

La interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su repercusión en el ordenamiento constitucional español*

The interpretation of the European Court of Human Rights and its impact on the Spanish Constitutional Law

Francisco Javier MATIA PORTILLA**

RESUMEN: En el presente trabajo se realiza un balance general de la situación del Reino de España en relación con las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se presenta un balance general actualizado de la situación del Reino de España en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Asimismo, se examinan las más recientes condenas relacionadas con la eventual lesión del derecho a un tribunal en lo que atañe al recurso de amparo y se alude a la nueva doctrina del Tribunal Constitucional español sobre la pertinencia de interponer, o no, un incidente de nulidad de actuaciones para agotar debidamente la vía judicial previa. A continuación se analizan las

* Esta investigación se inscribe en el Proyecto estatal de investigación DER2016-75993-P, España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos (30/12-2016-29/12/2020), concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y la Agencia Estatal de Investigación. Se han examinado todas las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH, en adelante) hasta la recaída en el asunto Berastegui Escudero y Arriaga Arruabarren (2019), aunque, finalizada la redacción del presente trabajo, se ha incorporado un epígrafe sobre la Sentencia de la Gran Sala en el asunto N.D. y N.T., dictada hace escasos días. Por economía del lenguaje, se omite a partir de este momento el “contra España”, así como otros datos complementarios (fecha completa, número de demanda, etc.).

** Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Valladolid. Contacto: <javierfacultad@gmail.com>. Fecha de recepción: xxx. Fecha de aprobación: xxx.

resoluciones del Tribunal de Estrasburgo en relación con la falta de inmediación en la segunda instancia penal y la libertad de expresión, entre otros derechos. Finalmente, se examinan los cambios de criterios habidos en el seno del Tribunal de Estrasburgo (sobre el uso de cámaras en el entorno laboral) y la decisión de nuestro Tribunal Constitucional de adecuar nuestro ordenamiento a la jurisprudencia europea en materia de prisión provisional y presunción de inocencia.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Tribunal de Estrasburgo; Tribunal Constitucional español; Sala de apelación de la Audiencia Nacional; libertad de expresión; Prisión provisional.

ABSTRACT: In this work, a general balance is made of the situation of the Kingdom of Spain in relation to the Judgments of the European Court of Human Rights. An updated general balance of the situation of the Kingdom of Spain is presented in the jurisprudence of the Strasbourg Court. Likewise, the most recent convictions related to the eventual infringement of the right to a court regarding the appeal for amparo are examined and reference is made to the new doctrine of the Spanish Constitutional Court on the relevance of filing, or not, an incident of nullity. of actions to duly exhaust the previous judicial route. The resolutions of the Strasbourg Court regarding the lack of immediacy in the second criminal instance and freedom of expression, among other rights, are analyzed below. Finally, the changes in criteria in the Strasbourg Court (on the use of cameras in the workplace) and the decision of our Constitutional Court to adapt our law to European jurisprudence on provisional detention and presumption of innocence.

KEYWORDS: European Court of Human Rights; Strasbourg Court; Spanish Constitutional Court; Appeals Chamber of the National Court; freedom of expression; Provisional prison.

I. LA RELEVANCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO PARA EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Si aceptamos con naturalidad que el Derecho Constitucional rectamente entendido debe centrarse en el análisis del Estado constitucional; esto es, en el examen del Estado como medio de garantizar la libertad de los individuos y de los grupos, se entenderá la importancia que puede presentar una jurisdicción tan singular como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La finalidad del Tribunal no es otra que garantizar los derechos, derechos que actúan como el principal límite interno al poder de los Estados constitucionales, consagrado en el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Es verdad que los derechos consagrados en ambos niveles (humanos en el plano internacional y fundamentales en el constitucional) pueden no ser enteramente coincidentes. En primer lugar, porque puede haber derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (vida privada) que no están consagrados en algunos textos constitucionales, como es el español. En segundo lugar, porque es posible que el alcance dado por el Tribunal de Estrasburgo a algunos derechos sea distinto al otorgado por los operadores jurídico-estatales a otros similares consagrados por su Constitución. Y podría complicarse aún más la cuestión si se recordara que los catálogos del Convenio y de las Constituciones deben convivir, además, con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sin embargo, no pretendemos ahora centrar nuestra mirada en las eventuales problemáticas que se pueden derivar de la existencia de diversos parámetros sobre derechos esenciales (ya sean estos constitucionales, humanos o de la Unión Europea). Nuestro propósito es, bien al contrario, ahondar en una línea de investiga-

ción ya iniciada¹, presentado, en primer lugar, un balance general (2) actualizado de la situación del Reino de España en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (que incluye todas las Sentencias del año 2019). Nos detendremos después en las novedades más destacadas que se hayan producido. Examinaremos, así, las nuevas condenas relacionadas con la eventual lesión del derecho a un tribunal en lo que atañe al recurso de amparo y aludiremos, también, en ese mismo apartado (3) a la nueva doctrina del Tribunal Constitucional español sobre la pertinencia de interponer, o no, un incidente de nulidad de actuaciones para agotar debidamente la vía judicial previa. Analizaremos a continuación las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo en relación con la falta de inmediación en la segunda instancia penal (4), y evidenciaremos que la puesta en marcha de la Sala de apelación de la Audiencia Nacional, que pretende paliar las deficiencias del sistema procesal español en este punto, ha evidenciado una de las debilidades que presenta nuestro modelo judicial, que es la falta de criterios objetivos en la promoción de los jueces por parte del Consejo General del Poder Judicial. Dedicaremos también un apartado al examen de la libertad de expresión (5) porque se han producido en España multitud de conflictos recientes en esta materia y es posible (y deseable) que su resolución se vea inspirada por la clarificadora doctrina del Tribunal de Estrasburgo.

¹ En “España”. En Matia Portilla, Francisco Javier y Álvarez Rodríguez, Ignacio: *Informes nacionales europeos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2018, pp. 37 ss., disponible en: <http://albergueweb1.uva.es/javiermatia/wp-content/uploads/2020/01/Intimidad_menores.pdf>, y en “Examen de las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España”. *Teoría y Realidad Constitucional* 42 (2018), pp. 271 ss., disponible en: <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/23653/18977>>. En el primer trabajo se examinaban las condenas impuestas al Reino de España y en el segundo todas las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos vinculadas con nuestro Estado (hasta la STE-DH Stern Taulats y Roura Capellera, de 2018, en ambos casos).

Y entrando en la rectificación de los tribunales, dedicaremos un primer epígrafe a examinar el cambio de doctrina establecido por la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo en relación con el uso de cámaras de video-vigilancia en el ámbito laboral (6), que ahora se facilita. Y un segundo a recordar que el Tribunal Constitucional español ha optado por extraer todas las consecuencias de la jurisprudencia europea que considera que la negativa a indemnizar una indebida prisión provisional por falta de pruebas inculpativas vulnera el derecho a la presunción de inocencia (7).

Ha sido preciso incorporar un apartado adicional (8) por la muy reciente Sentencia de la Gran Sala en el relevante asunto N.D. y N.T., aprobada el pasado 13 de febrero, antes de concluir con unas consideraciones finales (9).

Hemos decidido, pues, no limitarnos a facilitar un resumen, sino trasladar a nuestros colegas mexicanos cuáles son las cuestiones más actuales en una tarea inacabada por definición, como es mejorar la protección de los derechos.

II. UN BALANCE GENERAL

Como es sabido España es uno de los últimos países occidentales europeos que abraza la democracia en el Siglo XX. Detrás deja una cruenta guerra civil y una larga dictadura que solamente finalizó tras la muerte del General Franco. Sin embargo, pronto se comprobó que la pervivencia del franquismo más allá del dictador era difícil. Adolfo Suárez fue la persona encargada de pilotar la magistral transición de la dictadura a la democracia, y una de las medidas que impulsó fue la entrada de nuestro país en el Mercado Común europeo.

En aquellos momentos, la entrada de nuevos países a las Comunidades Europeas era duramente fiscalizada por las autoridades europeas, debiendo acreditarse, de forma indubitada, que el Reino de España era un Estado democrático y que en él se respetaban los derechos humanos. De ahí que fuera imprescindible que España formara parte, previamente, del Consejo de Europa y se

sometiera al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Instrumento de ratificación de éste último fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* 243, de 10 de octubre de 1979 y en él se incluían sendas reservas y sendas declaraciones.

La primera Sentencia dictada por el Tribunal de Estrasburgo en relación con el Reino de España obtuvo especial repercusión por afectar a tres personas (Barberá, Messegué y Jabardo) que habían sido condenadas como autores responsables de un asesinato, en los dos primeros casos, y como cómplice, en el tercero. Se dictó el 6 de diciembre de 1988. Desde entonces hasta el momento actual se han resuelto mediante Sentencias ciento setenta asuntos en relación con el Reino de España (periodo 1988-2019).

Si nos limitamos a la estadística ofrecida por el Tribunal de Estrasburgo hasta 2018², de las ciento sesenta y siete Sentencias que afectan al Reino de España³ ciento doce nos condenan al menos por una razón⁴. Es una cifra relevante, pero no elevada si se

² Datos disponibles en Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Aperçu CEDH 1959-2018. Estrasburgo, 2019, pp. 8-9. Disponible en <https://www.echr.coe.int/Documents/Overview_19592018_FRA.pdf>.

³ Es oportuno señalar que en algunas ocasiones el Tribunal de Estrasburgo ha dedicado más de una Sentencia a un mismo asunto. Esto ocurre con las SSTEDH Barberà, Messegué y Jabardo (1994) del Pleno del Tribunal (en relación con el artículo 50 CEDH); Miragall Escolano y otros (2000) de la Sección cuarta (en relación con el artículo 41 CEDH); Tendam (2011) de la Sección Tercera; Manzanas Martín (2013) de la Sección Tercera (en relación con el artículo 37.1 CEDH); Sociedad Anónima del Ucieza (2016) de la Sección Tercera (sobre el artículo 41 CEDH) y aquellas otras que ha revisado la Gran Sala, ya sea para mantener el criterio expresado por la Sección [asuntos Del Río Prada (2013) y Fernández Martínez (2014)], o para alterarlo [asuntos López Ribalda y otros (2019) y N.D. y N.T. (2020)].

