio derecho penal le compela a no realizarlos, promoviendo la paz social y la protección de bienes jurídicos a través de la prevención, más que de la retribución, aunque son las dos necesarias, en una posición intermedia. Es necesario que los individuos puedan conocer las consecuencias, en este caso las penas, que podrían tener en el caso de ser responsables de hechos tipificados como delito, desde el marco de la prevención general<sup>109</sup>.

Posteriormente el TEDH pasa a analizar el concepto de pena, y reitera su teoría de que el tribunal diseña conceptos y genera por tanto una autonomía conceptual, por ello es la corte la que define que significa la palabra pena en el artículo 7 del Convenio de Roma. En el párrafo 81 de la sentencia dice que “*el Tribunal debe tener la libertad*

---

<sup>105</sup> NÚÑEZ, J. “La “Doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto del Río Prada c. España: El principio del fin de un conflicto sobre el castigo hechos acaecidos hace más de 20 años”. *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, nº9, p. 377-416, 2013. p 387

<sup>106</sup> Demanda 42750/09. Párrafo 64.

<sup>107</sup> Demanda 42750/09. Párrafo 77.

<sup>108</sup> Demanda 42750/09. Párrafo 78.

<sup>109</sup> MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General (10ª ed)*. Reppertor, Barcelona, 2016, p. 96.

de valorar, más allá de las apariencias, si una medida concreta equivale sustancialmente a una pena en el sentido de dicha disposición”<sup>110</sup>. Es decir, define un criterio antiformalista, basado en las puras consecuencias.

No solo le importa la finalidad, piensa el tribunal que pueden existir incluso medidas cautelares que tengan efectos similares a lo que tendría una pena en sentido estricto. Aun así, durante el desarrollo de su jurisprudencia el tribunal realiza una distinción entre las medidas que viene a considerar como penas sustancialmente hablando y medidas que se refieren a la ejecución o aplicación de las mismas. Por ejemplo, las medidas para la reducción de la pena, que no tienen una vocación punitiva, no podrían considerarse parte de la pena.

A pesar de ello la distinción no siempre podría ser nítida, como en el caso que nos ocupa, puesto que el cambio de la jurisprudencia, sí que acaba teniendo un carácter punitivo, porque aumenta la condena esperable en 9 años.

Por el efecto de la misma, sí que puede decirse que tiene una incidencia en la situación de varios presos, y que ha sido hacia el aumento de la determinación de las condenas. Según el tribunal es necesario que el convenio no solo tenga una incidencia teórica, sino práctica<sup>111</sup>, por lo que aplica un concepto de pena muy amplio en el que cabría incluso considerar como pena actos adoptados por administraciones, legisladores, entre otros, que tuvieran incidencia en la duración de las penas. Este parecer, es la continuación de una línea jurisprudencial que abrió el TEDH en el año 2008 y que ha venido perfeccionando a posteriori con el asunto *Kafkaris c. Chipre*<sup>112</sup>. Al fin y al cabo, el art. 7.1 prohíbe la aplicación retroactiva de las penas, siendo ahí donde se debería de enmarcar.

El apartado más tenso, y el que genera mayor contrariedad con el ordenamiento jurídico español, es la propia definición del derecho que tiene el TEDH, que incluye la jurisprudencia, y ciertas nociones como la accesibilidad y la previsibilidad, que en España se aplican de forma más laxa a una fuente de derecho que no es tal formalmente en el ordenamiento jurídico español.

Como las leyes se vienen a aplicar al caso concreto, necesitan de una dosis de interpretación, que pasa necesariamente por la interpretación judicial, que puede cambiar también ante un cambio de situación. La jurisprudencia, según el TEDH,

---

<sup>110</sup> Demanda 42750/09. Párrafo 81.

<sup>111</sup> Demanda 42750/09. Párrafo 88.

<sup>112</sup> NÚÑEZ, J. “La “Doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto del Río Prada c. España: El principio del fin de un conflicto sobre el castigo hechos acaecidos hace más de 20 años”. cit. p. 402.

*“contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal -algo que deriva de la tradición jurídica de los Estados miembros-”<sup>113</sup>.*

En el caso concreto, el propio tribunal, se dedica a ver el alcance de la pena y la previsibilidad de la doctrina. En cuanto al alcance, el TEDH habla de que hay que tomar el ordenamiento jurídico interno de manera coherente, y también en el momento de la condena, refiriéndose el tribunal a que le parece claro que en este caso el límite de la pena aplicable por varios delitos conexos se situaba en 30 años (art. 70.2 CP 1973).

Las autoridades penitenciarias y los jueces de vigilancia penitenciaria contaban las redenciones de pena desde el límite máximo, hasta que llegó el cambio jurisprudencial, e incluso el TS español llegó a considerar en 1994 que la pena máxima a cumplir es una *“pena nueva y autónoma”*<sup>114</sup>. Por lo tanto hay un cambio de criterio evidente, que para el TS era una interpretación más conforme con la ley, que la que se daba antes de la modificación del Código Penal, aplicándose a un ámbito que no queda circunscrito a lo que ha de considerarse como pena, y que por lo tanto cuenta con una mayor laxitud en cuanto a las garantías para los presos.

Por la práctica del TS a lo largo de los años, y la de los propios jueces de vigilancia penitenciaria y la administración de las cárceles, expone el tribunal que la demandante podía creer que mientras cumplía su pena de prisión *“la pena impuesta era la resultante de la duración máxima de 30 años de la cuál había que deducir las redenciones de pena a otorgar por el trabajo en prisión”*<sup>115</sup>. Además la redención de la pena estaba fijada en la ley y no dependía en ningún momento de un juez de vigilancia penitenciaria. No hay discrecionalidad en ningún momento. La reducción es totalmente obligatoria en el CP de 1973 si concurren las circunstancias. Por lo que el TEDH considera que la demandante podía esperar esto y no la aplicación de otros criterios.

Es importante hacer notar que el tribunal considera, como el gobierno español, que las reducciones de penas no están sujetas al art. 7.1 del Convenio, no obstante la forma en que se aplicó el Código Penal de 1973 va más allá de lo que es meramente la política penitenciaria<sup>116</sup>. Termina por considerar que el Tribunal Supremo se apoya en razonamientos de política criminal que no son suficientes para que pueda ser justificado el cambio jurisprudencial, y por tanto, considera vulnerado el artículo 7.1 del Convenio; la política criminal puede cambiarse, si, pero no de esta manera retroactiva que ha

---

<sup>113</sup> Demanda 42750/09. Párrafo 93.

