

EL DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. COINCIDENCIAS Y DIVERGENCIAS¹

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Carlos III*

SUMARIO

- I. Introducción.
- II. Una alteración del rumbo: el caso de las intervenciones telefónicas.
- III. Las formas de diálogo entre tribunales.
- IV. Crítica expresa. Vista pública en apelación o casación.
- V. Niveles distintos de protección: las pruebas ilegales.
- VI. Respuesta *in peius* de los tribunales españoles. Responsabilidad de la Administración de Justicia por prisión provisional indebida.
- VII. ¿Inicio de un diálogo? La ejecución de las sentencias del TEDH.

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la regulación que el Convenio Europeo de Derechos Humanos lleva a cabo respecto de las funciones del TEDH, la tarea de éste consiste en su mayor parte en resolver quejas, en último término, sobre decisiones judiciales que confirman o dan lugar, según los recurrentes, a una vulneración de los derechos del Convenio. Ello deriva del

¹ El presente texto es una ampliación del expuesto, con el mismo título, el 9 de mayo de 2013, en el *Congreso Internacional sobre nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, dirigido por el profesor D. Vicente Gimeno Sendra, celebrado en la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

principio de subsidiariedad que resulta del artículo 35 del Convenio² que supone que el Tribunal será competente cuando el recurrente haya agotado las vías internas domésticas. Y esas vías comprenden, en la práctica usual, una decisión judicial que finaliza el caso en vía interna, y sobre la que el Tribunal deberá por lo general pronunciarse.

En la resolución de la queja ante él planteada, el Tribunal establece pautas de interpretación del Convenio, cuya aplicación futura, en nuevos casos, corresponde, entre otras autoridades, a los tribunales nacionales. Esta aplicación se justifica en virtud del concepto de cosa interpretada que deriva del artículo 32.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.³ La sujeción de los Estados firmantes del Convenio a las disposiciones contenidas en éste se extiende a la interpretación por el TEDH de los derechos allí reconocidos, a la vista del citado artículo, que atribuye al TEDH la interpretación del Convenio. Al existir ya hoy un extenso cuerpo jurisprudencial del Tribunal sobre los derechos reconocidos en el CEDH, los tribunales internos disponen por tanto, en la mayoría de ese tipo de casos afectando a esos derechos, de una doctrina del Tribunal al respecto (aunque no cabe descartar supuestos «nuevos»).

Ahora bien, el sistema europeo de protección de derechos fundamentales supone una compleja interrelación entre el Tribunal de Estrasburgo y los tribunales nacionales. El efecto de «cosa interpretada» no implica necesariamente una aplicación mecánica de la doctrina del Tribunal. Por una parte, el Convenio representa un standard común, pero un standard común de mínimos, que puede ser complementado por protecciones adicionales a los derechos fundamentales en cada Estado miembro⁴. Pero además, y por otro lado, el Convenio se ha definido por el Tribunal como un «instrumento vivo» que debe reflejar las necesidades cambiantes de la sociedad europea⁵. Por ello, los tribunales nacionales se configuran como una primera línea en la defensa de esos derechos y en la percepción de las nuevas necesidades y desafíos que surgen en su protección, así como de las peculiaridades de cada contexto. Como consecuencia, la aplicación por los tribunales nacionales de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo puede legítimamente verse sujeta a diversas matizaciones. Y en este aspecto cabe distinguir distintos supuestos. Es posible que en algunos casos, los tribunales nacionales apliquen sin reservas la interpretación del Convenio llevada a cabo por el TEDH; es también posible que aun reconociendo el efecto de cosa interpretada, planteen la necesidad de una matización, o incluso una reconsideración de la doctrina del Tribunal, y así lo expongan en sus resoluciones. Cabe finalmente que las garantías de los derechos fundamentales contenidas

2 Art. 35.1 «Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva».

3 Art. 32.1 «La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus protocolos que le sean sometidos en las condiciones previstas por los artículos 33, 34, 46 y 47». Ver, sobre este tema, QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*. CEPC, Madrid, 2008, especialmente pps. 63-70.

4 Art. 53. «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte».

5 Así, se reconoce, por ejemplo, en *Tyrer c. Reino Unido* (1978) o *Marckx c. Bélgica* (1979).

en el ordenamiento interno sean superiores a las establecidas por el Convenio, según la jurisprudencia del Tribunal.

A este respecto, resulta sin duda útil, para analizar la interrelación entre tribunales nacionales y el Tribunal de Estrasburgo, el concepto de «diálogo entre tribunales». Ciertamente, se trata de una noción que se ha empleado con significados muy distintos, que van desde la mera cita por un tribunal de resoluciones de otro hasta la presencia de una efectiva interacción entre tribunales, es decir, de un proceso de influencias recíprocas en el sentido de que un tribunal reacciona conscientemente ante la apreciación que de su conducta haya realizado otro tribunal⁶.

Es en este sentido como presenta particular utilidad el término «diálogo», entendido como un proceso de influencias y relaciones recíprocas. Desde esta perspectiva y en lo que se refiere al diálogo entre el TEDH y los tribunales nacionales, éste versaría, no sólo sobre cómo esos tribunales aplican la jurisprudencia del TEDH, sino también sobre cómo el TEDH evalúa a su vez esa aplicación; y, yendo más allá, sobre cómo los diversos tribunales (tanto los nacionales como el de Estrasburgo) modifican sus posiciones previas, ante la reacción de sus interlocutores.

Vale la pena señalar que en este diálogo, no faltan ocasiones (aunque no muy frecuentes) en que el Tribunal de Estrasburgo ha modificado su jurisprudencia a la vista de las consideraciones críticas de los tribunales nacionales al respecto. Para ofrecer un ejemplo, un supuesto en que el Tribunal de Estrasburgo llevó a cabo un cambio de rumbo en profundidad a la vista de las consideraciones ofrecidas por tribunales nacionales fue el caso resuelto en la sentencia de la Gran Sala *Al Khawaja y Taberi contra Reino Unido*, de 2011. En este caso, una primera sentencia de una Sala del Tribunal, del año 2009, condenó al Reino Unido por la violación del artículo 6.3 del Convenio derivada de la imposición de una sentencia condenatoria basada en indicios circunstanciales (hearsay evidence) no confirmada por testigos a los que los acusados pudieran haber interrogado⁷. El Reino Unido pidió que se refiriese el caso a la Gran Sala, lo que fue aceptado por el panel de cinco jueces competente para ello.