⁴ En ocasiones la condena se impone por lesión simultánea de dos derechos humanos. Esto ocurre en las Sentencias Ruiz Mateos (1993, derecho al proceso debido por no respetar la igualdad de armas y dilaciones indebidas), Iribarren Pinillos (2009, torturas y tratos inhumanos o degradantes –dimen-

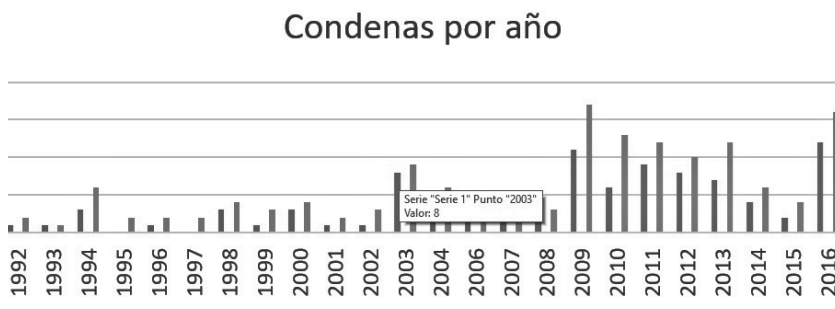
compara con países de nuestro entorno, como pueden ser Alemania (ciento noventa y cinco Sentencias condenatorias sobre trescientas cuarenta dictadas), Francia (setecientas treinta y seis sobre mil trece) o Italia (mil ochocientas treinta sobre dos mil trescientas noventa y seis). Puede así concluirse, desde una perspectiva global, que nuestro país respeta, por lo general, los derechos humanos.

Sin embargo, hay elementos que deben llevarnos a extremar el celo en esta materia. No solamente porque el objetivo debe ser, con carácter general, que las condenas al Reino de España por vulneración de derechos humanos sean inexistentes o, en el peor de los casos, anecdóticas, sino también porque hay algunos datos que deben conducirnos a activar todas las alarmas.

El primero es que si se examina la evolución de las condenas impuestas por el Tribunal de Estrasburgo se observará que, lejos de irse atenuando numéricamente, no han hecho más que crecer. Este dato puede ser acreditado con el siguiente cuadro, en el que se observan dos fenómenos que se muestran de manera acumulativa. De un lado, el número de condenas es muy cercano al de Sentencias examinadas en los últimos años. De otro, el conjunto de las condenas impuestas en los años 2013-2018 (cincuenta y ocho)

sión procesal y dilaciones indebidas), Tendam (2010, presunción de inocencia y propiedad privada), Serrano Contreras (2012, intermediación y dilaciones indebidas), B.S. (2012, tratos degradantes –dimensión procesal- y discriminación racial), Del Río Prada (2012 y 2013, principio de legalidad penal y detención irregular), Varela Geis (2013, derecho ser informado de la acusación y derecho de defensa), Sociedad Anónima del Ucieza (2014, derecho a un tribunal y propiedad privada), N.D. y N.T. (2017, prohibición de expulsiones colectivas y derecho al recurso, aunque ha sido revocada en la Sentencia de la Gran Sala que se examina en el epígrafe 8 del presente estudio) y Portu Juanenea y Sarasola (2018, vulneración simultánea de las dimensiones procesal y material de tratos inhumanos o degradantes).

supera ampliamente más de la mitad del total de las habidas desde 1988 (ciento nueve⁵).

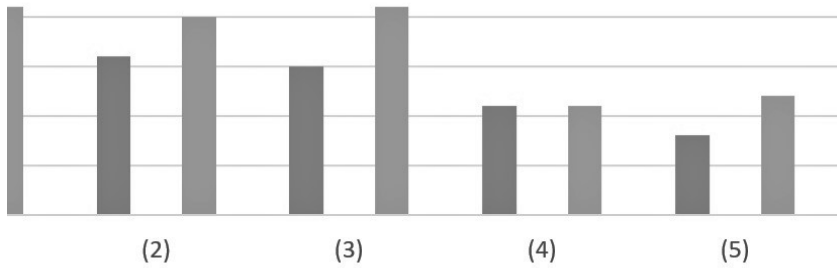


(Gráfico de elaboración propia): En azul, condenas. En gris, Sentencias que resuelven demandas contra el Reino de España

Un segundo dato que invita a la preocupación es que las autoridades españolas no extraigan, como deberían, lecciones de las condenas impuestas y adopten medidas para evitar nuevas condenas por idénticas cuestiones. Si así fuera no se estarían produciendo condenas reiteradas. En efecto, en el cuadro siguiente se muestran los derechos humanos que en más ocasiones se han vulnerado (más de cinco, en todo caso), en opinión del Tribunal de Estrasburgo, por parte del Reino de España.

⁵ No altera este dato el reducir las condenas a cincuenta y cinco condenas. De una parte, porque la condena de la Gran Sala en el asunto del Río Prada de 21 de octubre de 2013 (demanda 42750/09) confirma la ya pronunciada por la Sección Tercera el 10 de julio de 2012. De otra, porque las Sentencias de la Gran Sala recaídas en el asunto López Ribalda y otros de 17 de octubre de 2019 (asuntos 1874/13 y 8567/13) excluye que el Reino de España haya vulnerado el derecho a la vida privada de unos trabajadores que sí se había producido en opinión de la Sección Tercera (Sentencia de 9 de enero de 2018). Lo mismo ha ocurrido con la Sentencia de la Gran Sala recaída hace unos días en el asunto N.D. y N.T.

Derechos humanos más afectados



(Gráfico de elaboración propia): En azul, condenas. En gris, invocaciones totales de ese mismo derecho. (1) Derecho a un tribunal; (2) Derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas; (3) Falta de inmediación en la segunda instancia penal; (4) Trato inhumano o degradante (dimensión procesal); (5) Derecho a un tribunal imparcial; (6) Libertad de expresión.

Este gráfico nos permite realizar algunas consideraciones suplementarias. Debe hacerse notar, antes que nada, que casi todos estos derechos presentan una naturaleza procesal. Los cinco primeros derechos en el ranking se inscriben, de forma natural, en el derecho a la tutela judicial efectiva. Se podría discutir si esto ocurre en relación con la interdicción de tratos inhumanos o degradantes, pero conviene recordar que en todos estos casos lo que se cuestiona es la falta de investigación efectiva cuando el afectado alega haber sido objeto de malos tratos. Por eso entendemos que esta queja se vincularía también, en el plano estatal, con la eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, hay, por lo general, una cierta relación entre el volumen de condenas impuestas por Sentencia y el número de ocasiones en las que el derecho humano ha sido invocado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se dice que por lo general, porque aparecen otros derechos que no han sido citados hasta el momento. El derecho más invocado (veinticuatro ocasio-

nes⁶) es el derecho a un recurso efectivo, aunque solamente ha dado lugar a dos condenas⁷. Le siguen los derechos a un tribunal y falta de intermediación en la segunda instancia penal (veintiuna⁸), y a un proceso público sin dilaciones indebidas (veinte⁹). A continuación, se sitúa la libertad de expresión (dieciocho¹⁰) y el principio de no discriminación (diecisiete invocaciones¹¹, tres condenas siempre en relación con otro derecho sustantivo¹²), y el derecho a

⁶ SSTEDH Stone Court Shipping Company, SA (2003), Lacarcel Menéndez (2006), Díaz Ochoa (2006), Murillo Espinosa (2007), Barrenechea Atucha (2008), Bazo González (2008), Golf de Extremadura (2009), Igual Coll (2009), Etxeberria Barrena Arza Nafarroako Audeterminazio Bilgunea y Airako y otros (2009), Heritarren Zerrenda (2009), Ferre Gisbert (2009), Gurguchiani (2009), Tapia Gasca y D. (2009), San Argimiro Isasa (2010), García Hernández (2010), Eusko Abertzale Ekintza – Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) (2010), Beristain Ukar (2011), Valbuena Redondo (2011), García Mateos (2013), A.C. y otros (2014), Arribas Antón (2015), Pérez Martínez (2016), Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta (2017) y N.D. y N.T. (2017).

⁷ SSTEDH A.C. y otros (2014) y N.D. y N.T. (2017).

⁸ Estos derechos serán examinados con más detalle más adelante, en este mismo trabajo.

⁹ Este derecho será examinado con más detalle más adelante, en este mismo trabajo.

¹⁰ Este derecho será examinado con más detalle más adelante, en este mismo trabajo.

¹¹ SSTEDH Fuentes Bobo (2000), Cómez de Liaño y Botella (2008), Gutiérrez Suárez (2010), Polanco Torres y Movilla Polanco (2010), P.V. (2010), Otegi Mondragón (2011), Martínez Martínez (2011), Fernández Martínez (2012), Del Río Prada (2012), B.S. (2012), R.M.S. (2013), Sociedad Anónima del Ucieza (2014), Vlieeland Boody y Marcelo Lanni (2016), Aldeguer Tomás (2016), además de las citadas en la nota siguiente.

¹² En relación con el artículo 1 del Protocolo 1 en las SSTEDH Muñoz Díaz (2009) y Manzanas Martín (2012) y en relación con los tratos inhumanos o degradantes en la STEDH B.S. (2012).

no sufrir tratos inhumanos o degradantes en su dimensión material (quince invocaciones¹³ y dos condenas¹⁴), el derecho a obtener resoluciones motivadas (trece¹⁵ y cuatro¹⁶) y a un tribunal imparcial (doce y ocho¹⁷). Supera También las diez invocaciones la queja del trato inhumano o degradante en su dimensión procesal con once quejas y once condenas¹⁸, lo que evidencia una tasa de éxito del 100%.

Realizado el balance general, nos adentramos ahora en el examen de cuestiones particulares que ya han sido avanzadas en el primer epígrafe del presente estudio.

¹³ SSTEDH López Ostra (1994), Martínez Sala y otros (2004), Olachea Cahuas (2006), Murillo Espinosa (2007), Tendam (2010), San Argimiro Isasa (2010), Beristain Ukar (2011), B.S. (2012), A.C. y otros (2014), Etxebarria Caballero (2014), Ataun Rojo (2014), Beortegui Martínez (2016), López Elorza (2017) y Portu Juanenea y Sarasola Yarzaba (2018).

