

# **DIFICULTADES EN LA PROYECCIÓN EN ESPAÑA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO**

## ***DIFFICULTIES IN THE PROJECTION IN SPAIN OF THE CASE LAW OF THE STRASBOURG COURT***

**LUIS LÓPEZ GUERRA\***

Una de las características destacadas de la evolución del Derecho ha sido la creación y extensión de sistemas de protección internacional de derechos humanos dotados de órganos judiciales específicamente encargados de asegurar esa protección: en el caso europeo, señaladamente, el sistema creado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional. Ahora bien, se trata de sistemas relativamente nuevos, al menos desde una perspectiva histórica, que deben superponerse a ordenamientos jurídicos consolidados en muchos casos a través de siglos; y en no pocas ocasiones, la traducción a esos ordenamientos de la acción de los tribunales internacionales encargados de la protección de derechos humanos se encuentra, por esa novedad en el mundo jurídico, con problemas y dificultades que sólo paulatinamente se van resolviendo.

Tal es el caso en lo que se refiere a las consecuencias internas de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de los Estados firmantes del Convenio. La naturaleza y alcance de esas consecuencias son sólo sumariamente tratadas por el Convenio, que en su artículo 46 dispone que los Estados “se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean parte” y que esas sentencias definitivas “se transmitirá(n) al Comité de Ministros que velará por su ejecución”. Pero esa ejecución se deja en manos del Estado afectado, que debe precisar en la práctica los efectos en su ordenamiento de las sentencias condenatorias.

Estas sucintas disposiciones han debido ser interpretadas tanto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo como por la acción de las autoridades de los Estados afectados, y particularmente por las instancias legislativas y judiciales de esos Estados.

Y este último aspecto merece alguna consideración. Ciertamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es una cuarta instancia, o un tribunal de casación: en las demandas individuales, se limita a establecer si el Estado demandado ha vulnerado o no un derecho del Convenio en un caso concreto. Sus sentencias son esencialmente declarativas y vinculan al Estado afectado, pero no suponen la anulación o revocación

---

\* Universidad Carlos III de Madrid.

de decisiones de las autoridades internas; es cada Estado quien, de acuerdo con su ordenamiento, debe extraer las consecuencias de la sentencia condenatoria.

Sin embargo, la realidad es que, en aplicación del principio de subsidiariedad consagrado en el Convenio, al Tribunal solo puede accederse cuando se hayan agotado las instancias existentes en el ordenamiento estatal. Lo que supone que en las demandas que le llegan, el Tribunal ha de pronunciarse sobre decisiones adoptadas o confirmadas por los más altos tribunales, usualmente, en el caso español, por el Tribunal Constitucional, que a su vez, también usualmente, ha debido pronunciarse sobre casos resueltos por el Tribunal Supremo. En consecuencia, en no pocos supuestos, el razonamiento del Tribunal de Estrasburgo para condenar al Estado español se ha basado fundamentalmente en el análisis y crítica de los razonamientos de las sentencias condenatorias de tribunales españoles y de la interpretación y aplicación del Convenio y del Derecho interno por esos tribunales. De ello deriva la cuestión relativa a cuáles son los efectos de esa crítica y de la subsiguiente condena sobre tales resoluciones de los tribunales internos. Y ello tanto en lo que refiere al caso concreto resuelto por el Tribunal Europeo como en cuanto a casos similares que puedan plantearse en el futuro.

Por lo que atañe al primer aspecto de la cuestión, valga recordar que las condenas del Tribunal de Estrasburgo recaen sobre asuntos resueltos por los más altos tribunales mediante sentencias o resoluciones que han adquirido firmeza y tienen el carácter de cosa juzgada. A la hora de aplicar las sentencias de Estrasburgo en el ámbito interno, se plantea el interrogante de qué efectos puede tener la condena al Estado sobre aquellas sentencias que usualmente están en el origen de la vulneración apreciada por el Tribunal.

No han faltado ocasiones en que los recurrentes a los que Estrasburgo ha reconocido una vulneración de sus derechos han pretendido la anulación de sentencias firmes de tribunales del Estado condenado, y ello también en casos de condena al Estado español. Al respecto, y al corresponder la supervisión de la ejecución de sus sentencias al Comité de Ministros del Consejo de Europa, las decisiones del Tribunal Europeo en la materia no han sido muy concluyentes, dado el margen de actuación de los Estados. En algún supuesto, en relación con la vulneración del derecho a un juicio justo, y como recomendación, el Tribunal ha indicado que considera que, en los casos de que se trataba, la forma más apropiada de reparación de esa vulneración sería reproducir el juicio, si así lo solicitara el afectado, respetando las exigencias del artículo 6, apartado 1 del Convenio (*Salduz c. Turquía*, de 2008, §71): ello supondría la anulación de la sentencia en cuestión, y la reanudación del procedimiento de que se tratase.