<sup>114</sup> Demanda 42750/09. Párrafo 98.

<sup>115</sup> Demanda 42750/09. Párrafo 100.

<sup>116</sup> Demanda 42750/09. Párrafo 108.

tenido el efecto claro para el tribunal, de modificar el alcance de la pena cuando no podía esperarse.

#### **D) Incidencia y la necesidad del cambio jurisprudencial**

A diferencia de en el caso anteriormente analizado, la incidencia no se va a centrar en la necesidad de que el legislador opere a través de un cambio de la ley. Sino de que los Tribunales Nacionales utilicen una jurisprudencia a la que se eleva el requisito de previsibilidad prácticamente al nivel de la ley. Es normal si se ven las divergencias en la consideración de las fuentes del derecho español y del CEDH.

Es notable la incidencia que puede tener para la resolución de recursos de amparo por parte del Tribunal Constitucional, cuando se producen cambios jurisprudenciales abruptos que pueden llevar a una situación más perjudicial a la que el reo hubiera podido prever en un primer momento, aunque también es cierto que dependerá en una gran medida de los factores del caso. Porque el caso analizado tiene características que pueden considerarse, cuanto menos, bastante singulares.

El cambio está en que los Tribunales, necesariamente para que se respete el Convenio de Roma, van a tener que modificar en materia de derechos fundamentales – sobre todo en la jurisdicción penal- su forma de entender el principio de legalidad, extendiéndolo, haciéndolo más amplio. Y entrando en la definición de la irretroactividad penal sancionadora, la propia jurisprudencia<sup>117</sup>. Pensando, al fin y al cabo, en la forma que pueda considerarse más garantista materialmente hablando.

Incluso haría asumir la definición de que ciertas medidas de ejecución de las penas puedan considerarse como una pena en si misma en el sentido material. Haciendo algo más líquidos los contornos, lo que no se si haría más fácil la propia previsibilidad de las normas. La visión antiformalista no solo tiene ventajas para la protección de los derechos fundamentales.

Como expone José Núñez, el TC tiene que modificar la *“interpretación del principio de legalidad en relación con los artículos 9.3 y 25.1 CE, en lo que respecta a*

---

<sup>117</sup> NÚÑEZ, J. “La “Doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto del Río Prada c. España: El principio del fin de un conflicto sobre el castigo hechos acaecidos hace más de 20 años”. cit. pp. 407 y 408.

*la jurisprudencia en el sentido de considerar prohibida la aplicación retroactiva de la misma cuando es desfavorable para el reo*<sup>118</sup>.

Este es un claro ejemplo que nos ilustra como la actuación del TEDH entra en el derecho nacional de lleno, a través de una fuente del derecho que no es considerada como tal en nuestro ordenamiento, aunque materialmente pueda argumentarse de otra manera. A ello contribuye, entre otros factores, la pertenencia de España a una organización que edifica su forma de actuar con base en un derecho que es distinto, el derecho anglosajón, el *common law*. Estamos viviendo una síntesis entre sistemas en materia de derechos fundamentales desde hace décadas.

## **Capítulo 5. El reto actual para España en la Defensa de los Derechos Fundamentales. El artículo 6 del CEDH y el artículo 24 de la Constitución Española**

### **A) Introducción**

España puede sentirse en cierta medida orgullosa debido a que la situación de la protección de los derechos fundamentales en su seno es bastante positiva, en un doble sentido, primero porque no llegan muchas demandas al TEDH en las que España sea parte, y segundo, puesto a que el número de condenas a España es bastante limitado. Cuestión que sugiere además dos cosas, que de inicio el sistema de protección de los DDFD estaba bien organizado en España, para continuar afirmando que se han ido limando algunas asperezas que pudiera haber para alisar un régimen en el cual pueden verse pocas falencias, pese a lo señalado por opositores constitucionales, como cabe denominarlos en palabras del profesor Solozábal<sup>119</sup>.

Los datos son esclarecedores, y aparte interesantes mirando el objeto de este trabajo, y ello porque hay una jurisprudencia a analizar que no es tan amplia como las de otros países, sobre todo de Europa del este, y que se circunscribe a temas que están bastante relacionados y que tienen que ver con el derecho penal y las instancias procesales de defensa de los derechos. Es decir, se circunscriben al art. 24 de la Constitución Española

---

<sup>118</sup> NÚÑEZ, J. “La “Doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto del Río Prada c. España: El principio del fin de un conflicto sobre el castigo hechos acaecidos hace más de 20 años”. cit. p. 409.

<sup>119</sup> SOLOZÁBAL, J.J. “Nuestra crisis monárquica”. *El País*. 2020. Disponible en: [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1201422#.XysfMIT6gvs.whatsapp](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1201422#.XysfMIT6gvs.whatsapp).

y sexto del Convenio de Roma en su mayoría. De esta manera puede afirmarse que España puede tener una fuga localizable –y sobrellevable–, pero que no se le hunde el barco de la defensa de los derechos.

En los tres últimos años, como puede observarse en una página web alojada en la página del Ministerio de Justicia<sup>120</sup> que las distribuye en función de la materia del convenio sobre la que se ha podido decidir; y en la base de datos del TEDH<sup>121</sup>, España ha sido condenada en once ocasiones, recibiendo siete condenas por infracciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva: *Romero García*<sup>122</sup>; *Camacho Camacho*<sup>123</sup>; *Gil Sanjuán*<sup>124</sup>; *Berasategui Escudero y Arriaga Arruabarrena*<sup>125</sup>; *Pardo Campoy* y *Lozano Rodríguez*<sup>126</sup>; *Saqueti Iglesias*<sup>127</sup>; y *Gracia González*<sup>128</sup>, todas c. España. Siendo asuntos importantes para la mejora de la propia concepción de la aplicación del artículo 24 de nuestra Constitución. En materia de índole procesal, se archivan, inadmiten o España no es condenada en ocho asuntos en estos tres años.