En tanto proseguía el procedimiento ante el TEDH (por lo que la sentencia inicial no habría devenido aún firme) los tribunales del Reino Unido tuvieron oportunidad de comentar, en sus decisiones, la sentencia de la Sala. En el caso *La Corona contra Horncastle y otros*, del mismo año 2009, los tribunales británicos confirmaron una condena basada en declaraciones de testigos leídas en el acto del juicio, sin que hubiera habido examen contradictorio de esos testigos. Llegado el caso al Tribunal Supremo, éste, frente al criterio seguido por la Sala del TEDH, consideró que pruebas circunstanciales, como pruebas únicas o decisivas, podrían fundar una condena en determinados casos,

6 Ver sobre el tema, DE VERGOTTINI, G., «El diálogo entre Tribunales», *Teoría y Realidad Constitucional*, 20(2011) 337-352; GARCIA ROCA, J. «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo», *Teoría y Realidad Constitucional*, 30(2012), 183-224; BUSTOS GISBERT, R., «XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 95(2012), 13-63.

7 Ver sobre este tema AMOS, M., «The dialogue between United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, 61(2012), 557-584, y HAGUENAU-MOIZARD, C., «La Cour Suprême britannique et la Cour Européenne des Droits de l'Homme: une nouvelle voix dans le dialogue des juges», *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 91(2012), 491-505.

aun cuando no se produjera un examen contradictorio de testigos clave. En esos supuestos, y si se dieran determinadas condiciones, el Tribunal Supremo estimó que podría apartarse de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Pues bien, cuando la Gran Sala entró a conocer el caso *Al Khawaja y Taberi c. Reino Unido*, tuvo en cuenta las consideraciones del Tribunal Supremo británico, y vino a corregir el criterio previo de la Sala y a aceptar que una condena basada en pruebas circunstanciales, sin examen de testigos por el acusado, podría ser correcta desde la perspectiva del artículo 6.3 del Convenio, siempre que se dieran circunstancias que equilibraran la falta de examen directo de las pruebas de cargo. Resulta ilustrativa la lectura del voto concurrente del juez británico, Sir Nicholas Bratza, reconociendo la importancia de las opiniones de los tribunales nacionales para la reconsideración de la sentencia inicial de la Sala.

II. UNA ALTERACIÓN DEL RUMBO: EL CASO DE LAS INTERVENCIONES TELEFÓNICAS

En el caso español no contamos por el momento con una experiencia similar, en que la doctrina inicialmente establecida por el Tribunal de Estrasburgo se haya visto alterada teniendo en cuenta las consideraciones de los tribunales nacionales. Pero sí contamos con algún ejemplo de cómo un inicial pronunciamiento negativo del Tribunal de Estrasburgo sobre el ordenamiento español se ha visto corregido por la aplicación por los tribunales españoles de su jurisprudencia, en un ejemplo de «diálogo entre tribunales».

Como línea general, los tribunales españoles han interpretado los derechos fundamentales de la Constitución, a la luz de su artículo 10.2⁸, aplicando los mandatos del Convenio, incluyendo el referido a la fuerza de cosa interpretada de la jurisprudencia del TEDH. Ello se ha traducido en una labor interpretativa que en algún caso ha venido a suplir deficiencias de la regulación legislativa, y ha asegurado la protección de los derechos del Convenio, incluso pese a la inacción del legislador: en estos supuestos, los tribunales han puesto remedio a la inicial «falta de calidad» de la ley, apreciada por el Tribunal de Estrasburgo. Se ha producido así un diálogo entre tribunales que ha dado como resultado que el Derecho vivo se ajuste a los niveles exigidos por el TEDH.

Un destacado ejemplo de este tipo de diálogo pudiera ser la colaboración entre tribunales en lo referente a la protección de derecho a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones, particularmente frente a intervenciones telefónicas. Resultan a este respecto ilustrativas las consideraciones del Tribunal de Estrasburgo en una decisión de inadmisión, la emitida en el caso *Coban contra España*, del año 2006.

8 Sobre los efectos de este artículo, sigue siendo imprescindible el trabajo de SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

La cuestión básica inicial se había planteado en la sentencia en el caso *Valenzuela Contreras contra España* (1998)⁹. En este caso el Tribunal condenó a España por cuanto que la normativa referente a las intervenciones telefónicas (el artículo 18.3 de la Constitución, y los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la redacción aplicable en el momento de los hechos, el año 1985, anterior a la reforma de 1988 de la LECrim.) era evidentemente inadecuada, por genérica e incompleta, desde el punto de vista de la previsión de los supuestos de intervención de comunicaciones. El problema con el que se enfrentaba en este supuesto el Tribunal era, pues, el de la calidad de la ley, por cuanto que ésta no establecía con claridad los supuestos y condiciones para esa intervención. El Tribunal estimó la queja del recurrente que alegaba la vulneración de su derecho a la privacidad reconocido en el artículo 8 del Convenio, y dictó sentencia condenatoria del Estado español.

Posteriormente, el Tribunal volvió a condenar a España sobre las mismas bases, en el caso *Prado Bugallo contra España*, del año 2003. En esta ocasión, el Tribunal consideró que, si bien se había producido una reforma de la LECrim al respecto, en su artículo 579, esta reforma no era suficiente para regular adecuadamente las escuchas telefónicas, como, por otra parte, habría reconocido la propia jurisprudencia española. El Tribunal admitió que esta jurisprudencia había complementado ampliamente las disposiciones legales; pero ese complemento se había producido con posterioridad a los hechos del caso. De nuevo, la falta de calidad de la ley daba lugar a una condena a España.