¹⁴ Una vinculada al artículo 3 en la STEDH Portu Juanenea y Sarasola Yarzaba (2018) y otra vinculada con el principio de no discriminación por afectar a una prostituta de color [STEDH B.S. (2012)].

¹⁵ SSTEDH García Ruiz (1999), Verdú Verdú (2007), Pérez Arias (2007), Gurguchiani (2009), Martínez Martínez (2011), Martínez Martínez y Pino Manzano (2012), Saínz Casla (2013), Arribas Antón (2015), Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E.) (2015) y López Ribalda y otros (2018, confirmada por la Gran Sala un año después), además de las citadas en la nota siguiente.

¹⁶ SSTEDH Ruiz Torija (1994), Hiro Balani (1994), Juez Albizu (2009) e Iglesias Casarrubios y Cantalapiedra Iglesias (2016).

¹⁷ Este derecho será examinado con más detalle más adelante, en este mismo trabajo.

¹⁸ Este derecho será examinado con más detalle más adelante, en este mismo trabajo.

III. EL DERECHO A UN TRIBUNAL

Una de las carencias que presenta nuestro modelo jurídico es el derecho de acceso a un Tribunal, sobre todo en lo que atañe a dos recursos extraordinarios que son muy relevantes para la protección de los derechos fundamentales, como son el recurso de casación ante el Tribunal Supremo y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Conviene recordar que mientras que el Tribunal Supremo es el “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” (artículo 123.1 CE), el Tribunal Constitucional es el garante último de los derechos fundamentales.

Lo cierto es que la acumulación de asuntos en ambas sedes explica (no justifica) que se hayan reformado las normas procesales para dificultar la eventual admisión de los recursos de casación y amparo¹⁹. Y esto tiene un primer efecto de enorme gravedad, y es que el espacio jurisprudencial que hoy no ocupan estos altos tribunales recae en la competencia de tribunales ordinarios inferiores que no siempre trabajan con unos mismos criterios comunes. Por este motivo se compromete la interpretación uniforme del contenido y alcance de los derechos fundamentales y se pone en riesgo el principio de seguridad jurídica.

En todo caso, no es razonable, a nuestro modesto entender, que el Tribunal de Estrasburgo condene al Reino de España²⁰

¹⁹ Es de justicia subrayar que tal dirección también se ha seguido otras reformas procesales, como es la de la admisión de las demandas por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Un estudio en profundidad sobre estas materias en MATIA PORTILLA, Javier y GONZÁLEZ ALONSO, Alicia (dirs.), *La inadmisión de los recursos en defensa de los derechos (criterios jurisprudenciales de los tribunales Supremo, Constitucional, de Justicia de la Unión Europea y Europeo de Derechos Humanos)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019.

²⁰ SSTEDH Sáez Maeso (2004), Salt Hiper S.A. (2007), Golf de Extremadura S.A (2008) y Barenechea Atucha (2008). Y no altera esta conclusión que tal cambio de posicionamiento se produzca algunos años después (siete,

porque el Tribunal Supremo, habiendo admitido en un primer momento un recurso de casación, decida inadmitirlo al dictar Sentencia por apreciar que concurre un óbice procesal que en un primer momento no fue detectado. No puede exigirse al Tribunal español otro comportamiento.

Mayores problemas suscita el actual régimen jurídico de admisión del amparo constitucional, que incorpora como requisito objetivo que la demanda presente una especial trascendencia constitucional²¹. Pese a que estamos en presencia de un concep-

cuatro, tres y cinco, respectivamente) porque el derecho que en este caso podría verse comprometido (lo estaría, a nuestro juicio) es el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Ver, en el plano doctrinal, Gutiérrez Gil, Andrés Javier: “El derecho de acceso a los recursos” en ALCÁCER GUIRAO, Rafael; BELADÍEZ ROJO, Margarita y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel: *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 2013, pp. 249 ss. y BOUZZA, Omar, “Recurso de casación contencioso-administrativo común y derecho a la tutela judicial efectiva” en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo (coords.): *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, Civitas, 2012, vol. 2, pp. 2735 ss.

²¹ El Tribunal aporta algunas explicaciones sobre la especial trascendencia constitucional en la STC 155/2009, disponible en <<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6574>>. Ver, en el plano doctrinal, entre otros, los estudios de ARROYO JIMÉNEZ, Luis: “Especial trascendencia constitucional del recurso de amparo”. *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho* 68 (2017); BELADÍEZ ROJO, Margarita: “El recurso de amparo y la especial trascendencia constitucional”. *Revista General de Derecho Constitucional* 25 (2017); CABAÑAS GARCÍA, Juan Carlos: “El trámite de admisión del recurso de amparo y su especial trascendencia constitucional” en MONTROYA MELGAR, Alfredo (coord.), *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Madrid, Dykinson, 2010; CASINO RUBIO, Miguel: “La especial trascendencia constitucional del recurso, los recursos de amparo administrativo” en VV.AA., *La ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 203-245; GONZÁLEZ-

to jurídico indeterminado y que dota de un apreciable grado de discrecionalidad al propio Tribunal Constitucional, el Tribunal de Estrasburgo ha entendido que solamente deberá explicar por qué concurre “en los asuntos declarados admisibles con el fin de garantizar una buena administración de la justicia”²², cuando lo suyo hubiera sido exigir esa explicación cuando sirve para poner fin al proceso, inadmitiendo la demanda.

En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con la inadmisión del recurso de amparo se ha centrado en cuatro casos. En la STEDH De la Fuente Ariza (2008) se censura que el Tribunal Constitucional inadmita, primero, una demanda por extemporánea (por haber acudido el recurrente, en paralelo, a otra jurisdicción) y confirme, después, dicha medida por considerar que una nueva demanda resulta ex-

BEILFUSS, Markus, “La especial trascendencia constitucional de las demandas de amparo. Análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre un concepto etéreo”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 107 (2016); GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, “La especial trascendencia constitucional como criterio de selección de los recursos de amparo”, *Anuario de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 22 (2018), pp. 259-279; HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, *El nuevo trámite de admisión del recurso de amparo constitucional*, Madrid, Reus, 2009; MATIA PORTILLA, Francisco Javier: “La “especial trascendencia constitucional” y la inadmisión del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, 2009 y PÉREZ TREMPs, Pablo, “La especial trascendencia constitucional al recurso de amparo como categoría constitucional: entre morir de éxito o vivir en el fracaso”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 41, 2018, pp. 253-270.

²² STEDH Arribas Antón (2015). Ver, entre otros análisis, HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, “Incumplimiento de la buena administración de justicia del Tribunal Constitucional en la admisión del recurso de amparo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108, 2016, pp. 307 ss. y, especialmente, GONZÁLEZ ALONSO, Alicia y RUIZ-RISUEÑO MONTROYA, Francisco M, “El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 54, 2015, pp. 155 ss.

temporánea por haber hecho uso de una vía judicial improcedente. Sin embargo, es posible entender que la responsabilidad, en este caso, recae en la parte procesal que, con asesoramiento legal, hizo un inadecuado uso de los recursos a su alcance.

Más razonable es la condena impuesta en la STEDH Ferre Gisbert (2009), en el que la inadmisión del amparo se justifica en la indebida utilización del juicio declarativo ordinario por parte del recurrente en el marco de un procedimiento hipotecario, del que, sin embargo, habían conocido sendas jurisdicciones ordinarias que no cuestionaron la vía procesal elegida.

Las dos últimas condenas tienen que ver con uno de las cuestiones más candentes que existen en relación con el correcto agotamiento de la vía judicial previa, que es la necesaria utilización del incidente de nulidad de actuaciones²³ cuando se estima que la

²³ Entre la abundante doctrina generada, ver ÁLVAREZ MENÉNDEZ, Estefanía, “La relación entre el recurso de casación y el incidente de nulidad de actuaciones: el agotamiento de recursos a los efectos de interponer recurso de amparo según la jurisprudencia del TEDH”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 51, 2019; BACHMAIER WINTER, Lorena, “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 13, 2007; CARRASCO DURÁN, Manual, “La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 95, 2012; CASAS BAAMONDE, María Emilia, “Incidente de nulidad de actuaciones y recurso de amparo constitucional”, *Relaciones Laborales* 1/2004, pp. 17-29; GARCÍA-VILLARUBIA BERNABÉ, Manuel, “A vueltas con el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo. Examen de la cuestión a la vista de los recientes avances legislativos y jurisprudenciales”. *La Ley* 5 (2004), pp. 1671-1685; GÓRRIZ GÓMEZ, Benjamín, “Modificación de la doctrina constitucional sobre la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013, de 19 diciembre)”, *Diario La Ley* 8275, 2014; LIMÓN LUQUE, Miguel, “Con la venia. Sobre el incidente de nulidad de actuaciones y el acceso al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional: un análisis de jurisprudencia”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 8,

lesión del derecho fundamental se produce en la resolución judicial que cierra la vía judicial. En las SSTEDH Arrózpide Sarasola y otros (2018) y Berastegui Escudero y Arriaga Arruabarren (2019) se censura la inadmisión del recurso de amparo por no haberse servido los recurrentes del incidente de nulidad de actuaciones ante el Tribunal Supremo, cuando había casos similares en los que el Tribunal Supremo había señalado que tal vía era improcedente. El Tribunal de Estrasburgo entiende que mantener tal exigencia por parte del Tribunal Constitucional incurre en un rigorismo formalista.