Solo se le interponen dos condenas por vulnerar derechos fundamentales materiales el año pasado, 2020, siendo los casos *Omorefe*; y *Laguna Guzmán c. España*. En años anteriores fue condenada España en el caso *Haddad, Vicent del Campo, Portu Juanenea*; y *Toranzo y Stern c. España*. Son procesos que no analizaré en el trabajo por las siguientes razones: en primer lugar, constituyen vulneraciones muy puntuales del convenio, relativas a artículos diversos - los artículos 8, 11 y el artículo 3

---

<sup>120</sup> Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/area-internacional/tribunal-europeo-derechos/jurisprudencia-tedh/asuntos-espana-sido-parte>

<sup>121</sup> Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22%5D%7D>

<sup>122</sup> *Romero García c. España*. Sentencia de 8 de septiembre de 2020. Demanda 31615/16. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/AFFAIRE%20ROMERO%20GARCIA%20c.%20ESPAGNE.pdf> [en francés].

<sup>123</sup> *Camacho Camacho c. España*. Sentencia de 24 de septiembre de 2019. Demanda 32914/16. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20Camacho%20Camacho%20c.%20Espa%c3%b1a.pdf>

<sup>124</sup> *Gil Sanjuán c. España*. Sentencia de 26 de mayo de 2020. Proceso 48297/15. Disponible en: <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/Sentencia%20Gil%20Sanjuan%20c.%20Espa%c3%b1a.pdf>

<sup>125</sup> *Berasategui Escudero y Arriaga Arruabarrena c. España*. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Demandas: 33637/17 y 34083/17 Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-198998>

<sup>126</sup> *Pardo Campoy y Lozano Rodríguez c. España*. Sentencia de 14 de enero de 2020. Demandas 53421/15 et 53427/15. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202452>

<sup>127</sup> *Saqueti Iglesias c. España*. Sentencia de 30 de junio de 2020. Demanda 50514/13. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-204016>

<sup>128</sup> *Gracia González c. España*. Sentencia de 6 de octubre de 2020. Demanda 60107/16. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-204852> [inglés]

del CEDH-. No implican, echando la vista atrás a los años anteriores, que exista la vulneración reiterada de estos derechos por la actuación del estado, al menos si se compara con el derecho a un juicio justo. La utilidad práctica de su análisis deviene más limitada. Se analizan las sentencias citadas a pie de página, con base en las mismas.

## **B) Asunto Gil Sanjuán c. España**

En cuanto a las condenas en el ámbito procesal, el asunto más complejo es *Gil Sanjuán c. España*, e implica la aparición de la tensión entre dos modelos de derecho distinto en cuanto a su sistema de fuentes. Como se ha adelantado en este trabajo, la jurisprudencia en el seno del TEDH es una fuente de derecho incuestionable, cuestión que viene a apoyar el desarrollo con base en los principios del *common law* ya comentados, y los principios base de la actuación del tribunal que ha declarado de forma reiterada que el derecho del convenio no es estático, sino dinámico, aparte del principio de interpretación autónoma de los derechos.

Pero en España es de notable conocimiento que las fuentes del derecho – generalmente- son la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho. En este caso es una divergencia en la interpretación de la importancia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y por lo tanto, en su incidencia, la que lleva a que existan criterios contrapuestos para la resolución del caso entre nuestro Tribunal Constitucional y el Tribunal de Estrasburgo, para el cual, el giro en la jurisprudencia que operó de forma algo brusca el Tribunal Supremo, generó la indefensión de la reclamante. Este asunto es similar en cuanto al razonamiento del caso de *Inés del Río c. España*, pero en otro orden jurisdiccional y con otra base. Es decir, la lógica interna de las argumentaciones es similar.

En efecto, en el orden contencioso-administrativo, es necesaria la interposición de un escrito de preparación del recurso de casación, el debate se situó en que era lo que tenía que anunciar este escrito, puesto que con el giro jurisprudencial –que según el TEDH la parte no había podido realmente conocer- se hizo forzoso motivar de mayor manera el mismo, introduciendo los preceptos legales que pudieran haberse infringido, aparte de citar la jurisprudencia contradictoria.

La parte no lo hizo, no teniendo otro trámite para subsanar las deficiencias, que son insubsanables por ser propias del objeto de la casación, puesto que la existencia de un trámite de alegaciones no permitía lo dicho. Aparte, el recurso se prepara ante el

tribunal que ha dictado la sentencia de la que se pretende la casación, y la Audiencia Nacional remitió el escrito, ya preparado al Tribunal Supremo, porque no le vio ningún problema.

Por esta razón se inadmitió su recurso y planteó un incidente de nulidad de actuaciones, que se denegó, con el motivo de que ese requisito no se encontraba en la ley, surgiendo de una interpretación retroactiva jurisprudencial y que por lo tanto atentaba contra su derecho a un juicio justo. Expedita la vía de amparo, la recurrente acude al Tribunal Constitucional, que considera que el Tribunal Supremo ha de tener una capacidad de interpretar necesaria y que la jurisprudencia puede verse modificada de forma razonable, y en este caso, sin arbitrariedad, motivo utilizado por el Gobierno Español en Estrasburgo -aunque hay votos particulares en la STC-, la cual si concurriera podría hacer prosperar el amparo. Ello viene también de que la certidumbre del sentido de la jurisprudencia no pueda tener el mismo peso que la certidumbre de las normas positivas a la hora de apreciar si se conculca un principio elemental, como es el de la seguridad jurídica de todos los ciudadanos y de los justiciables.

El cambio jurisprudencial citado no se había podido percibir en sentencias, sino en un auto en el que el TS venía a aclarar la situación, y que se publicó un mes antes de la interposición del escrito de preparación. Tiene una importancia material al nivel de que hubiera una jurisprudencia consolidada.

Esto es quizá lo que les importa más a los magistrados europeos, que se han caracterizado por ser más pragmáticos y con ello menos formalistas que los tribunales nacionales, sobre todo de la Europa continental. Al TEDH le importa más la incidencia y las consecuencias sobre la esfera de derechos de cada individuo que la literalidad de la ley, siendo en ocasiones los tribunales nacionales contrarios a este razonamiento y generando indefensión a pesar de que la norma suprema del ordenamiento disponga que no esté permitida.

Como bien indica el TEDH en el apartado 33 de la sentencia, su función no consiste en sustituir a los tribunales internos en el ámbito nacional, sino en ver como la aplicación del derecho nacional afecta al contenido del CEDH, incluyendo unas normas procesales que pueden tener incidencia sobre todos ellos, en este caso menoscaba derechos por no permitir su tutela.