Sin embargo la decisión *Coban* tres años después, supuso la adopción de una posición distinta del Tribunal respecto a España, y respecto de las quejas de los recurrentes en cuanto a la calidad de la ley, y ello pese a que la normativa legal no había mejorado sensiblemente (ya que, como se ha indicado, si bien el artículo 579 de la LECR. había sido modificado en 1988, lo había sido en forma incompleta, y seguía dando lugar a serias dudas en cuanto a su adecuación). El cambio de posición del Tribunal de Estrasburgo se debió a que tuvo en cuenta cómo su doctrina había sido aplicada por los tribunales españoles. El Tribunal consideró que, pese a las deficiencias de la LECrim, apreciadas en resoluciones anteriores, los tribunales españoles, tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, en aplicación de la jurisprudencia del TEDH, habían ido procediendo a completar los mandatos de esa norma, añadiendo condiciones para conceder la autorización judicial de las escuchas. Por ello, el Tribunal no acepta ya la queja de los recurrentes en cuanto a la falta de calidad de la ley en el momento de los hechos, en el año 1995, por cuanto esa falta de calidad ya había sido suplida por la interpretación de los tribunales españoles; el TEDH se refiere por ejemplo, al auto del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992, al auto del Tribunal Constitucional 344/1990, y a las sentencias del Tribunal Constitucional 85/1994 y 181/1995.¹⁰

9 Ver, sobre este caso, SÁNCHEZ ILLERA, I., «Valenzuela Contreras c. España (STEDH de 30 de julio de 1998): la diferente calidad de las normas que habilitan la intervención de las comunicaciones telefónicas» en ALCÁCER GUIRAO, R., BELADIEZ ROJO, M., y SANCHEZ TOMAS, J. M., (dirs.) *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Civitas, Cizur Menor, 2013, 443-470.

10 El Tribunal toma nota también, a efectos explicativos, de Sentencias posteriores, como la STC 184/2003.

III. LAS FORMAS DE DIÁLOGO ENTRE TRIBUNALES

Las formas en que los tribunales nacionales, en este proceso de diálogo entre tribunales, matizan o modulan críticamente la interpretación efectuada por el Tribunal de Estrasburgo pueden ser muy distintas. Puede que ese diálogo crítico sea explícito, en el sentido de que se produzca, por parte de los tribunales nacionales (en este caso los tribunales españoles) una referencia directa a la doctrina del Tribunal de Estrasburgo, quedando clara una diferencia de opinión entre tribunales, bien mediante críticas expresas a la doctrina del TEDH señalando sus consecuencias alegadamente negativas o bien mediante consideraciones que, aun no conteniendo una crítica expresa, permiten que ésta pueda deducirse fácilmente de los términos de la resolución nacional. Puede también estimarse que en algunos casos existe un diálogo implícito, en aquellos supuestos en que el Tribunal nacional no está obligado a seguir la línea doctrinal del Tribunal de Estrasburgo, y por ello propone una línea alternativa, que se ofrece como una mejora en el nivel de protección de los derechos del Convenio. Analizaremos estos aspectos por ese orden¹¹.

IV. CRÍTICA EXPRESA. VISTA PÚBLICA EN APELACIÓN O CASACIÓN

Una versión del diálogo entre tribunales es aquélla que se produce cuando, aceptando y aplicando al caso concreto la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se formulan reservas o críticas expresas respecto de su contenido. Tal sería el supuesto, en España, de la reacción frente a la doctrina del TEDH en relación con determinados supuestos de condena en segunda instancia por tribunales penales, cuando se ha producido una absolución en la primera instancia.

El origen de este peculiar diálogo puede encontrarse en la aplicación a casos españoles de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo respecto a determinados requisitos de la segunda instancia penal. El Tribunal ha considerado que el artículo 6.1

11 Un supuesto de diálogo, difícil de insertar en los tipos señalados, sería el diálogo «a tres bandas» ofrecido por la STC 150/2011. En el caso, el Tribunal Constitucional expresa que sigue la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentada a partir de la Sentencia *Moreno Gómez c. España*, de 2004, referente a la vulneración del art. 8 del Convenio (derecho a la vida privada familiar y domiciliaria) por la presencia de ruidos excesivos en el entorno. Ahora bien, el Tribunal Constitucional considera que el supuesto concreto a resolver presenta relevantes diferencias respecto del resuelto en *Moreno Gómez* (básicamente, por la falta de prueba o de principio de prueba sobre la entidad del ruido, FJ 7). En consecuencia, deniega el amparo. Y frente a esta denegación, el voto particular suscrito por los Magistrados Ortega Álvarez, Gay Montalvo y Pérez Vera mantiene que, pese a las afirmaciones de la Sentencia «*no se realiza de forma completa una interpretación compatible con el artículo 8 del Convenio al no respetarse el estándar mínimo de protección que aquél impone, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que exonera de una prueba individualizada en el interior de la vivienda cuando existe una comprobación realizada por las autoridades públicas del exceso de ruido en la zona urbana o calle donde se sitúa la vivienda de la víctima*» Los sujetos del diálogo, en este caso, y sobre la base de la aceptación de la doctrina del TEDH son pues éste último, el Tribunal Constitucional y la minoría disidente. Ver sobre este tema, JIMENA QUESADA, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 100-105.

del Convenio (derecho a un juicio con todas las garantías) exige que la decisión judicial condenatoria se pronuncie como resultado de un proceso público. El Tribunal ha precisado que ello no implica forzosamente que este requisito deba extenderse, en todo caso, a la segunda instancia penal; ello dependerá de la naturaleza de esa segunda instancia y de las cuestiones que en ella se traten. Ahora bien, el Tribunal ha afirmado repetidamente, a partir de su sentencia *Ekbatani contra Suecia*, de 1988, confirmada repetidamente en otras ocasiones (así, *Constantinescu contra Rumanía*, del año 2000) que, producida una absolución en primera instancia, si el tribunal de segunda instancia, entrando en cuestiones de hecho y de Derecho, debe pronunciarse sobre la culpabilidad del acusado, éste debe tener la oportunidad de comparecer ante el tribunal a efectos de exponer su posición.