En nuestro país, y hasta recientemente, las pretensiones de anulación de sentencias condenatorias como consecuencia de condenas por parte del Tribunal Europeo se encontraron con considerables dificultades. La vía del recurso de amparo se vio tempranamente obstaculizada por la doctrina del Tribunal Constitucional en el conocido caso Bultó (STC 241/1991) que establecía que su jurisdicción se limitaba a supuestos de vulneración actual y presente de derechos fundamentales. En cuanto a la vía de la revisión por el Tribunal Supremo, éste mantuvo durante mucho tiempo que una condena

del Tribunal de Estrasburgo no se incluía entre los supuestos tasados de revisión establecidos en las leyes procesales, si bien esta posición se vio sometida a una cierta evolución. En todo caso, ha sido el legislador quien ha tratado de aclarar esta materia, al disponerse en la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 5 bis de la LOPJ) y en la diversa legislación procesal, que una condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podría ser motivo para la revisión de sentencias firmes en todas las jurisdicciones.

Ahora bien, esta solución no deja de adolecer de cierta imprecisión y de suscitar dudas, como resulta de episodios recientes. En algún caso una condena del Tribunal de Estrasburgo (por ejemplo *Atutxa Mendiola c. España*, de 2017) ha dado lugar sin problemas a la revisión de sentencias firmes, a petición de los interesados. Pero un caso de alguna actualidad ha venido a mostrar que la solución legal presenta aspectos ciertamente dudosos y problemáticos en su aplicación.

Se trata de la sentencia en casación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 692/2020, por la que se anula una sentencia de la Audiencia Nacional, de 2011, y se ordena la retroacción de las actuaciones para que se practique nuevo juicio oral y se dicte nueva sentencia. Ello deriva de la condena a España el año 2019 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Otegi Mondragón y otros c. España*.

Valga recordar brevemente los antecedentes. Por hechos a partir del año 2008, los recurrentes ante Estrasburgo, que habían denunciado la falta de imparcialidad de la presidenta de la Sala sentenciadora, fueron condenados por la Audiencia Nacional por pertenencia a organización terrorista. Recurrida la sentencia en casación, con reiteración de la denuncia, fue parcialmente confirmada por el Tribunal Supremo el año 2012. Recurrida la sentencia en amparo, éste fue desestimado por el Tribunal Constitucional en 2014. Como resultado del recurso presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éste condenó a España al apreciar la vulneración del artículo 6-1 del Convenio, por haberse condenado a los recurrentes en un proceso sin las debidas garantías, por falta de imparcialidad del tribunal sentenciador. Entre tanto, los recurrentes ya habían cumplido su condena.

Los recurrentes ante Estrasburgo formularon recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.

Éste, en su sentencia 426/2020, estimó el recurso y anuló la sentencia condenatoria. Aquí (como en otros supuestos de condenas a España) podría haber acabado el procedimiento. Pero la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo decidió por posterior providencia dictar nueva sentencia de casación, en la que acordó que la Audiencia Nacional celebrase “en breve plazo” nuevo juicio oral por los hechos por los que ya habían sido los recurrentes condenados en 2011.

No acaba aquí en todo caso, la trayectoria procesal derivada de la condena a España por el Tribunal de Estrasburgo. Los recurrentes plantearon un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional frente a la sentencia en casación del Tribunal Supremo; el Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso, y en auto de 4 de noviembre de

2021 ordenó la suspensión de la sentencia recurrida, o lo que es lo mismo, la no repetición del juicio de los recurrentes ante la Audiencia Nacional, en tanto no se resolviera el amparo ante el Tribunal Constitucional.

A la vista de esta aún inacabada trayectoria son patentes las dudas y problemas que plantea la proyección, hasta el momento, de la condena a España por el Tribunal de Estrasburgo en el ordenamiento español, y que explican que el Tribunal Constitucional haya apreciado la “especial trascendencia constitucional” del caso al admitirlo para sentencia.

Por una parte, el Tribunal Supremo reconoce que no existe una regulación específica particular para determinar los efectos sobre los recurrentes de la sentencia del Tribunal Europeo y de la derivada sentencia de revisión. Pero considera que como consecuencia de la necesaria anulación de la sentencia inicial de la Audiencia Nacional por violación de un derecho fundamental, no existe un pronunciamiento válido en Derecho sobre los hechos del caso, por lo que un nuevo juicio sería necesario al respecto; además, los recurrentes han cumplido una larga condena, sin un pronunciamiento legítimo al respecto. Finalmente, las pretensiones de las partes acusadoras quedarían sin respuesta sin un nuevo juicio y sentencia sobre el fondo.