Posteriormente en el párrafo 38 se refiere a que para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva es necesario que la ley y la jurisprudencia cumplan con los requisitos



de accesibilidad, claridad y previsibilidad, sobre todo en cuanto a normas procesales se refiere, tales como la forma, los plazos y la prescripción.

Esto, de facto, viene a modificar en una media relevante la incidencia de la jurisprudencia en la protección de los derechos fundamentales para los órganos jurisdiccionales españoles, lo que implica que de facto la forma de entender el derecho en este campo puede verse afectada por esta instancia internacional, en un sentido, eso sí, aparentemente más garantista, pero a la vez quizá más indeterminado, debido a que, aunque pueda tener una vocación racional, la jurisprudencia puede verse afectada por varios tipos de razonamientos, y pueden generarse divergencias de opinión entre lo que se puede esperar o no de la interpretación o aplicación de las normas. Ello genera también una especie de marco creador de derecho para personas que no están investidas de legitimidad democrática directa –hay un pequeño riesgo a ponderar con las bondades del modelo-.

El caso es que al final, el TS aplica de forma retroactiva una doctrina que el justiciable no había podido conocer correctamente no permitiéndole acceder al recurso de casación y por ello vulnera el artículo 6 del CEDH, en opinión del tribunal en estos casos habrían debido permitir la subsanación de las deficiencias.

**C) Asuntos Romero García y Pardo Campoy c. España, Lozano Rodríguez c. España, Camacho Camacho c. España, Saquetti Iglesias c. España y Gracia González c. España**

Los asuntos *Romero García y Pardo Campoy* y *Lozano Rodríguez* se refieren a cuestiones de ordenación urbanística y a sanciones derivadas del incumplimiento de la misma, por lo que entran en un terreno que tiene un carácter doble, administrativo y penal.

En el caso *Romero García* lo que ocurre es que construye una cabaña en un municipio y luego pretende obtener un permiso de primera ocupación, cuando el ayuntamiento revisa y considera que está fuera de ordenación, por no encontrarse entre lo posible del Plan General de Ordenación Urbana (PGOU), al ser contrario a las disposiciones de urbanismo, la Audiencia Provincial de Granada le termina condenando por un delito previsto en el artículo 319.2 del Código Penal.

Mientras, en el caso *Pardo Campoy y Lozano Rodríguez*, se certifica que estaban construyendo un inmueble en una zona no habilitada para ello, en una zona rural

protegida, el ayuntamiento no quiso regularizar su situación ante la imposibilidad legal de hacerlo y se les abrió un expediente sancionador por haber realizado una actividad urbanística ilegal, calificándola de muy grave. También son denunciados por la guardia civil, por lo que se les terminan abriendo dos procesos, uno administrativo, y otro penal, cesando el primero hasta que se resolviera el jurisdiccional. Se les acusó con base en el mismo artículo que en el caso anteriormente citado, el art. 319.2 del Código Penal.

El caso es que, en los dos, en la primera instancia, los acusados son absueltos. Llegando el problema cuando sendas Audiencias Provinciales revisan la primera instancia y les condenan en procedimientos sin audiencia pública. Revisan los hechos que se han producido, sin un principio que es esencial en el derecho procesal penal, la inmediación. Las Audiencias Provinciales tratan de justificarlo aludiendo a que solo revisan la calificación jurídica de los hechos contrastados en la primera instancia, pero en realidad, les expone el TEDH, lo que hacen es dotar de un peso distinto a ciertos elementos del juicio aparte de dilucidar sobre cuestiones que no se llegaron a plantear en la primera instancia, para llegar a una conclusión diferente a la que llegó el primer juez.

Es decir, analizan los elementos constitutivos de la infracción en el primer caso, cuestión a la que no había llegado la primera instancia por considerar que los acusados no podían estar vinculados a un PGOU que no estaba publicado por entero. En el segundo los acusados pretenden que la audiencia provincial anule el juicio por no haberse producido audiencia y por la existencia de posible arbitrariedad, pero la corte no lo admite.

El demandante en el caso Romero García, alega que la Audiencia Provincial había discurrecido sobre un elemento del delito, el dolo, sin haberle llamado a declarar a él, teniendo que ser determinante para su apreciación que hubiera prestado su testimonio para apreciar una prueba que es relativa a su conducta. Mientras, el gobierno alegaba que esto no se ha producido, que solo hay una reinterpretación del derecho.

El TEDH, discurre acerca del rol que tiene una corte de apelación en el sistema jurídico español, y expone que la Audiencia Provincial vuelve a apreciar los medios de prueba para determinar la culpabilidad del, en el proceso ante el TEDH, demandante, considerando incluso, que, por su profesión, abogado, no podía desconocer que estaba cometiendo una infracción y que por ello lo hizo a sabiendas. Como expone en el apartado 35 de la sentencia: *“es en el juicio ante la audiencia provincial donde por primera vez las circunstancias subjetivas concernientes al requirente han sido*

*examinadas por primera vez*”. Por esta razón, la corte considera que toma posición sobre “*hechos decisivos para determinar la culpabilidad*” -parr. 36-, condenando a España por no haber respetado el derecho a un proceso equitativo previsto en el art. 6.1 CEDH.

En este caso, la Corte alude a que ha seguido un razonamiento idéntico que en el *Caso Pardo Campoy y Lozano Rodríguez*, por haberse pronunciado de la misma manera sobre la existencia del dolo, aunque el gobierno argumentaba que podía hacerlo en exclusiva con pruebas documentales.

La Corte observa que las Audiencias Provinciales tienen la opción de volver a realizar el juicio, pudiendo en sus casos mantener la sentencia de primera instancia o dictar otra nueva en el que condenara a los procesados. No lo hace, y por tanto infringe el derecho de un juicio *a quo*, porque “*se pronuncia sobre la cuestión de la existencia de una voluntad de los demandantes de construir sabiendo que actuaban de forma ilegal*” -parr. 37-. Por ello era necesaria una audiencia pública, que no se produjo.

Asunto puramente penal, pero muy similar a los dos anteriores es el *Camacho Camacho c. España*, en el que el acusado, absuelto en primera instancia de delitos que se habían producido con un alto grado de violencia contra su expareja, fue condenado por la Audiencia Provincial, reinterpreta el valor de unas pruebas que el juez de primera instancia no había considerado suficientes para proceder a condenar a este señor.