Esta doctrina, recogida inicialmente por la bien conocida sentencia del Tribunal Constitucional 167/2002¹² ha sido desarrollada por el Tribunal de Estrasburgo en diversos recursos contra España. El Tribunal ha considerado que la comparecencia del acusado no será necesaria si la cuestión debatida en la segunda instancia es exclusivamente de Derecho, sin incidencia sobre los hechos declarados probados en la primera instancia; así, en el caso *Bazo c. España*, del año 2009, una vista pública con audiencia del acusado no fue estimada por el Tribunal como necesaria, al tratarse exclusivamente de cuestiones de Derecho, esto es, si una norma decisiva para el caso estaba en vigor o no. Ahora bien, la situación es distinta cuando el tribunal de segunda instancia debe pronunciarse tanto sobre cuestiones de Derecho como de hecho. En estos casos, el Tribunal de segunda instancia no puede pronunciarse sobre cuestiones de hecho, alterando los resultados obtenidos en la primera instancia y concluyendo en la culpabilidad de acusado, sin la existencia de una vista pública en la que éste sea oído (tal fue el caso en *Igual Coll contra España*, 2009¹³). Yendo más allá, el Tribunal también ha apuntado, en forma hasta el momento hipotética, que, aparte de la comparecencia del acusado, podría también ser necesario, para admitir la legitimidad de la alteración del resultado fáctico, que en la segunda instancia se practicaran las pruebas oportunas. Estarían pues también en juego, no sólo el principio de audiencia del acusado, sino también los principios de contradicción e inmediación.

La doctrina del Tribunal ha supuesto también un desarrollo de la apreciación de lo que se consideran «cuestiones de hecho» cuya alteración exige la audiencia del acusado. La intervención del acusado en el procedimiento en segunda instancia (y como parte del procedimiento, y no simplemente como el «derecho a la última palabra») se requiere tanto cuando la alteración de hechos efectuada en segunda instancia versa sobre circunstancias objetivas como cuando se refiere a las circunstancias volitivas o cognoscitivas del acusado, como pudiera ser, por ejemplo, la presencia de dolo eventual; en este segundo

12 Para un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo al respecto, ver CONDE PUMPIDO, C., «El derecho a la doble instancia penal presente y futura. Consecuencias prácticas de la nueva doctrina constitucional sobre la revisión fáctica en las sentencias de apelación penal» en M. COLMENERO MENÉNDEZ, M., *Constitución y garantías penales*, CGPJ, Madrid, 2004, 13-58, y GARCIA CALVO, R. «El recurso de apelación. La condena en segunda instancia y la inmediación. A propósito de la STC 167/2002», *idem*, 289-326

13 Ver ALCACER GUIRAO, R., «Igual Coll c. España (STEDH de 10 de marzo de 2008): Las garantías del proceso equitativo en la segunda instancia penal», en ALCACER, R., *et alii*, *Conflicto y diálogo...cit.*, 285-311.

supuesto, no cabe apreciar que la nueva inferencia del tribunal de segunda instancia a partir de las pruebas practicadas en la primera sea una mera operación «jurídica». Para que el tribunal de segunda instancia pueda alterar la constatación del tribunal de primera instancia respecto de las circunstancias subjetivas (volitivas o cognoscitivas) del acusado y llegar, mediante un procedimiento de inferencia propio, a una conclusión de culpabilidad del mismo, la intervención de éste ante el tribunal sentenciador en última instancia es también preceptiva (*Lacadena Calero contra España*, 2012).

Esta reafirmación de los principios de audiencia del acusado y de intermediación ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional, que ha interpretado (desde al menos el año 2002) en este sentido el derecho del artículo 24 de la Constitución a la tutela judicial, así como por el Tribunal Supremo. Ahora bien, esta aplicación ha dado lugar a un diálogo entre tribunales, en que se ponen de manifiesto los problemas que, en la apreciación del Tribunal Supremo, se derivan de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. En forma resumida, el Tribunal Supremo en varias resoluciones¹⁴ ha expuesto que la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Constitucional, sobre todo en supuestos de estimación de circunstancia subjetivas, impide que la segunda instancia, o en su caso la casación, corrija los graves errores en la apreciación de la prueba que hayan podido cometer los tribunales de instancia, incluso en supuestos de apreciación de prueba claramente contrarias a la razón y al sentido común; al tiempo que podría desvirtuar el mismo sentido de la segunda instancia y la casación, que no pueden convertirse en meras repeticiones de lo actuado en instancias anteriores.

Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2012¹⁵, se produce un diálogo de ese tipo, por cuanto que el Tribunal Supremo, aun aplicando la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Constitucional, efectúa una serie de observaciones críticas sobre sus consecuencias.

En primer lugar, respecto de su aplicación en la apelación. El Tribunal Supremo observa que, si bien en ésta algún tipo de prueba es admisible, ello se produce únicamente en condiciones restringidas, según los términos del artículo 790.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y esa restricción trae como consecuencia que no sea admisible, ni mucho menos exigible, en su regulación actual, la mera repetición de pruebas ya practicadas en la primera instancia para que sean sometidas a una nueva evaluación por el tribunal de segunda instancia. En otras palabras, este último tribunal se encuentra con dificultades insuperables para reevaluar las pruebas ya practicadas.

La aplicación de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo requeriría pues que, para que el tribunal de apelación pudiera alterar la resultancia fáctica establecida en primera instancia, sustituyendo un pronunciamiento absolutorio por otro condenatorio, se produjera una modificación de la regulación de la apelación, abriendo las posibilidades de práctica de prueba. Ahora bien, ello podría suponer, en opinión del Tribunal Supremo, una alteración de sustancial del sistema de recursos en el ámbito procesal, que presentaría más inconvenientes que ventajas. Si se estableciera la apelación como una repetición de la vista oral, con la intervención de todas las partes y la práctica de nuevo

14 Así SSTC de 25 de enero y de 19 de julio de 2012.

15 Ponente: D. Alberto Jorge Barreiro.

de las mismas pruebas, ello supondría en realidad un nuevo juicio con la consiguiente devaluación de la primera instancia.

En cuanto a su aplicación por el Tribunal Supremo, presenta algunas particularidades, debido a la misma naturaleza del órgano, percibida por el mismo Tribunal de Estrasburgo. Uno de ellos, inmediatamente evidente, es la regulación del procedimiento de la casación, que excluye la declaración del acusado, así como la práctica de pruebas, en la vista oral. Ello supone una diferencia respecto de la apelación. En la casación no hay oportunidad para que el Tribunal Supremo, lleve a cabo una apreciación inmediata de los elementos fácticos, objetivos y subjetivos, del caso, aparte de los muy reducidos supuestos de error en la apreciación de la prueba, rigurosamente interpretados por la jurisprudencia.