El propio Tribunal Constitucional es consciente de que su jurisprudencia relacionada con el incidente de nulidad de actuaciones debe ser repensada. De ahí que en la muy relevante STC 112/2019, de 3 de octubre, haya cambiado su doctrina anterior. Hasta el momento entendía que si el recurrente interpone un recurso contra una resolución judicial que estima lesiva de derechos fundamentales y éste es inadmitido por razones procesales no imputables a la parte, y acude después en amparo procede declarar la inadmisión de este recurso por falta de agotamiento de la vía judicial previa, que le obliga a interponer el incidente de nulidad de actuaciones, garantizando el carácter subsidiario del amparo. Sin embargo, en la resolución que ahora se concluye afirmando que “la interposición del incidente de nulidad de actuaciones en supuestos como el que ahora se examina, al no derivarse de forma

2019, pp. 797-838; LOZANO CUTANDA, Blanca y CORDÓN MORENO, Faustino, “Overruling de la jurisprudencia constitucional sobre el requisito de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013)”, *Diario La Ley* 8249, 2014; NAVARRO MASSIP, Jorge, “El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso penal y el recurso de amparo: entre la inutilidad y la intrascendencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2009 y VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, “Recurso de amparo, incidente de nulidad de actuaciones y tutela de los derechos fundamentales de la personalidad. Comentario a la STC (pleno) 216/2013, de 19 de diciembre (RTC 2013, 216)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 18, 2014.

clara su procedencia del tenor del 241.1 LOPJ, no será un requisito necesario para agotar la vía judicial previa al amparo ante este Tribunal [art. 44.1 a) LOTC]; pero si se presenta ha de considerarse un cauce idóneo para obtener la tutela de los derechos fundamentales que se imputan a la resolución frente a la que se interpuso el recurso inadmitido y, por tanto, no podrá considerarse un recurso manifiestamente improcedente que pueda conllevar la extemporaneidad del recurso de amparo por alargar indebidamente la vía judicial”. Es decir que el recurrente puede interponer el incidente de nulidad de actuaciones, pero no está ya obligado a ello. Estamos en presencia de una modificación muy relevante del régimen de admisión del recurso de amparo, y es probable que evite futuras condenas como las producidas en las recientes SSTEDH Arrózpide Sarasola y otros (2018) y Berastegui Escudero y Arriaga Arruabarren (2019).

IV. FALTA DE INMEDIACIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA PENAL

Este es un derecho humano que no había sido previamente contemplado ni en nuestra Constitución ni en la interpretación que hacía el Tribunal Constitucional del artículo 24. Consiste en que la condena que se imponga a una persona por pruebas de carácter personal exigen que sean presentadas y debatidas garantizando el principio de inmediación. En todo caso, el Tribunal Constitucional acogió esta doctrina en la muy relevante STC 167/2002²⁴.

²⁴ Sobre esta materia pueden consultarse, entre otras muchas referencias, Gómez Recio, Fernando: “La sentencia 167/2002 del Tribunal Constitucional, o de como abrir la caja de Pandora en el recurso de apelación penal”, *La Ley*, núm. 5, 2003, pp. 1607 ss.; GARCÍA-CALVO Y MONTIEL, Roberto, “El Recurso de Apelación. La condena en segunda instancia y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 15, 2003, pp. 289-326; CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *Del principio de inmediación, sus excepciones y los instrumentos tecnológicos*, Valencia, Tirant Lo Blanch,

Sin embargo, se han producido un buen número de condenas²⁵ porque los Tribunales españoles (de apelación o casación) no han respetado esta exigencia en algunos casos.

En este caso, es interesante realizar un doble análisis, temporal, de las condenas, y de las causas que explican las condenas. Pues bien, desde la primera perspectiva, se han producido una condena en 2009 y 2018, dos en 2012 y 2016, y tres en 2010, 2011 y 2013. Estos datos acreditan que estamos en presencia de un problema persistente y que debemos tratar de corregir para evitar futuras condenas.

En relación con la motivación de las condenas, en el mayor número de ocasiones el Tribunal de Estrasburgo considera que el Tribunal *ad quem* ha valorado el elemento subjetivo del delito

2010; PÉREZ SOLA, Nicolás, “El contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en la segunda instancia penal a la luz de la jurisprudencia del TEDH”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 42, 2018, pp. 371 y ss.

²⁵ SSTEDH Igual Coll (2009), Marcos Barrios (2010), Marcos Barrios (2010), García Hernández (2010), Almenara Álvarez (2011); Lacadena Calero (2011), Valbuena Redondo (2011), Serrano Contreras (2012), Vilanova Goterris y Llop García (2012), Nieto Macero (2013), Román Zurdo y otros (2013), Sainz Casla (2013), Porcel Terribas y otros (2016), Gómez Olmeda (2016), Atutxa Mendiola y otros (2017), Camacho Camacho (2019). No hemos sido condenados en relación con este derecho en las SSTEDH Bazo González (2008), Sardón Alvira (2013), Naranjo Acevedo (2013), Pérez Martínez (2016), Hernández Royo (2016) y Vilches Coronado y otros (2018). En el plano doctrinal ver Álvarez Rodríguez, Ignacio: “Las condenas al Reino de España por vulnerar la garantía de inmediación en la segunda instancia penal”. En MATIA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER y DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (dirs.), *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 171 ss. y GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA, Marta, “La supuesta garantía de la inmediación en la segunda instancia penal española: seis sentencias condenatorias del TEDH en menos tres años”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 27, 2012, pp. 1 y ss., entre otros.

que ha justificado la condena sin garantizar la inmediación exigida por el Convenio. Esto ocurre en once²⁶ de las quince condenas impuestas. En otras tres²⁷ se cuestiona que el Tribunal superior ofrezca una nueva apreciación de los hechos probados sin oír a los acusados y a testigos relevantes. Finalmente, en la STEDH Marcos Barrios (2010) se censura que el órgano judicial *ad quem* confiera credibilidad a una prueba personal practicada en la instancia sin someterla a inmediación en apelación.

Resulta claro, a la vista de estas consideraciones, que los Tribunales penales que conocen en segunda instancia (apelación o casación) deben celebrar vista siempre que su valoración pueda afectar al elemento subjetivo (intencionalidad, dolo, etc.) del tipo penal en juego. Es verdad que esta exigencia planteaba un problema en relación con el recurso de casación que, a pesar de su naturaleza, ha estado actuando como segunda instancia penal. Aunque solamente cuatro condenas afectan a la Sala Segunda del Tribunal Supremo²⁸, era preciso revisar su papel en esta materia. Y el legislador ha abordado esta cuestión en la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales. En virtud del nuevo artículo 846ter LECr, corresponde examinar la apelación de las resoluciones dic-

²⁶ SSTEDH SSTEDH Igual Coll (2009), Almenara Álvarez (2011), Lacadena Calero (2011), Valbuena Redondo (2011), Serrano Contreras (2012), Nieto Macero (2013), Román Zurdo y otros (2013), Sainz Casla (2013), Porcel Terribas y otros (2016), Gómez Olmeda (2016), Atutxa Mendiola y otros (2017).

²⁷ De forma exclusiva en las SSTEH García Hernández (2010), Vilanova Goterris y Llop (2012) y Camacho Camacho (2019), y también se maneja este argumento en la STEDH Román Zurdo (2013).

²⁸ SSTEDHLacadena Calero (2011), Serrano Contreras (2012), Vilanova Goterris y Llop García (2012) y Atutxa Mendiola y otros (2017). No se condena al Reino de España en las SSTEDH Sardón Alvira (2013) y Naranjo Acevedo (2013), que también revisan su actuación.

tadas por las Audiencias Provinciales a los Tribunales Superiores de Justicia y para las de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se crea, en su seno, una Sala de Apelación específica.

Esta última nueva Sala es la que ha planteado problemas recientes. De un lado porque su puesta en marcha se demoró hasta el mes de junio de 2017²⁹. De otro porque una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo Tribunal Supremo de 2019³⁰ anula el nombramiento de dos de los tres miembros de la Sala, por no haber valorado como mérito preferente haber superado las pruebas de especialización convocadas por acuerdo del Pleno del CGPJ de 30 de julio de 2011. El posterior 16 de mayo se nombran a los nuevos integrantes de la Sala (Ángel Hurtado y Manuela Fernández Prado), pero el Consejo decide mantener en sus puestos a los dos Magistrados previa e indebidamente nombrados (Eloy Velasco y Enrique López). Aunque esta decisión sea discutible, porque transmite la idea del voluntarismo del Consejo General del Poder Judicial, es probable que tenga, en este caso, alguna justificación³¹. En todo caso, el Tribunal Supremo ha considerado que tal nombramiento es nulo, ya que el mismo “debe serlo en un acto administrativo independiente de aquella y por tanto susceptible de control tanto en vía administrativa como posteriormente

²⁹ La Sala de apelaciones dictó su primera Sentencia el 15 de diciembre de 2017 (ECLI: ES:AN:2017:5619), disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/188fb57e2d17657e/20181004>>.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:977), disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/d078f82f455dcf11/20190405>>.

³¹ Dado que las plazas que ocupaban previamente ya habían sido ocupadas por otros miembros de la carrera judicial. Ver, con carácter general, Sánchez Ruiz-Tello, Rosa Esperanza: “Las adscripciones en la Audiencia Nacional tras los nombramientos anulados. El Rey Sol gobierna a los jueces”, disponible en: <<https://hayderecho.expansion.com/2019/06/11/las-adscripciones-en-la-audiencia-nacional-tras-los-nombramientos-anulados-el-rey-sol-gobierna-a-los-jueces/>>.

en vía jurisdiccional”³². Pero el Consejo General del Poder Judicial ha vuelto a realizar el mismo nombramiento con la siguiente fórmula: “Adscribir a los magistrados Eloy Velasco Núñez y Enrique López López a la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, debiendo concursar para obtener plaza en propiedad. Ello sin perjuicio de que la Sala de Gobierno de la Audiencia Nacional, en el supuesto de insuficiencia de trabajo en la Sala de Apelación, pudiera proponer una adscripción obligatoria, en régimen de comisión de servicio sin relevación de funciones, en función de las necesidades del servicio”³³. Si se da cuenta de todo este periplo es para centrar nuestra mirada en un serio problema que afecta a la independencia del poder judicial y es la discrecionalidad apreciada en el nombramiento de miembros de relevantes órganos judiciales por parte del Consejo General del Poder Judicial. Es un hecho que los dos Magistrados beneficiados han ocupado cargos relevantes en estructuras políticas partidarias, y no resulta extraño pensar entonces, sea cierto o no, que el Consejo puede no actuar con criterios estrictamente técnicos. No estamos ante un problema novedoso, pero que sí que requiere de una urgente adopción de medidas que permita atajarlo de una forma definitiva.