En primer lugar, declaró la sentencia de primera instancia nula, porque consideró que había un error grave en la interpretación de las pruebas, que hacía que hubiera llegado a conclusiones irrazonables, ilógicas. Por ello devuelve el caso al juez de lo penal para que dicte una nueva sentencia, y este vuelve a dictar una sentencia en el sentido primigenio. En el nuevo juicio ante la Audiencia Provincial, con nuevos integrantes, se rechaza la aportación de la prueba testifical referida a la declaración del acusado. Terminan condenándole por tres delitos.

Para ello, tratan de cubrir su proceder, aludiendo a que no se cambia la interpretación de los hechos, sino la inferencia lógica que les permite llegar a otros resultados en la interpretación del derecho. Por la inexistencia de especial trascendencia constitucional, no pudo acceder al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Es importante en la argumentación de la parte demandante el que haya traído a colación varias sentencias en las que se condena a España en este sentido, del año 2013 -*Sainz Casla c. España y Román Zurdo y otros c. España*-. Lo que muestra que

hay un problema que se viene alargando en el tiempo en la jurisdicción penal y que convendría arreglar.

El TEDH expone, reiterando su jurisprudencia, que “*cuando un órgano de apelación debe conocer un caso de hecho y de derecho y examinar la cuestión de la culpabilidad o de la inocencia en su conjunto, no puede, por motivos de imparcialidad en el proceso, decidir estas cuestiones sin una evaluación directa de las pruebas presentadas por el acusado que afirma que no cometió el considerado delito*” -párr. 30-. Por ello España vuelve a ser condenada.

Otros recursos, menos usuales, como el recurso de reforma, sirven de base también frente a reclamaciones ante el TEDH, como el caso *Gracia González c. España*. En el que España vulnera el derecho a un juicio justo, por la razón de que la demandante interpuso un recurso de reforma por el sobreseimiento provisional del proceso penal que se sustanciaba a causa de la muerte de 6 funcionarios en labores de trabajo en un incendio al caer el helicóptero que les transportaba. La Audiencia Provincial desestimó su recurso. Con la posterior aparición de un informe especializado que daba cuenta de una falla en el mantenimiento del motor, una asociación de pilotos solicitó la reapertura del caso, que no admitiéndose en parte fue recurrida. La aquí demandante trató de formular alegaciones, al afectarle la resolución del recurso. Pero al no ser la que lo formuló, no se le permitió. Considerando que la continuación del procedimiento le afectaba al ser acusación particular y no pudiendo pronunciarse, España acaba por vulnerar el artículo 6.1 del CEDH.

El caso *Saqueti Iglesias c. España* es quizá el más singular e importante de los previstos en este apartado, y ello porque implica la vulneración del art. 6 del CEDH, puntualizado por el Protocolo nº7, en concreto su artículo 2, relativo a la doble instancia, o el derecho a la apelación que existe en el ámbito penal -aquí no se trata de reinterpretar hechos, sino de que no se le da la posibilidad de apelar-. Ello es problemático, porque en principio el proceso corresponde en el ámbito interno al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al tratarse de una sanción administrativa en el derecho interno, que consistió en una multa provocada porque el recurrente no declaró a la salida de España que portaba dinero consigo, más de 150.000 euros.

En nuestro país viene produciéndose un fenómeno interesante, relativo a la ampliación del derecho administrativo sancionador, que en ocasiones llega a generar sanciones de una elevada gravedad equivalentes materialmente a las penas. Ello es alegado por la parte, pues la multa refería prácticamente el total de lo que el recurrente

trató de sacar del país, un dinero que había declarado también al entrar, y que no parece que proviniera de un intento de evadir capitales.

Desde la sentencia Engel, de 1974, el TEDH considera que ha de hacerse un juicio de proporcionalidad para distinguir entre el carácter administrativo o penal de las sanciones. Establece tres criterios: “a) *la clasificación de la disposición a nivel interno*; b) *el tipo de infracción*; y c) *la gravedad de la sanción impuesta al interesado*” -parr.22-. En el caso concreto considera que, con base en el punto c), la sanción adolece de una gran dureza, además de considerar que el TSJ, único órgano jurisdiccional que dilucidó sobre el asunto, no razonó sobre la proporcionalidad de la sanción. Por esto la considera penal<sup>129</sup>. El recurrente no pudo apelar, y recurrió en amparo al constitucional, que se lo denegó. Explicita el TEDH que este recurso ante una corte constitucional no es una doble instancia -lo cuál es un punto relevante para la argumentación de un abogado que acuda al TEDH-, aparte de tumbar la alegación del gobierno de que un órgano administrativo había constituido la primera instancia en el proceso –una huida desesperada del gobierno-. Por ello considera los derechos vulnerados.

#### **D) Asunto Berasategui Escudero y Arriaga Arruabarrena c. España**

El último caso analizado en cuanto a vulneraciones de derechos fundamentales procesales en este trabajo es un caso que involucra a etarras, como el caso mediático analizado en el capítulo anterior. Pero en este caso, el caso Berasategui Escudero y Arriaga Arruabarrena no muestra que una evolución de la jurisprudencia haya podido vulnerar un derecho fundamental. Sino una configuración legal algo problemática, así considerada por la propia doctrina constitucionalista española.

En primer lugar por la ampliación en el ámbito de la jurisdicción ordinaria del incidente de nulidad de actuaciones para revisar procesos en los propios tribunales que pudieran haber conculcado un derecho fundamental, y en segundo lugar, porque esta es una medida dirigida a evitar que lleguen recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional Español, para cuyo acceso se introdujo en el año 2007 el requisito de la

---

<sup>129</sup> Esto puede tener una incidencia muy relevante sobre otras sanciones administrativas previstas en otras leyes. Vease las conocida popularmente como la Ley Mordaza (LO 4/2015), o la Ley contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte (Ley 19/2007).

especial trascendencia constitucional, que sin ser un *certiorari*, goza de algo más de indeterminación que la regulación anterior.

El incidente de nulidad de actuaciones no es un recurso en un sentido propio del término, y en 2016, el Tribunal Constitucional venía inadmitiendo los recursos de amparo si no se promueve el incidente de nulidad de actuaciones, porque lo considera un recurso materialmente hablando. Pero en realidad, si se interpone el incidente de nulidad de actuaciones, por el plazo que existe para interponer el recurso de amparo, al no ser un recurso formalmente establecido, la vía ante el Tribunal Constitucional se podría cerrar. Se les había notificado a las partes que la sentencia de casación podía recurrirse en 30 días, fuera de ahí, el TC español los podría haber declarado extemporáneos.