Como consecuencia, una absolución en la primera instancia no puede ser sustituida en casación por una condena basada en una reevaluación de los hechos declarados probados. Ello incluye desde luego, según la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, los elementos de tipo subjetivo. Por consiguiente, el Tribunal Supremo no puede inferir, de los hechos declarados probados, consecuencias distintas de las obtenidas en la primera instancia respecto de factores subjetivos (grado de conocimiento, intención dolosa) determinantes de la absolución o condena.

De acuerdo con las observaciones del Tribunal Supremo en la sentencia mencionada, una condena por el Tribunal Supremo en supuestos de previa absolución por la primera instancia, *«cuando la condena requiere entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos (...) exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza del recurso de casación»*.

El Tribunal Supremo refleja adecuadamente la situación; la capacidad de revisión de los hechos declarados probados en la primera instancia, con ocasión de la apelación o la casación, en sentido condenatorio, exigiría, si quiere seguirse la doctrina del Tribunal de Estrasburgo (que el Tribunal Supremo considera *«en cierto modo una injerencia desproporcionada en la regulación interna de los recursos de apelación y casación»*) una reforma del sistema de recursos, que presenta una considerable complejidad. Así y todo, el Tribunal Supremo no deja de hacer alguna sugerencia práctica: así, dar mayor relevancia a efectos de considerar cumplidos los requisitos de inmediación, en la apelación a *«los relevantes y significativos datos que proporcionan las grabaciones digitales de los juicios, que permiten la reproducción de la prueba en la segunda instancia mediante el visionado de la grabación»* haciendo referencia a la reforma (Ley 13/2009) del artículo 791.2 de la ley de Enjuiciamiento Criminal.

V. NIVELES DISTINTOS DE PROTECCIÓN: LAS PRUEBAS ILEGALES

Un segundo supuesto de matización, o de no aplicación mecánica por los tribunales nacionales de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sería aquel en que el nivel de protección de los derechos fundamentales establecido en la normativa nacional es superior al reconocido por el Convenio, de acuerdo con la interpretación de éste por parte del Tribunal de Estrasburgo. En este tipo de supuestos, el Convenio no puede significar, como se ha indicado, una reducción de ese nivel de protección nacional. Se

produciría así una discrepancia entre tribunales nacionales y el Tribunal de Estrasburgo, por cuanto éste garantizaría únicamente un standard mínimo de protección, que podría verse superado por el nivel de protección nacional.

En lo que se refiere a España, esa discrepancia puede encontrarse en lo que se refiere a las garantías procesales del acusado en el supuesto de aportación al proceso de pruebas ilícitas, tanto desde la perspectiva del Derecho nacional como del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En efecto, valga apuntar en forma inicial que en España la aportación al proceso de pruebas obtenidas en vulneración de derechos fundamentales queda prohibida por la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 11.1), recogiendo en esto la jurisprudencia anterior de los tribunales españoles.

Pues bien, la situación es muy distinta desde el punto de vista de las garantías que, según el Tribunal de Estrasburgo, derivan del artículo 6 del Convenio, en lo que se refiere a la aportación y admisión de pruebas obtenidas en vulneración de derechos fundamentales. En varias sentencias (*Schenck c. Suiza*, 1988; *Khan v. Reino Unido*, 2000; *PG y JH c. Reino Unido*, 2001) el Tribunal se ha enfrentado con la cuestión de si la admisión, como elementos determinantes de una sentencia condenatoria, de pruebas ilegítimamente obtenidas suponía una vulneración del derecho al debido proceso del artículo 6 del Convenio¹⁶. Y la respuesta del Tribunal no coincide con la propuesta por el ordenamiento español, y supone un nivel o standard más bajo en comparación de éste, al menos por el momento.

Una elocuente exposición de la posición del Tribunal al respecto es la contenida en la sentencia en el caso *Bykov contra Rusia* (2009). En el caso, se trataba de la alegación por el recurrente de dos tipos de violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio: por una parte, una violación sustantiva, la violación de su derecho a la intimidad personal (art. 8 CEDH), por habersele grabado sin su consentimiento, una entrevista con un colaborador de la policía: por otra, una vulneración procesal, la vulneración de su derecho a un proceso justo, por la admisión y utilización en el proceso del contenido de esa conversación como prueba en su contra.

El Tribunal, en *Bykov*, siguiendo jurisprudencia anterior, admite la presencia de una violación del derecho a la intimidad personal del artículo 8 del Convenio, como consecuencia de la grabación ilegítima; sin embargo, no considera que se haya producido una vulneración del derecho a un debido proceso por el hecho de que se haya empleado en éste una prueba ilegítimamente obtenida.

El Tribunal considera en efecto, que la cuestión de qué pruebas son o no son admisibles en un procedimiento debe ser resuelta por la legislación nacional. Lo que al Tribunal le interesa, en el caso, a efectos de determinar si se dan las condiciones de un proceso justo, según exige el artículo 6.1 del Convenio, es la equidad del procedimiento en su conjunto. Para ello, examina si el recurrente tuvo oportunidad de discutir en el procedimiento, en primer lugar, la admisibilidad o no de la prueba en cuestión, de acuerdo con la legislación interna; además, si pudo discutir o no la autenticidad de la conversación así obtenida. Estimando que tal fue el caso, el Tribunal considera que no se ha producido una violación de las garantías fundamentales del proceso. Debe tenerse

16 Sobre este tema, JEBENS, S.E., «Illegally obtained evidence in criminal cases. An Analysis on the basis of three Grand Chamber judgments», SPIELMANN, D. et alii (dirs.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, un instrument vivant; Mélanges en l'honneur de Christos. L. Rozakis*, Bruylant, Bruselas, 2011, 219-234.

en cuenta que en el supuesto concreto de *Bykov*, el Tribunal además aduce que hubo otras pruebas a considerar por el juez nacional. Pero en ningún momento el Tribunal ha establecido que sea contraria al Convenio una condena basada exclusivamente en pruebas obtenidas ilícitamente¹⁷.