Para ello habría que regular dos cuestiones. La primera es excluir o minimizar la influencia del Consejo General en el nombramiento de los Magistrados, volviendo a un sistema de escalafón que no les permita realizar propuestas al margen del Derecho, como ya ha ocurrido. La segunda es más compleja, pero está re-

³² Auto del Tribunal Supremo 8039/2019, de 10 de julio (ECLI: ES:TS:2019:8039^a), disponible en <<http://www.poderjudicial.es/search/TS/openDocument/368c0f4bd4d04a7d/20190726>>.

³³ Acuerdo de 18 de julio de 2019, anunciado en la propia página web del Consejo General del Poder Judicial, y disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Audiencia-Nacional/En-Portada/El-CGPJ-aprueba-la-adscripcion-a-la-Sala-de-Apelacion-de-la-Audiencia-Nacional-de-los-magistrados-Eloy-Velasco-y-Enrique-Lopez-en-un-acuerdo-independiente>>.

lacionada con ella. Es determinar cómo seleccionar a los propios miembros del Consejo General del Poder Judicial. Si atendemos a la Constitución, se proponen doce Magistrados y ocho juristas de reconocido prestigio. Estos últimos son propuestos, a parte iguales, por Congreso y Senado. También hacen lo propio con los Magistrados de origen judicial, aunque se reclama periódicamente por diversos sectores políticos y judiciales que sean seleccionados por los propios integrantes del Poder Judicial, como ocurrió hasta 1985. Los veinte miembros del Consejo General del Poder Judicial eligen al Presidente del Tribunal Supremo, que también preside el propio Consejo.

A nuestro entender es claro que existe una manifiesta y flagrante politización de este órgano constitucional, como acredita el Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO). En efecto, “el GRECO destacó [en 2013] que cuando las estructuras de gobierno del Poder judicial no se perciben como imparciales e independientes, esto tiene un impacto inmediato y negativo en la prevención de la corrupción y en la confianza del público en la equidad y eficacia del sistema jurídico del país. Seis años después, la situación es la misma y, por tanto, la recomendación V no puede considerarse cumplida. El GRECO reitera su opinión de que las autoridades políticas no deben participar, en ningún momento, en el proceso de selección del turno judicial”³⁴. Estando absolutamente de acuerdo con esta elemental recomendación, conviene

³⁴ Prevención de la corrupción respecto de miembros de Parlamentos nacionales, jueces y fiscales (Segundo informe intermedio de cumplimiento de España). Aprobado en la 83ª sesión plenaria, el 17-19 junio de 2019, disponible en: <<https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-respecto-de-mie/168098c68e>>. Sin embargo, unos meses antes se filtró que el acuerdo entre los dos principales partidos políticos del país (PP y PSOE) alcanzaba no solamente a los veinte miembros propuestos por el Congreso y al Senado, sino también al Presidente del Tribunal Supremo que debe ser propuesto en el seno del Consejo General del Poder Judicial. El lógico malestar se dejó sentir en la ciudadanía y en el propio mundo

subrayar que la elección de vocales judiciales del Consejo General del Poder Judicial a los jueces y magistrados tampoco asegura que esta designación no se haga en clave política. En efecto, algunas asociaciones judiciales (en particular, *Juezas y Jueces -sic- para la Democracia y la Asociación Profesional de la Magistratura* guardan estrechos vínculos con los dos principales partidos políticos a escala nacional, PSOE y PP). Estamos, pues, ante un reto pendiente.

En todo caso, volviendo a la modificación del recurso de apelación penal, es relevante también que el Tribunal Constitucional español examine con especial detenimiento las quejas relacionadas con la falta de inmediación en la segunda instancia penal. Aunque resulta posible entender que difícilmente una concreta vulneración de este derecho comprometa la especial trascendencia constitucional, el Tribunal debería tratar de evitar futuras condenas por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y es probable que asistamos a un cambio de criterio en la reciente STC 149/2019, de 25 de noviembre³⁵, en la que debe examinar si la Audiencia Provincial de Zaragoza compromete los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia del recurrente al condenarle en apelación por un delito contra la integridad moral del que había sido absuelto en primera instancia. Lo relevante, a nuestro entender, es la motivación de que en un caso como el presente concurre especial trascendencia constitucional, que se hace en los siguientes términos: “porque la doctrina de este Tribunal sobre el derecho fundamental que se alega podría estar siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o pudieran existir resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental [STC 155/2009, FJ 2 e)] y, como consecuencia, que el órgano judicial pudiera incu-

judicial. Disponible en: <<https://www.20minutos.es/noticia/3489018/0/malestar-jueces-oposicion-pacto-pp-psoe-renovar-presidencia-cgpj/>>.

³⁵ Disponible en: <<https://hj.tribunalconstitucional.es/docs/BOE/BOE-A-2020-167.pdf>>.

rrir en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 f)]”. Podría afirmarse, con razón, que resulta cuestionable que un supuesto como el descrito presente una especial relevancia constitucional, pero podría entenderse que ésta concurre cuando el asunto sometido al conocimiento del Tribunal Constitucional compromete la doctrina vertida por los Tribunales de Estrasburgo y/o Luxemburgo y afecta a derechos constitucionalmente garantizados³⁶.

V. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

En el informe sobre España publicado por el autor de estas líneas en 2018 se anunciaba que el Reino de España sería muy probablemente condenado por vulnerar la libertad de expresión de unas

³⁶ Sería preciso que se diera simultáneamente esta doble condición, dado que si el derecho en cuestión (propiedad, por ejemplo) no cuenta con la garantía del amparo constitucional el Tribunal Constitucional carecería de competencia objetiva para intervenir en la causa. En otros casos, sin embargo, el Tribunal podría hacer un esfuerzo argumentativo para incluir en la órbita de un derecho fundamental español facetas que han sido desarrolladas por el Tribunal Europeo de Derechos. Ha seguido esta dirección, por ejemplo, en el reconocimiento del derecho a la paz medioambiental en el hogar (SSTC 119/2001, de 24 de mayo, 16/2004, de 23 de febrero, y 150/2011, de 29 de septiembre), pero se ha separado en relación con otros derechos (reagrupación familiar, acercamiento de presos a centros penitenciarios cercanos a su familia, derecho de padres e hijos a no ser separados, ATC 40/2017/3, de 28 de febrero). Ver, en el plano doctrinal, GORDILLO, Luis I, “La emergencia de un derecho al disfrute de un (medio)ambiente pacífico, sano y limpio” y MATIA PORTILLA, Francisco Javier, “¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida”, ambos publicados en MATIA PORTILLA, Francisco Javier y LÓPEZ DE LA FUENTE, Graciela, *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 85 ss. y 231 ss., respectivamente.

personas que, en una manifestación contra la Corona, quemaron una foto de los reyes³⁷. Nuestro Tribunal Constitucional en vez de amparar a los recurrentes, entendió en la STC 177/2015, de 22 de julio de 2015³⁸, que la condena penal impuesta pretendía acabar con el discurso del odio contra los Reyes. Pues bien, nuestro pre-sagio se vio confirmado ese mismo año, con la STEDH Stern Tau-lats y Roura Capellera (2018). En esta resolución se realizan tres afirmaciones relevantes. La primera, que ya había sido adelantada en la STEDH Otegi Mondragón (2011), es que “una mayor pro-tección [del Jefe de Estado] mediante una ley especial en materia de insulto no es, en principio, conforme al espíritu del Convenio”. La segunda es que no estima que la conducta de los condenados incite al odio o la violencia, ya que no se ha visto acompañado de conductas violentas ni de alteraciones del orden público. La

³⁷ Conviene recordar que con anterioridad ya hemos sido condenados en las SSTEDH Castells (1992), Fuentes Bobo (2000), Gutiérrez Suárez (2010), Otegi Mondragón (2011), Rodríguez Ravelo (2016) y Jiménez Losantos (2016). En relación con los asuntos Castells, Fuentes Bobo y Otegi Mondragón puede consultarse URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín: “la libertad de crítica política veraz”; Durán Alba, Juan Fernando: “Alcance de la libertad de expresión en el ámbito laboral” y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa: “El derecho a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político extremo”. Todos ellos publicados en ALCÁCER GUIRAO, Rafael; BELADÍEZ ROJO, Margarita y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 2013, pp. 557, 587 y 613 y ss., respectivamente.

³⁸ Disponible en <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24578>>. Se afirma en la Sentencia que “quemar públicamente el retrato de los Monarcas es un acto no sólo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio”. La Sentencia se acompaña de Votos Particulares discrepantes suscritos por los Magistrados Adela Asua Batarrita, al que se adhiere Fernando Valdés Dal-Ré, Encarnación Roca Trías, y Juan Antonio Xiol Ríos.

tercera es que no puede admitirse que el comportamiento sea una manifestación del discurso de odio, “término que se entiende que abarca todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia”, salvo que se realice una lectura tan extensiva del mismo que cercene el uso legítimo de la libertad de expresión.

El Tribunal de Estrasburgo nos ha impuesto otra condena por vulnerar la libertad de expresión en la STEDH Toranzo Gómez (2018) que trae causa de una condena penal impuesta a un activista que declaró haber sufrido torturas, físicas y psicológicas, en la operación conjunta de la policía y de los bomberos de desalojo de un inmueble ocupado. Lo que se cuestiona en este caso es si el uso coloquial del término “tortura” justifica una condena penal. Dado que el activista describió correctamente las conductas desplegadas por agentes del poder público en una actuación de evidente relevancia social no resulta admisible que se le sancione por no utilizar la citada palabra en su acepción técnica sino coloquial.