Vuelve el trágico dilema en la divergencia entre el derecho español y el derecho dinámico del CEDH, el formalismo, frente al consecuencialismo. El TEDH considera que los demandantes tenían inseguridad jurídica para proceder correctamente en la defensa de sus derechos, esto hace que considerara lesionado el derecho de la tutela judicial efectiva de estos justiciables.

## **Capítulo 6. Reflexiones Finales. Conclusiones**

Parece necesaria la síntesis de la teoría y la práctica para formular ideas que puedan ser útiles cuando se traduzcan a la realidad. Este es el propósito de este último apartado del trabajo, tras discurrir sobre el por entero:

1ª) En este trabajo ha podido advertirse que existe un Estado de Derecho que no se puede comprender en términos estrictamente nacionales, sino que el Estado de Derecho español es hoy en día un Estado de Derecho multinivel. El derecho se hizo más complejo. El Estado de Derecho de nuestros días sobre todo viene mejorando a través de resultados parciales que se van agregando en el cuarto aspecto que destacaba Elías Díaz, que todo aquel que quisiera denominarse así tiene que observar: la defensa de los derechos fundamentales. Eso si, no exclusivamente, porque de otros elementos, como de la falta de respeto al principio de legalidad, se pueden derivar vulneraciones de derechos, debido a que la arbitrariedad genera indefensión de manera necesaria, tal y como observa el TEDH en su jurisprudencia. Mejora en todos sus elementos, que no son estancos.

2ª) Los casos estudiados en los dos capítulos anteriores muestran que la interacción entre el nivel internacional estudiado, y el ordenamiento jurídico español, en el sentido más estricto del término, como dimanante de las fuentes del derecho recogidas en el ordenamiento nacional, se produce de dos maneras, tomándose la jurisprudencia del TEDH como génesis del cambio –con la influencia previa de los agentes que participan en los juicios ante él, como los abogados- y teniendo dos impactos a nivel nacional:

Un primer impacto se produce sobre el legislador, cuando observa que de la existencia de una norma positiva se deriva la vulneración de los derechos fundamentales de los ciudadanos bajo unas determinadas circunstancias. Asume, por lo tanto, una condena que le transmite la existencia de un problema, y procede a solucionarlo, evitando la repetición del mismo de cara al futuro. Esta es quizá la síntesis más pura.

El segundo, aunque no menos importante, se produce sobre los jueces y los tribunales. La propia Constitución Española obliga a los órganos jurisdiccionales y al propio Tribunal Constitucional a observar la doctrina que nazca de la interpretación y aplicación de los tratados sobre derechos humanos de los que España sea parte. Los órganos jurisdiccionales se ven compelidos a cambiar su jurisprudencia en los extremos en los que no sea compatible con lo dispuesto en la doctrina del TEDH. Doctrina que no hay que olvidar que ha desarrollado conceptos, que pueden llegar a aplicarse en el derecho nacional, llevando a comprender la norma puramente española de forma distinta a como se venía haciendo. Es decir, se pueden ver modificados conceptos como el de la pena, mirando al caso *Inés del Río*, o la consideración de sanciones administrativas formalmente hablando, como sanciones penales, como se ha observado en el caso *Saqueti Iglesias*.

Otros agentes, como los fiscales, también asumen la doctrina del TEDH para fundamentar sus acusaciones. Un ejemplo es el que exponen varios magistrados en sus votos particulares de la más reciente polémica de nuestro Tribunal Constitucional, en la STC 190/2020 de 15 Dic. 2020, Rec. 1691/2018<sup>130</sup>, en la que no ampara a un dirigente

---

<sup>130</sup> En el voto particular de Don Cándido Conde-Pumpido: “*En primer lugar, entiendo que la decisión mayoritaria ha dejado pasar la oportunidad de tomar en consideración el cambio de criterio del ministerio fiscal que, pese a haber promovido la condena en el proceso penal previo, propugna ahora la estimación de la pretensión de amparo con apoyo en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*” [...] “*La sentencia condenatoria fue dictada el 22 de marzo de 2017, y fue ratificada en apelación el 8 de febrero de 2018. La solicitud de amparo fue presentada el 27 de marzo de ese mismo año, pocos días después de haber sido hecha pública la STEDH de 13 de marzo de 2018 (caso Stern Taulats y Roura Capellera c. España)*”.

sindical nacionalista gallego que ha sido condenado por gritar que había que prenderle fuego a la bandera española en una protesta frente a un cuartel.

3ª) La interacción entre los dos niveles ha crecido en importancia debido a un fenómeno que puede calificarse como desafortunado por los ojos de los ciudadanos españoles, si se conociera de forma general. Un mal movimiento del legislador español en cuanto a la defensa de los derechos fundamentales se refiere: la introducción del requisito de especial trascendencia constitucional, en el artículo 50. 1. B) de la LOTC<sup>131</sup>.

Algunos asuntos analizados en el capítulo anterior no fueron analizados por el Tribunal Constitucional por no cumplir este requisito. Ello conlleva que el recurso de amparo se ha reformulado, no para garantizar de forma mayor el acceso al mismo de aquellos que puedan ver sus derechos vulnerados por un poder del estado, sino para convertirlo en un instrumento de perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, presuponiendo que una vez que siente doctrina la jurisdicción ordinaria la va a aplicar de una manera absolutamente idéntica –aunque puedan cambiar las circunstancias de la vulneración de un derecho-. ¿La práctica muestra que ello fue así? No.

4ª) Al final parece que es el TEDH el que se convierte en el sustanciador del recurso de amparo en el derecho español multinivel, que muestra un alto nivel de protección, todo hay que decirlo, pero el cierre del sistema aparece más en la duda. Algo que no debería producirse, y más si afirma el TC que la capacidad de actuación en relación con España, del TEDH y de los órganos de la UE derivan de la propia Constitución, por prever la posibilidad de ceder competencias –de facto soberanía- a entes internacionales.