Hay que decir que esta sentencia se vio acompañada de varios votos particulares, que se oponían a lo que consideraban la creación de compartimentos estancos en el Convenio. La apreciación de la vulneración del artículo 8 del Convenio en la obtención de determinados datos sería, según estos votos particulares, incompatible con la aceptación como prueba de esos datos en un proceso penal.

Es necesario en todo caso precisar que esta doctrina jurisprudencial presenta otros matices, en lo que se refiere a pruebas obtenidas en violación de determinados artículos del Convenio, que definen derechos de tipo absoluto o no limitables; tal sería el caso, por ejemplo, de los derechos del artículo 3 a no ser torturado o sometido a tratos inhumanos o degradantes. La admisión de este tipo de pruebas sí es considerada por el Tribunal como constitutiva de una violación del derecho a un proceso justo. La utilización de violencia o amenazas para obtener pruebas ha sido repetidamente considerada por el Tribunal como causante de la ilegitimidad del uso de esas pruebas en el proceso. En forma continuada, el Tribunal ha declarado que son siempre inadmisibles las pruebas obtenidas en forma coactiva. Tal fue el caso en la sentencia *Jallob contra Alemania* (2006), en que se había hecho vomitar al acusado varias bolsas de droga que transportaba en su estómago: posteriormente, fue condenado en virtud del resultado de ese tratamiento. El Tribunal se funda, para su condena a Alemania, en el carácter taxativamente prohibitivo del artículo 3 del Convenio, que no admite excepción alguna. En posteriores ocasiones el Tribunal se ha confrontado con supuestos de admisión y empleo de pruebas obtenidas mediante tortura, amenazas de tortura o mediante tratamientos inhumanos o degradantes (*Yusuf Ges contra Turquía*, 2009, *Gäffen contra Alemania*, 2010). Y en todos estos casos, el Tribunal ha concluido que este tipo de pruebas son inadmisibles; su empleo vulnera no sólo el mandato sustantivo de prohibición de tortura o de tratos inhumanos o degradantes del artículo 3 del Convenio, sino también el derecho a un juicio justo del artículo 6. Estas conclusiones derivan de que este tipo de presiones implican una grave violación de la integridad física y moral de la persona afectada, pero además vulneran sus derechos, inherentes a un proceso justo, a guardar silencio y a no verse forzada a incriminarse a sí misma debido al uso de métodos que fuercen su voluntad.

Aparte de estos supuestos, la posición menos restrictiva del Tribunal Europeo en materia de utilización en el juicio de pruebas ilícitas difiere de la adoptada por la legislación y jurisprudencia españolas, lo cual no ha dejado de estar sometido a críticas¹⁸.

17 Sobre el caso *Bykov*, ver LAURENT KENNES, «Le procès équitable sous l'angle du droit au silence et de l'admissibilité de la preuve irrégulière au cours du procès pénal » en *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 82(2010), 383-398. KONSTANTINOS PANAGOULIAS, «Un piège tendu: la conventionalité équivoque des ruses policières. À propos de l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 10 mars 2009, *Bykov c. Russie*» en *Annuaire International des Droits de l'homme*, IV(2009), 647-670. Debo agradecer a Ignacio SÁNCHEZ ILLERA que me haya permitido consultar su artículo (en prensa en el momento de escribirse estas líneas) «La aparente irrelevancia de la prueba ilícita en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» de próxima publicación en la revista *Teoría y Derecho*.

18 Por ejemplo en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *cit.*, 128; en su opinión, «el TEDH no es nada convincente en esta materia».

Pero hay que recordar que los Estados firmantes pueden adoptar medidas protectoras de los derechos fundamentales que vayan más allá de la protección acordada por el Convenio, que debe considerarse como un standard básico, de acuerdo con su artículo 53.

La posición del ordenamiento español se encuentra inicialmente reflejada en las consideraciones de la sentencia del Tribunal Constitucional 114/84, y se ha visto desarrollada por la legislación y jurisprudencia posterior.

En términos de la sentencia citada *«constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las «garantías» propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto de «medios de prueba pertinentes» que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse «pertinente» un instrumento probatorio así obtenido».*

La admisión y valoración de este tipo de pruebas vicia irremisiblemente el procedimiento, y vulnera la garantía de un proceso justo. Y ello no se ve sanado, en este aspecto, por la posible presencia de otras pruebas de origen legítimo. En términos de la misma sentencia, *«la lesión hipotética que aquí se considera no se puede descartar —en este planteamiento preliminar— por el hecho, que subrayan la Sentencia del Tribunal Supremo y el Ministerio Fiscal, de que la prueba tachada de ilegítima no hubiera sido la única llevada al juicio, ni el solo instrumento, por lo tanto, a partir del cual formó su convicción y posterior decisión el juzgador. No se trata ya sólo de que, en el presente recurso, estemos, más que ante dos pruebas distintas, ante lo que en rigor cabe llamar un «curso instrumental» (prueba documental y, sobre ella, pruebas testificales) en el que resulta discutible la independencia de cada instrumento respectivo. Se trata, sobre todo, de que la valoración de estos instrumentos se producirá siempre por el Juez de modo sintético, una vez admitidos, con la consecuencia de que la garantía aquí considerada seguiría estando lesionada desde el momento en el que pasase a formar parte de este elenco de medios probatorios el que aparece viciado de inconstitucionalidad en su formación misma.»*

Esta posición, que se vio confirmada por la posterior Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 11, supone varias consideraciones. En primer lugar, la no admisibilidad de las pruebas obtenidas directamente a partir de la vulneración de derechos fundamentales: en segundo lugar, la inaceptabilidad de las pruebas derivadas de ellas (fruto del árbol prohibido). Finalmente, el resultado de tal admisión será la vulneración del derecho a un juicio justo del artículo 24 de la Constitución.