Por su parte los recurrentes aducen que ello supondría simplemente un doble enjuiciamiento por los mismos hechos, contrario al principio *ne bis in idem* establecido en el Convenio Europeo (art. 4, Protocolo 7), y señalan que el Tribunal Europeo, al considerar que la vulneración de un derecho fundamental podría remediarse mediante un nuevo juicio, establece que ello debe ser con una condición: que el interesado así lo solicitara. Efectivamente, así se afirma en la misma sentencia del Tribunal Europeo (§74).

Cabría añadir, como motivo adicional de duda, que cabría estimar que un pronunciamiento favorable del Tribunal de Estrasburgo (cuyas sentencias pretenden una protección real y efectiva, y no meramente formal, de derechos fundamentales) no debe traducirse en una carga adicional para el recurrente, al verse sometido a una nueva pena de banquillo, prolongándose indefinidamente un procedimiento sancionatorio por hechos ya objeto de pronunciamiento por varias instancias judiciales, hechos ocurridos trece años antes (hasta el momento) y por los que los recurrentes ya han sufrido una larga pena de prisión.

En todo caso, la admisión de la demanda y el nuevo enjuiciamiento por parte del Tribunal Constitucional de la forma de ejecución de la sentencia de Estrasburgo muestran la necesidad de clarificación de este aspecto respecto de los efectos concretos de una condena en un caso determinado. Pero los problemas relativos a los efectos de las condenas del Tribunal de Estrasburgo no acaban aquí. La cuestión se plantea también respecto de los efectos generales de esas condenas sobre casos similares que se planteen en el futuro.

En efecto, la jurisdicción del Tribunal, como dispone el Convenio en su artículo 32, se extiende a todos los aspectos relativos a la interpretación del mismo. Las sentencias y otras decisiones del Tribunal, por tanto, no sólo resuelven los casos ante él planteados, con un efecto *inter partes*, sino que estableces pautas interpretativas de los derechos reconocidos en el Convenio. En palabras del Tribunal en *Konstantin Markin c. Rusia*, de 2010, su misión “es también resolver cuestiones de política pública en función del interés común, elevando así los estándares generales de protección de los derechos humanos, extendiendo la jurisprudencia en esta materia en toda la comunidad de los Estados miembros del Convenio” (§ 89). Se ha podido hablar así de una fuerza de *res interpretata* general de las sentencias del Tribunal, junto a la fuerza de *res iudicata* en cada caso concreto. En el caso español ello se ve reforzado por la disposición del artículo 10.2 de la Constitución relativo a la interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con los Convenios internacionales al respecto suscritos por España; en el caso del Convenio Europeo, el Tribunal Constitucional ha reconocido que la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo representa “un medio de interpretación impuesto por el artículo 10.2 de la Constitución” (STC 114/1989, FJ 3).

Pues bien, la proyección en el ordenamiento español, de esa *res interpretata* no ha dejado también de plantear dificultades en diversas materias, en las que la corrección por el Tribunal, mediante sentencias condenatorias de España, de la aplicación e interpretación de los derechos del Convenio por las autoridades españolas no se ha trasladado adecuadamente a la práctica del ordenamiento. Ciertamente, no faltan ejemplos de supuestos en que una condena a España se ha traducido en cambios jurisprudenciales y legislativos para acomodar el Derecho español a la doctrina del Tribunal: tal sería el caso, por citar alguno, de los cambios en la jurisprudencia, y, posteriormente, en la legislación, tras la Sentencia *Valenzuela Contreras contra España*, de 1998, en materia de garantías en la intervención de las autoridades en las comunicaciones privadas entre los ciudadanos. Pero tampoco faltan ejemplos de lo contrario, esto es, la inadecuada adaptación del ordenamiento, en la práctica judicial, a las directrices del Convenio interpretadas por el Tribunal.

Tal sería el caso de la interpretación del contenido del derecho a la libertad de expresión del artículo 8 del Convenio (y del artículo 20 de la Constitución). En esta materia las condenas a España no parecen haber conducido a una adecuada interpretación y aplicación de ese derecho; se han producido no menos de diez condenas a España, dos de ellas en 2021, y particularmente en el ámbito, decisivo en una democracia, de la crítica política, a partir de *Castells contra España*, de 1992. Las condenas se han referido a violaciones del derecho por sanciones derivadas de críticas al Gobierno (*Castells*) al Rey (*Otegi Mondragón contra España*, 2011) ultrajes a los Reyes (*Stern Taulats y Roura Capellera contra España*, 2018) y enaltecimiento del terrorismo (*Erkizia Almandoz contra España*, 2021) entre otros.