5ª) En el ámbito procesal en específico, que es el estudiado en el capítulo anterior, es sencillamente, muy complicado. Debido normalmente al apego al sentido literal de las normas propio de la necesidad de certidumbre en este ámbito. Es muy difícil que la jurisdicción ordinaria cambie su forma de proceder sin cambios legislativos, pese a lo que pudiera decir la jurisprudencia del TEDH y del TC –todo depende de la amplitud de la norma en cuestión-. También es muy complicado que un órgano jurisdiccional deje de apreciar como sanción administrativa un hecho que en la

---

<sup>131</sup> Donde la especial trascendencia constitucional se aprecia “*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*”. Lo cual al menos, parece abstracto. Este argumento es usado en tres de los casos estudiados: *Camacho Camacho*, *Saqueti Iglesias* y *Gracia González*. Otros amparos no se admiten por manifiesta falta de vulneración de un derecho fundamental. Sobre en uno entro a conocer el TC, el asunto *Gil Sanjuán*, de 7 condenas.



ley española viene determinado como tal, en el plano nacional el asunto *Saqueti Iglesias* era difícil de resolver en otro sentido. Se generan dilemas muy difíciles de componer.

Ello convierte a este tipo de litigios en difícilmente superables, siempre y cuando no actúen por un lado el legislador, y por otro, el juez y el magistrado. Como ello es difícil viendo la lentitud con la que el legislador suele afrontar algunos problemas – quizá porque no termina de conocerlos o atribuirles importancia<sup>132</sup>-, la lógica vista en el capítulo anterior, relativa a la forma de resolver los asuntos apreciando el artículo 6.1 CEDH, va a seguir siendo importante para los abogados españoles que acudan a esta instancia internacional. Difícil es que dejen de sustanciarse casos similares. Aunque el deber de evitarlo por parte de las autoridades ahí se halle.

6ª) Al abogado español consciente de ello, sobre todo el abogado penalista – aunque también a los demás-, le conviene tener formación también en estas materias, en la defensa de los derechos fundamentales, pero multinivel. Para ofrecer el mejor asesoramiento a sus defendidos y actuar de la forma más proba posible, demostrando que es un gran profesional.

7ª) La formación ha de comenzar por la asunción de una idea que es clave, central: lo que importa ante el TEDH no es esencialmente el procedimiento, la forma, sino si ese proceder tiene una incidencia material, de fondo, con consecuencias en la protección de los derechos fundamentales de la persona. “*La efectividad es el reto de oro en la fábrica de la jurisprudencia de Estrasburgo. El formalismo excesivo o el legalismo, queda fuera*”<sup>133</sup>.

La argumentación en aspectos materiales es la más vital –hay que pensar en consecuencias y en los fines del CEDH-, y la argumentación derivada de infracciones de derechos por la aplicación del derecho procesal –aunque a veces sea aplicado mal desde el punto de vista nacional-, ha de conectarse siempre con su consecuencia, en este plano, el que no se haya producido un juicio justo. Para conocer sus matices en esta jurisdicción ha de acudir principalmente a la lectura de la jurisprudencia del Tribunal.

8ª) El TEDH tiene vocación por desarrollar conceptos e irlos perfeccionando a lo largo del tiempo. Por ejemplo, en el asunto *Saqueti Iglesias*<sup>134</sup> muestra como considera que ha de considerarse la noción de proporcionalidad, a través de unos criterios que

---

<sup>132</sup> Tardó 14 años para modificar la LOTC, tras el fallo del caso *Ruiz-Mateos*.

<sup>133</sup> COSTA, J-P. “On the Legitimacy of the European Court of Human Rights’ Judgments”. *European Constitutional Law Review* n°7, pp. 173–182, 2011. p. 177.

<sup>134</sup> Considerado como un caso clave por el TEDH.

diseñó por primera vez en el año 1974, en la sentencia *Engel*. El TEDH, en todo el desarrollo posterior, ha generado una especie de regla aplicable de forma general y que se puede formular así:

- En el caso de que una sanción administrativa revista de una especial gravedad, pudiendo confundirse materialmente con un delito, los tribunales deben proceder a realizar un juicio de proporcionalidad –de la forma que describe- para determinar su naturaleza. De no hacerlo, el derecho a un juicio justo se vulnera, al no corresponderse la realidad de la infracción con el orden jurisdiccional que la sanciona.

En el segundo apartado del capítulo anterior se puede observar la generación de otra regla vital para el derecho procesal, en la resolución de recursos de apelación y ulteriores:

- En el caso de absolución en primera instancia, la revisión de los fundamentos de hecho en la apelación, con resultado condenatorio, y sin práctica de la prueba en extremos sobre los que la primera instancia no discurriera, deviene contraria al derecho a un juicio justo.

Las sentencias referidas son bastante recientes, pero el Tribunal Supremo ha estado atento y ha asumido esta última idea. Unos de los fundamentos de derecho para no condenar a varios ertzainas procesados por la muerte de Iñigo Cabacas en unos incidentes tras un partido de fútbol ha sido ese, con referencia a la jurisprudencia del TEDH<sup>135</sup>.

9ª) Al abogado especialista le conviene ir encontrando esta clase de normas, veladas, que le permiten anticipar el resultado de sus litigios sostenidos ante este tribunal. Prever aquí, conforme a lo razonado en casos anteriores, implica tener una alta probabilidad de tener éxito. Para esto el TEDH es un tribunal de *common law* atemperado, así, el derecho se desarrolla como práctica y el razonamiento del abogado adquiere, en las situaciones de duda, su mayor importancia.

---

<sup>135</sup> Sentencia de la sección primera del Tribunal Supremo 721/2020. De 30 de diciembre de 2020. ROJ: STS 4441/2020. FD3. Punto 4.

10ª) Su misión, la del TEDH, se afronta a través de actuaciones individualizadas, va aportando sus granitos de arena de manera parcial al sistema constitucional multinivel español con sus decisiones en los asuntos que involucran a nuestro país. Su doctrina, la continuidad y evolución racional y justificada de la jurisprudencia unifican y desarrollan el Derecho del Consejo de Europa, que se integra en el ordenamiento jurídico nacional e incide en la mejora de la protección de los derechos fundamentales. Para el TC español, su jurisprudencia no es canon de constitucionalidad, aunque en la actualidad, su importancia a la hora de poder comprender el contenido de los derechos fundamentales previstos en nuestro ordenamiento hace de él uno, al menos en cuanto al piso mínimo de protección.

11ª) El intento del Consejo de Europa continúa siendo revolucionario, paulatinamente hablando, pese a que hayan pasado 70 años desde su creación. Sigue innovando el Estado de Derecho, sigue proponiendo soluciones, sigue generando cambios, sigue promoviendo la convergencia de ordenamientos jurídicos en cuando a la defensa de los derechos fundamentales se refiere, sigue igualando la protección de los europeos. Es difícil asumir el cambio de paradigma, pero la fuerza de la experiencia lo viene a confirmar. El abogado ha de ser muy consciente de ello, en beneficio de su función social.