Aún cuando esa doctrina se ha visto posteriormente matizada, a partir de la posterior Sentencia 81/1998, distinguiendo entre el derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a la presunción de inocencia¹⁹, en todo caso, y aún teniendo en

19 En los términos de esta sentencia (FJ 3), *«a partir de estas premisas, ha de afirmarse que, al valorar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales u otras que sean consecuencia de dicha vulneración, puede resultar lesionado, no sólo el derecho a un proceso con todas las garantías, sino también la presunción de inocencia. Ello sucederá si la condena se ha fundado exclusivamente en tales pruebas; pero, si existen otras de cargo válidas e independientes, podrá suceder que, habiéndose vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, la presunción de inocencia no resulte, finalmente, infringida. Por lo tanto, en casos como el presente, en los que lo que se discute es la dependencia o independencia de ciertas pruebas respecto a la previa vulneración de un derecho fundamental sustantivo -el secreto de las comunicaciones*

cuenta las matizaciones y modulaciones de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Constitucional sobre el tema, no puede obviarse la diferencia de enfoque existente, que supone un más alto nivel de protección en el caso español.

VI. RESPUESTA *IN PEIUS* DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES: RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR PRISIÓN PROVISIONAL INDEBIDA

Un supuesto de lo que podríamos denominar crítica implícita a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo al revisar sentencias de tribunales españoles, destacando sus efectos perversos, podría ser el referente a la interpretación y aplicación del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁰. De acuerdo con este artículo, existirá responsabilidad del Estado y tendrá derecho a indemnización quien hubiera sufrido prisión provisional, siendo el caso resuelto posteriormente por sentencia absolutoria o por sobreseimiento por inexistencia del hecho imputado. Dado el carácter claramente restrictivo del artículo, que admitía la indemnización únicamente en supuestos de inexistencia del hecho, el Tribunal Supremo desarrolló una doctrina de carácter extensivo²¹: vino a considerar que, junto a la inexistencia objetiva del hecho imputado, cabía tener en cuenta también la inexistencia subjetiva, es decir el supuesto de aquellas personas que hubieran sido absueltas por haber quedado suficientemente probado que no participaron en los hechos del caso. En opinión del Tribunal Supremo, «*prueba de la inexistencia del hecho y prueba de la falta de participación en el hecho son pues dos supuestos equiparables y subsumibles, ambos, en la regulación del artículo 294*»²².

Esta posición presentaba la ventaja de que remediaba situaciones de evidente injusticia. Pero dejaba fuera de la protección del artículo 294 LOPJ aquellos casos en que, tras un período de prisión provisional, se hubiera procedido a la absolución del acusado

telefónicas del art. 18.3 C.E.- nuestro análisis ha de discurrir a través de dos pasos que, por más que en la realidad puedan hallarse -como aquí sucede- íntimamente unidos, son lógicamente separables: en primer lugar, habremos de precisar si la valoración de tales pruebas ha vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías para, en segundo lugar y en consecuencia, decidir si la presunción de inocencia ha sido o no quebrantada». El Tribunal estima por tanto que en el supuesto de ruptura de la conexión de antijuridicidad entre la vulneración de derechos fundamentales y las pruebas practicadas en el juicio, o en el supuesto de existencia de otra pruebas de cargo no se dará una vulneración de la presunción de inocencia, aun cuando haya podido producirse inicialmente una vulneración del derecho a un proceso justo, que en el caso fue remediada por el Tribunal Supremo. Para un análisis de esta cuestión, a partir de esta sentencia, VIEIRA MORANTE, F. J., «Tratamiento de la prueba ilícita» en COLMENERO, M., *Constitución y garantías penales*, cit., 241-287.

20 Sobre el tema, COBREROS MENDAZONA, E., «Los paradójicos efectos de la presunción de inocencia sobre el sistema indemnizatorio por prisión provisional indebida (las Sentencias *Puig Panella* y *Tendam* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» en *Administración y Justicia. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Cizur Menor, 2012, vol. II, 2775-2806; MARTÍN REBOLLO, L., «Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación paradójica (a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de julio de 2010. Caso *Tendam*», *ídem*, 2943-2966. Para un comentario, SARDINA CÁMARA, P., «Nueva doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de febrero de 2011» en *La Ley*, 2 de junio 2011, 12-13.

21 A partir de la STS de 27 de enero de 1989: v. COBREROS MENDAZONA, cit., 2781.

22 *Cfr.* COBREROS MENDAZONA, cit., 2784.

por falta de pruebas en la participación en los hechos del caso, y no (como en el supuesto de «inexistencia subjetiva») por haberse probado que no había participado en ellos. En resumen, la jurisprudencia del Tribunal Supremo consideraba que la indemnización procedía no sólo cuando los hechos imputados no habían existido en la realidad (inexistencia objetiva) sino también cuando, aun existiendo el hecho, el acusado probara que no había participado en él (inexistencia subjetiva). No procedía sin embargo la indemnización cuando la absolución se producía por falta de pruebas.

Esta interpretación, favorable a algunos acusados tropezó con la apreciación del Tribunal de Estrasburgo en dos casos. El primero fue la sentencia *Puig Panella contra España*, de 2006²³. En este supuesto, el recurrente, condenado por un tribunal militar, había estado un total de dos mil seiscientos sesenta y tres días en prisión. Pero llevó su caso ante el Tribunal Constitucional, quien apreció una violación de derecho a la presunción de inocencia del artículo 24 de la Constitución y anuló la sentencia condenatoria. El recurrente solicitó una indemnización por error judicial (sin precisar en concreto el artículo de la LOPJ en que se fundaba), que fue rechazada por el Ministerio de Justicia, basándose en la doctrina del Tribunal Supremo²⁴. En el caso, el recurrente no podía alegar inexistencia objetiva de los hechos. Y tampoco podía alegar lo que el Tribunal Supremo consideraba inexistencia subjetiva, porque la decisión del Tribunal Constitucional no derivaba de que se hubiera constatado su no participación en los hechos, sino del principio de presunción de inocencia, en el sentido que no se hubiera probado que hubiera participado en ellos.

La decisión del Ministerio fue impugnada ante la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, que mantuvieron la postura del Ministerio. El recurrente acudió al Tribunal Constitucional, que desestimó el amparo, por no haber inexistencia subjetiva de los hechos cuando se absuelve únicamente por falta de pruebas.

El recurrente llevó su queja al Tribunal de Estrasburgo, que consideró que se había producido una vulneración del principio de presunción de inocencia, por cuanto, a pesar de haber sido absuelto el recurrente, de las decisiones de las autoridades españolas resultaba que se mantenía la sospecha sobre su culpabilidad. El Tribunal no aceptó la conclusión de las autoridades españolas en el sentido de que no era lo mismo ser absuelto por falta de pruebas que ser absuelto por haber demostrado la inocencia en el caso.