Ahora bien, si bien en estas sentencias la condena a España se hace derivar de una incorrecta aplicación por los tribunales españoles del derecho a la libertad de expresión interpretado por la jurisprudencia de Estrasburgo, una serie de circunstancias han puesto de manifiesto que hay otras razones para la inadecuada translación al

ordenamiento español de esa jurisprudencia: en concreto que esa incorrecta translación deriva no solo de una inadecuada apreciación de los tribunales, sino también de la misma normativa legal.

Así, en la misma sentencia *Erkizia*, el voto particular del juez Lemmens, presidente de la Sala sentenciadora, indica que la literalidad de la legislación aplicada al caso (el artículo 578 del Código Penal) no se ajusta a las exigencias del Convenio en cuanto a su precisión y claridad en cuanto a la definición de la conducta delictiva. En la misma línea, deben destacarse diversas llamadas de atención a las autoridades españolas sobre la falta de traducción a la legislación de los mandatos del Convenio a la luz de la jurisprudencia de Estrasburgo; así la carta de Amnistía Internacional de 1 de marzo de 2021 al Ministro de Justicia en relación con los artículos 490, 491 y 578 del Código Penal, señalando que setenta y cinco personas han sido condenadas en los últimos cinco años en virtud de este mismo artículo, así como la carta de 11 de marzo de 2021 dirigida al mismo Ministro por la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa, en que igualmente preconizaba la reforma de diversos artículos del Código Penal limitadores de la libertad de expresión, y entre ellos y destacadamente los artículos 490, 491 y 578. Y estas llamadas han venido a coincidir con pronunciamientos en la misma línea por instituciones españolas. El mismo Tribunal Supremo, en la conocida sentencia en el caso *Strawberry* (STS 4/2017, FJ 1), vino a reconocer la dificultad de interpretación del artículo 578 del Código Penal: y los votos particulares de los Magistrados Ollero, Xiol y Balaguer en la sentencia 190/2020 relativa a los ultrajes a la bandera, insisten en el riesgo de que se convierta el Código Penal en un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión.

No cabe pues descartar que un posible remedio a los defectos en la incorporación de la jurisprudencia de Estrasburgo al ordenamiento español, tanto en la ejecución interna de condenas concretas como en la aplicación de esa jurisprudencia en forma general, podría ser, no sólo su correcta interpretación por los tribunales, sino la traslación específica de esa doctrina a los textos legales. Ya se expuso más arriba la consideración por el Tribunal Supremo de la falta de normativa clara en relación con el principio *ne bis in idem* en el caso *Otegi y otros*; por lo que se refiera a la normativa en materia de libertad de expresión, el Ministro de Justicia del momento, en respuesta a la carta citada de la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa, vino a reconocer que “a pesar de los esfuerzos realizados por los tribunales para ofrecer pautas de interpretación, la regulación de ciertos delitos relacionados con la libertad de expresión sigue planteando problemas, sobre todo por la imprecisión con que se define la conducta delictiva”.

Tanto pues, en lo que atañe a la ejecución de sentencias concretas, como en lo que se refiere a la traslación en general de la jurisprudencia de Estrasburgo, la labor del legislador se muestra como necesaria (o al menos muy conveniente) para complementar o suplir la insuficiente acción de los tribunales al respecto. En cuanto a lo primero (esto es, la ejecución de sentencias concretas), una mayor precisión sobre las consecuencias de la revisión de sentencias como resultado de una condena del Tribunal Europeo (citado artículo 5 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y legislación procesal en su

desarrollo) podría quizás evitar dificultades como las apuntadas en la ejecución de la Sentencia *Otegi y otros*. En cuanto a lo segundo (las consecuencias generales de las sentencias de TEDH) y en el caso de la libertad de expresión ( y podrían citarse otros casos de dudosa aplicación de la jurisprudencia de Estrasburgo por los Tribunales Supremo y Constitucional: piénsese en los casos de condenas en apelación o casación tras una inicial absolución en la primera instancia) reformas como la iniciada por la proposición de ley de reforma del Código Penal en materias de libertad de expresión, tomada en consideración por el Congreso de los Diputados el 30 de septiembre de 2021, pudieran también cumplir una función relevante a la hora de aplicar en España la *res interpretata* derivada de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo.

Desde luego, y como vía para una acomodación de la práctica judicial española a la jurisprudencia de Estrasburgo, no cabría excluir, en su momento, la eventual utilización de la opinión consultiva prevista por el Protocolo 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Pero esa vía (cuyos resultados deben aún apreciarse, en los casos en que se ha seguido en otros países del Convenio) resulta hoy impracticable, dada la ausencia de ratificación del Protocolo 16 por España. En todo caso, y a la vista de los antecedentes, parece que la acción del legislador seguirá siendo imprescindible para la proyección en España de la doctrina de Estrasburgo, no sólo en defecto de esa ratificación, sino muy posiblemente también cuando eventualmente tal ratificación se lleve a cabo.