## Referencias

### *Bibliografía*

ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEPC. Madrid. 2007.

ATIENZA, M. “¿De que sirve la Teoría de la Argumentación Jurídica?” *Teoría y Derecho* nº 20, pp. 14-20, 2016.

ATIENZA, M. *Comentarios e incitaciones. Una defensa del postpositivismo jurídico*. Trotta, Madrid, 2019.

ATIENZA, M. “García Amado y el Objetivismo Moral”. *Teoría y Derecho*, nº 27, pp. 44-57. 2020.

ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. *Razón Y Voluntad En El Estado de Derecho: Un Enfoque Filosófico-jurídico*. Dykinson, Madrid, 2013.

CARRILLO, M. “El Tribunal Constitucional, un balance de cuarenta años”. *Revista de Derecho Político. UNED* n° 101, pp. 631-660, 2018.

DÍAZ, E. *El derecho y el poder: realismo crítico y filosofía del derecho*. Dykinson, Madrid, 2013.

DÍAZ, E. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus, Madrid, 2010.

COSTA, J-P. “On the Legitimacy of the European Court of Human Rights Judgments”. *European Constitutional Law Review* n°7, pp. 173–182, 2011.

COSTA, J.P. “La Cour Européenne des Droits de l’Homme”. *Revue Commentaire*. 2016.

GARCÍA AMADO, JA. “¿Para que sirve la Teoría de la Argumentación Jurídica?”. *Teoría y Derecho*, n°20, pp. 42-63, 2016.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo Multinivel. Derechos Fundamentales. UNED*. Sanz y Torres, Madrid, 2014

GONZÁLEZ CAMPOS, J. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P. *Curso de Derecho Internacional Público (4ªed)*. Thomson Reuters, Madrid, 2008.

GUILLÉN, E., *Repensando la forma de Gobierno. Constitucionalismo, democracia y parlamentarismo en contextos posnacionales*, Marcial Pons, Madrid, 2019.

KLATT, M. “La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* n°43, pp. 219-252, 2020.

KOJÈVE, A. *La Noción de Autoridad*. Página Indómita, Barcelona, 2020.

KOVLER, A. “La Cour Européenne des Droits de l’Homme face à la souveraineté d’État”. *Centre international de formation européenne* n° 368, 2013.

KURIS, E. “On the Rule of Law and the quality of the law: reflections on the constitutional-turned-international judge”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* núm. 42, pp. 131-159, 2018.

LÓPEZ GUERRA, L. “La evolución del sistema europeo de protección de los Derechos Humanos”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018.

LÓPEZ MAROTO, M. “Draghi a los ojos de Weber. Un análisis actual del poder del Banco Central Europeo”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid* n°42, pp. 105-132, 2020. <https://doi.org/10.15366/rjuam2020.42.004>

MELERO DE LA TORRE, M. *Legalidad como razón pública. Una teoría del constitucionalismo desde el modelo commonwealth*. CEPC. 2020

MENÉNDEZ, A. J. *De la Crisis Económica a la Crisis Constitucional de la Unión Europea*, Eolas Ediciones, León, 2012.

MENÉNDEZ, A. y ODDVAR, E. *Arguing Fundamental Rights*. Springer, Netherlands, 2006.

- ALEXY, R. *Discourse Theory and Fundamental Rights*.
- TUORI, K. *Fundamental Rights Principles: Disciplining the Instrumentalism of Policies*.

MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General (10ª ed)*. Reppertor, Barcelona, 2016.

NÚÑEZ, J. La “Doctrina Parot” y el fallo del TEDH en el asunto del Río Prada c. España: El principio del fin de un conflicto sobre el castigo hechos acaecidos hace más de 20 años. *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, nº9, 2013.

PÉREZ CONCHILLO, E. “El derecho de acceso a la información pública en el marco del constitucionalismo multinivel y de la actual crisis sanitaria”. *UNED. Revista de Derecho Político* nº 109, págs. 229-260, 2020.

PIOMBO, H. “El pragmatismo judicial de Oliver Wendell Holmes, Jr. y la teoría predictiva del Derecho”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº43, pp. 189-218, 2020. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.08>

PERNICE, I. “El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”. *RECDE*. nº 17. Consultado en: [http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17\\_PERNICE.htm#dos](http://www.ugr.es/~redce/REDCE17/articulos/17_PERNICE.htm#dos).

PERNICE, I. “Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe”. *European Constitutional Law Review* nº11, pp. 541–562, 2015.

QUERALT, A. “70 años del sistema europeo de garantía..., ¡y que cumpla muchos más!”. *Agenda Estado de Derecho*. 2020. Recuperado desde: <https://dialogoderechoshumanos.com/agenda-Estado-de-derecho/70-anos-del-sistema-europeo-de-garantia-y-que-cumpla-muchos-mas>

RUIZ MIGUEL, C. “Les droits fondamentaux au carrefour de la Cour européenne des Droits de l’homme et de la Cour de Justice de l’Union européenne”. *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* nº13, 2015.

SCHEPPELE, K. L, PECH, L; PLATON, S. “Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law”, *VerfBlog*, 2020/12/13, <https://verfassungsblog.de/compromising-the-rule-of-law-while-compromising-on-the-rule-of-law/>

SQUELLA, A. *¿Qué es el derecho? Una descripción del fenómeno jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

SOLOZÁBAL, J.J. “Nuestra crisis monárquica”. *El País*. 2020. Disponible en: [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1201422#.XysfMIT6gvs.whatsapp](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1201422#.XysfMIT6gvs.whatsapp)

UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J.I. “La tutela judicial de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación nacional del Derecho de la Unión Europea. Recientes acotaciones del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional Español”. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional* nº32, pp. 391-428, 2013.

VON BOGANDY, A. “La ciencia jurídica nacional en el espacio europeo. Un manifiesto”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 94, 2012.

WHITE, R Y OVEY, C. *The European Convention on Human Rights (5ªed)*. Oxford University Press, 2010.

WOLLENSCHLÄGER, F. *Fundamental Rights Regimes in the European Union: Contouring Their Spheres*. En *Contemporary Issues in Human Rights Law. Europe and Asia*. Springer, Singapore. 2017