Esta polémica se suma a otras que son recientes en nuestro país³⁹, y que evidencian que los tribunales españoles deben recor-

³⁹ Podemos recordar, entre otras, las siguientes: (a) La Asociación de Abogados Cristianos denuncia a tres mujeres que portan, en una manifestación bautizada como “aquelarre feminista” una vagina de látex de grandes bajo el nombre de “procesión de la anarcofradía del santísimo coño insumiso y el santo entierro de los derechos socio-laborales”. Se les imputa la presunta comisión de sendos delitos de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia por motivos referentes a la religión o creencias (art. 510.1 CP) y contra los sentimientos religiosos (art. 525.1 CP). Afortunadamente, el Juzgado de lo Penal 10 de Sevilla ha dictado la Sentencia 448/19, de 9 de octubre, que absuelve a las encausadas. El texto está disponible en <<https://pdf.thespainreport.es/sentencia-vagina-gigante-sevilla.pdf>>. (b) La misma Asociación ha denunciado un comentario de un actor (Willy Toledo) en las redes sociales del siguiente tenor: “Yo me cago en dios, y me sobra mierda pa cagarme en el dogma de la santidad y virginidad de la Virgen María”. En estos días se celebra el juicio por la

presunta comisión de sendos delitos (uno contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos y otro de obstrucción a la justicia, por haberse negado a declarar en sendas ocasiones –para la tercera fue detenido-). (c) Dos mujeres han sido condenadas en segunda instancia como autores responsables de un delito de profanación (art. 424 CP) al encadenarse a un cristo del presbiterio de la Catedral de Madrid, desnudándose de cintura para arriba, eximiendo las siguientes anotaciones sobre su torso “Altar para abortar”, “Gallardón inquisidor”, “aborto ilegal” o “tomemos el altar”. Además, verbalmente, durante unos cinco minutos del tiempo total que estuvieron encadenadas, gritaron expresiones del tipo “Altar para abortar”, “aborto ilegal, tomemos el Altar”, “aborto es sagrado” y “libertad para abortar”. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 110/2019, de 21 de febrero (ECLI: ES:APM:2019:2509, disponible en <<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/8873226/derecho%20a%20la%20tutela%20judicial%20efectiva/20190826>>), se separa así del criterio expresado por el Juzgado 23 de lo Penal de Madrid en la Sentencia 423/18, de 26 de noviembre de 2018 (disponible en <<https://ep00.epimg.net/descargables/2018/11/26/44cca15c716b3300f6b302c8bf6ae8a5.pdf>>), que había absuelto a las encausadas. En relación con estas cuestiones ver, con carácter general, COMBALIA SOLÍS, Zoila y DIAGO DIAGO, María del Pilar y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (coords.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos*, Zaragoza, Licregdi, 2019, disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/libro/744767.pdf>>; LÓPEZ GUERRA, Luis María, “Libertad de expresión y libertad de pensamiento, conciencia y religión, en la jurisprudencia de Estrasburgo” en RUIZ-RICO, Ruiz, Gerardo y RUIZ RUIZ, Juan José (dirs.), *La libertad religiosa en las sociedades multiculturales: las jurisprudencias nacional y europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pp. 111 ss.; MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, “Conflictos entre libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo”. En MONTOYA MELGAR, Alfredo (coord.), *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Madrid, Dykinson, 2010, pp. 274 ss. y “¿Libertad de expresión amordazada?: Libertad de expresión y libertad de religión en la jurisprudencia de Estrasburgo” en MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier y CAÑAMARES ARRIBAS, Santiago (coords.): *Tensiones entre libertad de expresión y libertad religiosa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 83 ss., y COSTA, Jean-Paul: “La libertad de expresión según la jurisprudencia del Tri-

dar un viejo axioma: la libertad de expresión es fundamental en cualquier sistema democrático que merezca tal nombre. Y por esta razón no son descartables nuevas intervenciones del Tribunal de Estrasburgo que, a corto plazo, cuestionen recientes decisiones judiciales adoptadas en nuestro país. Esto ocurre, a nuestro parecer, por ejemplo, con la condena impuesta⁴⁰ al rapero Hassel en lo que atañe, en particular, al delito de calumnias e injurias

bunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo”, *Persona y Derecho*, núm. 44, 2001, pp. 243 y ss. (d) Finalmente, se ha cuestionado la legitimidad de que la asociación Hazte Oír situara un autobús en las inmediaciones de colegios con el mensaje “Los niños tienen pene. Las niñas tienen vulva. Que no te engañen” por su mensaje transfóbico. Sin embargo, lo cierto es que los tribunales han ido dando la razón a la asociación ya sea anulando las multas impuestas por algunas administraciones públicas (ver Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 9 de Barcelona, disponible en <https://drive.google.com/file/d/1J1l-yQ_DR4Zzt87fHnD9ms1fhhgX8UsL/view>), ya sea levantando la medida cautelar que pretendía inmovilizar el autobús (Auto 562/2017 de la Audiencia Provincial de Madrid, disponible en <http://hazteoir.org/sites/default/files/documentos/20170721_audiencia_provincial_de_madrid_resuelve_a_favor_del_hobus.pdf>, ya sea archivando sendas causas por una eventual comisión de un delito de odio (Autos de los Juzgados de Instrucción 46 y 3 de Madrid, de 6 de junio y 6 de septiembre de 2017, y que están disponibles en: <<https://drive.google.com/file/d/0B0srTN1lv3g6cVNIcEQ5RWtHSnFE0pPaUoxQUJTS2J2UHBF/view>> y en: <http://hazteoir.org/sites/default/files/documentos/20170915_auto_juzgado_no_3_archiva_denuncia_hobus_.pdf>, respectivamente).

⁴⁰ Por Sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional 27/2018, de 2 de marzo (ECLI: ES:AN:2018:27), disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8d6b03f45fec3874/20180305>>. Advertimos al amable lector que, gracias a la decisión de hacer anónimos los nombres en las resoluciones judiciales, resulta prácticamente imposible entender la Sentencia (¡¡por haber hecho lo propio con el Rey, la familia real y el nombre de la dinastía!!). Por tal motivo, recomendamos consultar esta otra versión, comprensible para un lector normal y que garantiza la publici-

contra la Corona⁴¹, puesto que si bien resulta claro que los ataques y el odio expresado contra la institución monárquica y su titular están fuera de toda medida y se alejan del elemental respeto que cualquier persona e institución merecen, es probable que, pese a todo, pueda ampararse tales manifestaciones en la libertad de expresión. Esta es la opinión expresada por la Magistrada Manuela Fernández Prado y no es descartable que sea asumida también, en su caso, por el Tribunal de Estrasburgo.

VI. UN CAMBIO JURISPRUDENCIAL DE ENJUNDIA: EL USO DE CÁMARAS DE VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO LABORAL

En el artículo publicado en *Teoría y Realidad Constitucional* se daba cuenta de la relevante Sentencia de la Sección Tercera de 2018 (STEDH López Ribalda y otros⁴²), en la que se condena al

dad de las resoluciones judiciales, <https://kaosenlared.net/wp-content/uploads/2018/03/4_5823384330868622473.pdf>.

⁴¹ El rapero dedica estas amables palabras al Rey a través de redes sociales: ladrón, parásito enemigo del pueblo, mafioso de mierda. Y en una canción recita lo siguiente: “Si tanta Monarquía como quiere el pueblo como dicen los tertulianos mercenarios, que suelten a la familia real sin escoltas por nuestras calles”. También lo presenta como asesino de su hermano Alfonso, borracho, juerguista, capo mafioso y apestoso cacique. Resulta evidente que estos calificativos, dirigidos a un particular, pueden ser combatidos a través de la protección del honor, pero lo que se plantea aquí es un delito público que protege la honorabilidad de las instituciones públicas, que debe compatibilizarse con la libertad de crítica.

⁴² En el plano doctrinal, entre otros, MOLINA NAVARRETE, Cristobal, “De Barbulescu II a López Ribalda: ¿que hay de nuevo en la protección de datos de los trabajadores?”, *Revista Derecho del Trabajo*, núm. 19, 2018, pp. 121 y ss.; CHACARTEGUI JÁVEGA, Consuelo, “Videovigilancia en el lugar de trabajo y ‘expectativa razonable de privacidad’ según el Tribunal Europeo de Derechos Hu-

Reino de España por violación del derecho a la intimidad de unos trabajadores que fueron sometidos a una videovigilancia con unas cámaras de cuya existencia y finalidad no fueron informados. El Tribunal de Estrasburgo censura esta práctica que afecta, de forma indiscriminada, a todos los trabajadores, y que se ejerce de forma permanente y durante mucho tiempo. Entiende que la medida empresarial es desproporcionada y lesiona, así, la intimidad de los trabajadores. Sin embargo, la Gran Sala, en una nueva Sentencia fechada en 2019 ⁴³, entiende que no se ha menoscabado el Convenio. Recuerda el Tribunal que los tribunales han evidenciado el interés del empleador (proteger la propiedad y la buena marcha del negocio), que las cámaras grababan la actuación de los empleados en la zona de cajas del supermercado y no en lugares íntimos (baños, vestuarios, etc.) y durante un plazo temporal razonable (diez días, suficientes para acreditar que algunos trabajadores estaban actuando de forma indebida). Sin embargo, la principal cuestión que debe afrontarse es si resulta admisible la utilización de cámaras sin informar (de su instalación y de su finalidad) a las personas afectadas. Mientras que la mayoría de los Magistrados consideran en esta Sentencia que tal obligación puede ser omitida si existen intereses públicos o privados relevantes, los Jueces Gaetano, Yudkivska y Grozev consideran que el preaviso es una garantía esencial del derecho a la vida privada. Y concluyen, además, con razón, que este cambio jurisprudencial favorece que, a partir

manos. Comentario a la sentencia de 9 de enero de 2018 (caso López Ribalda contra España)”, *Revista de Derecho Social*, núm. 83, 2018), pp. 119 ss. y ROJO TORRECILLA, Eduardo, “Derecho del trabajador a la privacidad en la empresa y límites a su control por cámaras de vigilancia”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2018\2, pp. 135 y ss.

⁴³ Reseñada por PASCUAL, Juan, “López Ribalda II, la utilización de cámaras de video-vigilancia en las relaciones laborales: ¿se puede prescindir del deber de información?”, *La Ley* 9555, 2020 y HENRÍQUEZ TILLERÍA, Sebastián, “Protección de datos, videovigilancia laboral y doctrina de la sentencia López Ribalda II”. *Iuslabor*2019\3, entre otros.

de ahora, cada uno de tome la justicia por su mano. Cabría añadir que ese uno que se tome la justicia será la empresa, debilitando la posición del trabajador, y que además su actuación solamente será conocida si decide utilizar las grabaciones y que, además, y por otra parte, podría ser igualmente admisible aunque no alcanzara los resultados previstos.

Nos parecen más convincente los argumentos de la minoría dado que estamos ante el incumplimiento de una garantía legal clásicamente anudada a la protección de datos de carácter personal. En efecto, resulta preciso informar a los usuarios de la existencia de una cámara, de la finalidad que con ella se persigue y de la modalidad y, en su caso, destino de las grabaciones realizadas. Si esta garantía legal deja de ser vinculante se produce una considerable merma no solamente del derecho subjetivo, sino del Estado de Derecho en el que se relativiza la aplicación de normas generales.

VII. UNA ACTUACIÓN DE NUESTRA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PARA ADECUARSE A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

En líneas anteriores (nota 40) se ha hecho notar que no siempre el Tribunal Constitucional trata de integrar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su doctrina sobre los derechos fundamentales (pauta interpretativa recogida en el artículo 10.2 CE). Y es probable que en algunas ocasiones su actuación sea razonable, si se acepta que no siempre hay homogeneidad entre los derechos reconocidos en el plano estatal y europeo.

Es más difícil de justificar nuestro empeño en incumplir derechos del Convenio (también constitucionales, a nuestro entender) cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha explicado de forma razonada y razonable los motivos por los que condena al Reino de España. Uno de ellos, que ya ha provocado varias conde-

nas a lo largo de los años⁴⁴, era que nuestro legislador distinguiera dos supuestos distintos a la hora de indemnizar, o no, a la persona que había sido sometida a prisión provisional y posteriormente declarada inocente del delito que se le imputaba.

El artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial rezaba, en efecto, que “tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”. A la vista de este precepto, si la persona encausada era finalmente absuelta porque quedaba acreditada su inocencia [sic] o la inexistencia del delito, procedía indemnizarle por la prisión sufrida. Ahora bien, si la persona era absuelta por insuficiencia de la prueba practicada para enervar su presunción de inocencia, no tendría derecho a percibir indemnización alguna. Es decir, dicho de forma aún más resumida, solamente procedía indemnizar al encausado cuando hubiera quedado acreditada su inocencia.

Que esta doctrina⁴⁵ es endeble es fácil de mostrar. Recuerda mucho aquella vieja tesis que sostenía que la detención preventiva era una privación de libertad que no comprometía ésta. Y se recuerda aquélla célebre frase de nuestro Tribunal Constitucional

⁴⁴ SSTEDH Puig Panella (2006), Tendam (2010) y Vlieeland Boody y Marcelo Lanni (2016). Esta última Sentencia es muy relevante porque hay un supuesto de hecho novedoso, y es que uno de los recurrentes no ha sido absuelto, sino que el órgano judicial competente se limita a decretar el sobreseimiento provisional de la causa, por la inexistencia de indicios suficientes que permitan probar su intervención en los delitos que se le imputan.

⁴⁵ Mantenido por el Tribunal Supremo en multitud de resoluciones. Es relevante recordar la STS (Sala Tercera) 682/2018, de 1 de marzo (ECLI: ES:TS:2018:682, disponible en <<http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/ac9e6cc8f0460359/20180309>>), porque en ella se hace una lectura aún más restrictiva del artículo 294.1 LOPJ en el que se limita su aplicación a los supuestos de inexistencia del hecho imputado, y no por inexistencia subjetiva de implicación del sujeto afectado.

cuando declaró que no hay espacio intermedio entre la y la libertad. Pues aquí ocurre algo parecido. Se altera el principio de que si la presunción de inocencia no ha sido enervada uno es inocente, y se crea un tipo de categoría de culpable sin pruebas. Se produce así una manifiesta y evidente lesión de la presunción de inocencia, puesto que se extraen consecuencias negativas de una absolución, lo que resulta, en sí mismo considerado, contradictorio.

Pues bien, nuestro Tribunal Constitucional ha decidido tomar en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. En el marco de un recurso de amparo, el Tribunal señala que “el Tribunal Europeo de Derechos Humanos apunta que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en una inexistencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera incontestable. En efecto, las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos aducidos por el Juez de lo penal. Muy al contrario, en el ámbito del artículo 6 § 2 del Convenio, la parte resolutive de una sentencia absolutoria debe ser respetada por toda Autoridad que se pronuncie de manera directa o incidente sobre la responsabilidad penal del interesado [...]. Exigirle a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento indemnizatorio por detención provisional se presenta como irrazonable y revela un atentado contra la presunción de inocencia”⁴⁶. El Tribunal recuerda que, en este caso, el Tribunal Supremo “emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión

⁴⁶ STC 8/2017, de 19 de enero, disponible en <<http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25232>>. Idéntica tesis en la STC 10/2017, de 30 de enero, disponible en: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2017-2611>.

provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia”⁴⁷.

Podría pensarse que estamos ante un control limitado a aquellos supuestos en los que la jurisdicción contencioso-administrativa se ha excedido en los términos empleados para justificar la denegación de la indemnización por una indebida prisión provisional. Pero el Tribunal Constitucional ha ido más lejos, como era de esperar⁴⁸, en la muy relevante STC 85/2019, de 19 de junio⁴⁹, en la que ha declarado la inconstitucionalidad de dos asertos empleados en el artículo 294.1 LOPJ, que ahora se limita a indicar que “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

⁴⁷ *Ibidem*, FJ 7. El Presidente del Tribunal Constitucional, Magistrado González Rivas, considera que se ha sancionado un lenguaje acaso desacertado en la Sentencia recurrida en amparo, pero no estima oportuna la concesión del amparo. La cuestión puede ser presentada al revés. Por más que se cuide la forma, la denegación de la indemnización es que subsisten las sospechas sobre el comportamiento de la persona afectada. Otro argumento que podría combatir la Sentencia del Tribunal Constitucional es que según el Tribunal de Estrasburgo la presunción de inocencia de la persona injustamente encarcelada no conduce a un derecho a ser indemnizado. Pero incluso acogiendo este argumento, del que además se discrepa, no se entendería que se discriminara a unos inocentes en relación con otros. Se podría invocar, en este caso, la lesión del artículo 14 CEDH en relación con el artículo 6.2 del mismo cuerpo normativo.

⁴⁸ Ver SAZ CORDERO, Silvia del, “La inútil prolongación de la agonía del artículo 294 LOPJ” en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 108, 2017, pp. 269 y ss.

⁴⁹ STC disponible en <<https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/25972>>. La resolución se acompaña de sendos votos particulares de Encarnación Roca Trías, y de Antonio Narváez Rodríguez y Ricardo Enríquez Sancho.

Y es que, como atinadamente señala nuestro alto Tribunal, “La estructura del precepto aplicable, con los incisos ‘por inexistencia del hecho imputado’ y ‘por esa misma causa’, que remiten a las razones ofrecidas por la resolución penal para sostener la decisión que le es propia de absolución o sobreseimiento (ajena a una eventual indemnización ulterior por la prisión provisional sufrida), obliga a argumentar de forma incompatible con la dimensión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) que salvaguarda la eficacia *pro futuro* del previo pronunciamiento absoluto, por lo que resultan contrarios al art. 24.2 CE. En tanto no se vislumbra una interpretación del ámbito aplicativo del art. 294 LOPJ que no discrimine entre las razones de la absolución vinculadas a la presunción de inocencia, los incisos que hacen depender la indemnización de ese tipo de razonamientos conculcan el derecho a la presunción de inocencia”. Compartimos plenamente esta construcción, porque resulta difícil que una diferencia de tratamiento pueda justificarse, en última instancia, en algo distinto⁵⁰.

La recta aplicación de la relevante STC 85/2019 debe conducir a que “entodos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización”, como ha reconocido el Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de octubre de 2019⁵¹.

⁵⁰ Los autores que defienden la pervivencia de una indemnización selectiva vinculada con la prisión provisional siguen manejando, de forma más o menos expresa, este mismo criterio, al entender, por ejemplo, que “la justicia requiere compensar por el daño injusto sufrido y esto parece que solo se produce cuando un inocente (*stricto sensu*) ha sufrido la prisión provisional”. COBREROS MENDAZONA, Edorta, “El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 209, 2019, p. 37.

⁵¹ Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. ECLI: ES:TS:2019:3121, disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/8906856/garantias%20procesales/20191018>>.

VIII. UNAS APRESURADAS LÍNEAS SOBRE LA SENTENCIA DE LA GRAN SALA RECAÍDA EN EL ASUNTO N.D. Y N.T.

Finalizado este artículo se ha difundido la muy relevante Sentencia (Gran Sala) N.D. y N.T. (2020), en la que se revisa el criterio fijado por la Sección Tercera, que entendió que la expulsión en caliente de una serie de personas que habían franqueado en masa las vallas que separan las fronteras de Marruecos y España en Melilla. La Sección había concluido que el Reino de España había vulnerado los artículos 4 del Protocolo 4, que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros y 13 del Convenio (en relación con el anteriormente citado) por impedirles, de esta forma, que pudieran presentar un recurso contra la medida de expulsión⁵². Esta resolución se inscribe, es bueno indicarlo, en una línea jurisprudencial en la que se cuestiona la legislación y práctica española en esta materia, en la que destaca la STEDH A.C. y otros (2014) en la que se indica que resulta cuestionable que la impugnación

⁵² STEDH N.D. y N.T. (2017). Ver, en el plano doctrinal, SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, “Las ‘devoluciones en caliente’ en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 65, 2018, pp. 101 ss.; VELA DÍAZ, Raquel, “El sistema de devoluciones automáticas en frontera a debate: la reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso N.D. y N.T. contra España”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 47, 2018, pp. 17 y ss.; TASSINARI, Francesca, “La tutela del derecho fundamental a un recurso efectivo a la luz de la Directiva 2013/32/UE: Reflexiones sobre el asunto N.D. Y N.T vs. España”, *Teoría y Derecho*, núm. 24, 2018, pp. 326 ss.; SOLER GARCÍA, Carolina, “La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 45, 2018, pp. 107 ss. y, en especial, SOLER GARCÍA, Carolina, *La expulsión de extranjeros en la jurisprudencia de los tribunales regionales europeos*, Tesis Doctoral, Universidad de Alicante, 2019.

judicial de la orden de expulsión no suspenda, durante el tiempo de su resolución, su ejecución material.

Pues bien, el Gobierno impugnó la condena impuesta en el asunto N.D. y N.T. ante la Gran Sala, y ésta ha resuelto, hace menos de una semana, que el Reino de España no ha vulnerado ninguno de los derechos en juego, separándose del criterio mantenido por la Sección⁵³.

Aunque resulta imposible resumir detalladamente esta resolución, trataremos de establecer sus puntos básicos. En relación con la admisión de la demanda, todos los Magistrados estiman que los hechos enjuiciados entran dentro del campo de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, excepto el Juez Pejchal, que explica en un Voto Particular concordante que, a su juicio, el asunto debería haberse sometido al Tribunal africano de Derechos Humanos, por ocurrir estos en Marruecos.

El Juez Koskelo estima, en otra opinión separada parcialmente discrepante, que, aunque la demanda es admisible, no resulta de aplicación en este caso el precepto que proscribe las expulsiones colectivas (artículo 4 del Protocolo 4), por lo que tal queja debió ser inadmitida. Frente a este parecer, el resto de los Magistrados estiman que deben examinar si se ha producido una indebida expulsión colectiva y si se ha vulnerado el derecho de recurrir dicha expulsión por parte de los recurrentes. Y el Pleno descarta por unanimidad que estas lesiones se hayan producido.

En relación con la expulsión colectiva estima que ésta se ha producido. Pero examina las circunstancias para determinar si la actuación del Estado es, o no, legítima. Recuerda que “los soli-

⁵³ De las seis ocasiones en las que la Gran Sala ha reexaminado una resolución adoptada previamente por una Sección en las SSTEDH Mangouras (2010), Palomo Sánchez y otros (2011), del Río Prada (2013, Fernández Martínez (2014), López Ribalda y otros (2019) y N.D. y N.T. (2020), solamente se ha visto alterado el criterio de ésta en dos. Es reseñable que sean las dos más recientes en el tiempo y a las que, lógicamente, se hace referencia específica en este trabajo.

citantes eran miembros de un grupo compuesto por numerosas personas que intentaron acceder al territorio de España cruzando una frontera terrestre irregular, utilizando el efecto masivo en el marco de una operación previamente organizada”. Considera que esta actuación resulta cuestionable porque los afectados deberían haberse solicitado de las vías legales para tratar de entrar en el país (en síntesis, solicitar un visado o una protección internacional en el paso de la frontera o en las representaciones consulares y diplomáticas existentes en los distintos países africanos). Como no queda acreditada la existencia de razones imperiosas que justifiquen la actuación de las personas que trataron de entrar de forma ilegal en España, el Pleno de la Gran Sala considera que no se ha vulnerado el artículo 4 del Protocolo 4. Es precisamente de esta construcción de la que discrepa el Juez Koskelo, que, aun estando de acuerdo en que no ha sido vulnerado tal precepto, entiende que no sería de aplicación porque las quejas expuestas son incompatibles con este artículo *ratione materiae*. Y es que “una interpretación que considera que el Convenio impone que, en nombre del respeto efectivo de la obligación de no devolución, una persona, sean cuales sean las circunstancias, no puede ser removido o alejado de las fronteras exteriores de un Estado miembro sin haber tenido previamente acceso a un procedimiento individualizado, ni es [...] necesaria ni está justificada”.

La Gran Sala estima que tampoco se ha vulnerado el derecho al recurso de los recurrentes por no poder impugnar su expulsión del territorio español. Entiende el Tribunal que “los recurrentes se han situado ellos mismos en una situación de legalidad”, al decidir no utilizar las vías legales existentes que permitían acceder de manera regular al territorio español, desconociendo tanto las disposiciones pertinentes del código de fronteras Schengen relativas a las fronteras exteriores del espacio Schengen como la legislación nacional en la materia.

Hasta aquí una breve recapitulación de la Sentencia. Ahora toca realizar unas breves acotaciones. La primera es para señalar que el aval dado por el Tribunal de Estrasburgo a las devoluciones

en caliente en Melilla es un respaldo a la decisión del Estado español, pero que su alcance, siendo relevante, no es definitivo. Nos explicamos. El legislador había incorporado esta posibilidad en una disposición final (la primera) de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que adiciona una nueva disposición adicional (la décima) a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que establece un régimen especial de Ceuta y Melilla. En su primer apartado se dispone que “los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España”.

Pues bien, este precepto (y otros de la Ley Orgánica 4/2015) ha sido impugnado a través de un recurso de inconstitucionalidad⁵⁴ interpuesto por diversos diputados del PSOE y de otros grupos parlamentarios de la Cámara, siendo el primer firmante el actual Presidente del Gobierno español. Esto supone que el Tribunal Constitucional deberá decidir, ahora sí, en última instancia, si las devoluciones en caliente son constitucionalmente admisibles. Hay argumentos de peso que permiten cuestionar su legitimidad, como son el principio de igualdad entre estos inmigrantes irregulares y otros (los que dejan vencer su visado de residencia temporal o los que llegan por otros medios –pateras, etc.–) o la necesidad de preservar otros Tratados internacionales en materia de derechos humanos, como son, las Convenciones relativas al Estatuto de los Refugiados o a los Derechos del Niño, entre otras.

De hecho, en su lectura literal, esta nueva jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sería aplicable a todos los extranjeros irregulares, lo que es seguro que no se producirá en la práctica.

⁵⁴ Disponible en: <<https://www.ecestaticos.com/file/b442b0bc0cc7f953b40975a6f4610e59/1581627331-21-05-15-recurso-inconstitucionalidad-ley-mordaza-def.pdf>>.

Discrepando de la posición defendida por la Gran Sala, se podría haber motivado mejor su decisión si hubiera delimitado la aplicación de su doctrina al supuesto de que la entrada en el territorio nacional se produzca con violencia (como ha ocurrido, en muchas ocasiones, en la valla de Melilla). Sería posible defender que las fuerzas de seguridad pudieran conducir sin más trámite al otro lado de la valla a aquellos extranjeros que cumplan dos condiciones. La primera es que la expulsión sea inmediata tras la entrada (lo que no ha podido generar ninguna expectativa en el afectado). La segunda es que su entrada contravenga órdenes de las Fuerzas de Cuerpos de Seguridad o se produzca de forma masiva o violenta a fin de evitar la legítima defensa de la frontera por parte de los agentes encargados de ella. Acaso esta mayor concreción hubiera evitado las duras reacciones⁵⁵ que la Sentencia ha generado den-

⁵⁵ Léase, por ejemplo, “Condena unánime de las organizaciones de derechos humanos al fallo de Estrasburgo sobre las devoluciones en caliente”, disponible en <https://www.eldiario.es/desalambre/Decepcion-denunciantes-devoluciones-derechos-gobiernos_0_995301255.html>. Es interesante señalar que, aunque el Gobierno hoy está presidido por el primer firmante del recurso de inconstitucionalidad en el que se cuestionaban las devoluciones en caliente, su Ministro del Interior justifica ahora tal medida, afirmando que “para nosotros el concepto de devolución en caliente no existe. No hay devoluciones en caliente en España. Se hace con aquellas personas que entendemos que no han pisado suelo español”, ver <https://www.eldiario.es/desalambre/Gobierno-enfrenta-sentencia-definitiva-devoluciones_0_994950857.html>. Esta una tesis que no se compadece ni con el Derecho español ni con la Sentencia de la Gran Sala que se acaba de examinar. En esta se justifica la expulsión, no se niega. Como además se ha filtrado que el Gobierno pretendía endurecer la ley del asilo: <https://elpais.com/politica/2020/02/18/actualidad/1582057149_114853.html>, la prensa da noticia, en el día de ayer de que “La sentencia de las devoluciones en caliente crea la primera brecha en el Gobierno” entre el PSOE y su principal socio del Gobierno de coalición, Podemos, ver <<https://elfarodeceuta.es/sentencia-devoluciones-brecha-gobierno>>; ver también <https://cadenaser.com/ser/2020/02/19/politica/1582135521_072956.html>. En esta última en-

tro de nuestro país. Insistimos en que no compartimos tampoco esta visión, pero nos parece que hubiera sido más razonable que la línea seguida por el Tribunal de Estrasburgo. No nos lo parece porque el Derecho y la práctica judicial se mueve en la dirección contraria, que es, precisamente, la de garantizar los derechos humanos de las personas que se encuentran de forma irregular en un país ajeno⁵⁶.

IX. ALGUNAS LÍNEAS FINALES, A MODO DE CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha realizado un balance general de la situación de España en relación con las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También nos hemos detenido en los temas de actualidad que se han planteado en los últimos dos años. Somos conscientes de que existen otros retos para el Estado español en materia de derechos humanos que no han sido examinados en estas líneas, porque ya han sido tratados en estudios previos⁵⁷. Pero no puede decirse que no haya avances en esta materia, como

trada se informa de que el Gobierno renuncia a modificar, por el momento, la ley de asilo.

⁵⁶ Nos remitimos en este punto, sin más trámite, a “¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida” en MATIA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER & LÓPEZ DE LA FUENTE, Graciela (dirs.), *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 231-282, en la que se pone de manifiesto lo difícil que es expulsar, en la práctica, a un extranjero irregular tras una larga residencia en un Estado europeo sin afectar su vida privada y, en ocasiones, familiar, disponible en <http://albergueweb1.uva.es/javiermatia/wp-content/uploads/2020/01/Intimidad_menores.pdf>.

⁵⁷ Los más graves, a nuestro parecer, es la falta de protocolos que aseguren que las denuncias por malos tratos o torturas sean eficientemente investigadas, asegurar los derechos de las personas que solicitan asilo y garantizar los

acredita la flexibilización de los criterios de agotamiento de la vía previa a la interposición del recurso de amparo o la indemnización a las personas que han sufrido una prisión provisional indebida, entre otros extremos examinados en el presente estudio. Lo que ocurre es que estos avances serán olvidados porque lo urgente será garantizar una mejor protección de los derechos en otros supuestos futuros, que deberán ser examinados y evaluados como aquí se ha hecho con los actuales.

derechos de padres e hijos a no ser separados. A todas estas cuestiones se ha aludido en “España”, *op. cit.*, pp. 51 ss. y 57 ss.