Esta línea fue confirmada, más claramente, por la sentencia *Tendam contra España*, del año 2010. En este caso, frente al resuelto en *Puig Panella* (un supuesto de estancia en prisión debido a una condena), la demanda del recurrente se basaba en que se le había mantenido en prisión provisional ciento treinta y dos días. El Ministerio fiscal retiró su acusación, y fue absuelto por falta de pruebas.

El recurrente pidió se le indemnizase; el Ministerio de Justicia denegó su petición, y posteriormente los tribunales ordinarios y Constitucional mantuvieron la posición

23 Sobre este caso, ver ARROYO JIMÉNEZ, L., «*Puig Panella c. España* (STEDH de 25 de abril de 2006): la presunción de inocencia y la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional» en ALCACER R. *et alii*, (dirs.), *Conflicto y dialogo...cit.*, 313-349.

24 En términos del Ministerio de Justicia, no procedía indemnización «ya que las decisiones fueron anuladas a falta de pruebas suficientes para condenar al interesado, y por vulnerar el principio de presunción de inocencia: en este caso no se probó que (el demandante) no participara en los delitos que le fueron imputados». Cf. COBREROS MEN-DAZONA, *cit.* p. 2785.

del Ministerio, sobre la base de la diferencia entre la inexistencia subjetiva cuando se absolvía por demostrarse positivamente la no participación del acusado, y la absolución «sólo» en virtud del principio de presunción de inocencia por falta de pruebas.

Respondiendo al recurso ante él planteado, el Tribunal de Estrasburgo mantuvo la posición iniciada en el caso *Puig Panella*, esta vez con mayor claridad, pues se trataba de un supuesto plenamente incardinado en el artículo 294 del la LOPJ, esto es, de prisión provisional. El Tribunal consideró que, una vez producida una absolución, era contrario al principio de presunción de inocencia mantener una duda sobre la culpabilidad del absuelto. Por ello, la diferencia entre ser absuelto por falta de pruebas, y ser absuelto por inexistencia (subjetiva) de los hechos era contraria al principio de presunción de inocencia.

Ahora bien, es de notar la reacción de los tribunales españoles frente a esta sentencia. El Tribunal Supremo atendió a la crítica del Tribunal de Estrasburgo en cuanto a la aplicación del principio de inexistencia subjetiva; pero lo hizo reduciendo, no aumentando, el ámbito de la protección mediante indemnización como compensación por la libertad provisional. En efecto, en su sentencia de 23 de noviembre de 2010 el Tribunal Supremo llevó a cabo una modificación de su doctrina. En el caso, el recurrente en casación, al que se le había denegado una indemnización por su estancia en prisión provisional tras haber sido absuelto, fundaba su pretensión en que en el juicio penal se había demostrado fehacientemente que no había participado en los hechos del caso; por ello, se encontraba en una posición de inexistencia subjetiva, de acuerdo con la posición mantenida hasta el momento por la jurisprudencia²⁵.

El Tribunal Supremo, no obstante, aún reconociendo que su jurisprudencia anterior protegía la inexistencia subjetiva, como merecedora de indemnización, manifiesta que el Tribunal de Estrasburgo ha considerado contraria al Convenio la diferencia entre la inexistencia subjetiva y la absolución por falta de pruebas. Ello deja abiertas dos posibles soluciones: bien extender la indemnización a todo supuesto de absolución, o bien efectuar una interpretación estrictamente literal del artículo 294 LOPJ. Ahora bien, manifiesta el Tribunal Supremo que la literalidad del artículo 294 LOPJ impide extender la indemnización a todo supuesto de absolución. Por ello, la única forma de terminar con la diferenciación entre absolución por inexistencia subjetiva de hechos y la absolución por falta de pruebas era forzosamente, privar de indemnización a todos los que se hallasen tanto en uno como en otro caso. Es decir, que la indemnización solo procedería cuando los hechos objetivamente no hubieran existido. Si tal existencia se producía, desaparecería toda posibilidad de indemnización en virtud del artículo 294 por la prisión provisional sufrida, aun cuando se hubiera demostrado efectivamente la no participación en los hechos. En lenguaje coloquial podría decirse por tanto que el Tribunal Supremo procede a igualar «por abajo». En palabras del Tribunal Supremo «*no se le ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del artículo 294 LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos*».

25 Debe señalarse que el Tribunal de instancia (la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional) consideró que no concurría el supuesto de inexistencia subjetiva, sino que se había producido una absolución por insuficiencia de pruebas. En todo caso, ello no afecta al posterior razonamiento del Tribunal Supremo.

VII. ¿INICIO DE UN DIÁLOGO? LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

Podría quizás apreciarse que se ha iniciado un diálogo entre tribunales, en lo que se refiere a los efectos de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en el plano individual. Hay que tener en cuenta que no corresponde al Tribunal de Estrasburgo el control de la ejecución de sus Sentencias; por ello, cuando los afectados por un alegado incumplimiento de las mismas han acudido al Tribunal, éste ha inadmitido sus demandas por falta de competencia²⁶, al ser ésta, como se dijo, de carácter declarativo, por cuanto la supervisión de la ejecución de las sentencias es tarea del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Ciertamente, el Convenio no establece la forma en que los Estados deberán ejecutar las sentencias del Tribunal; los medios para ello serán los que fije el ordenamiento interno de cada Estado. Aún así, en numerosos casos el Tribunal ha señalado que el remedio más adecuado para una vulneración de derechos podría ser la reapertura del procedimiento judicial²⁷. Ahora bien, el ordenamiento español no prevé específicamente ninguna vía para la reapertura de procedimientos judiciales a consecuencia de una sentencia condenatoria del Tribunal de Estrasburgo²⁸.

En otros países firmantes del Convenio se han previsto procedimientos para que, una vez declarada la vulneración de un derecho por el Tribunal de Estrasburgo, puedan reabrirse los procesos en que se hubiera producido esa vulneración y hubiera recaído sentencia. Esas vías son muy diversas y tienen una amplitud muy distinta. Pero algún tipo de reapertura de procedimientos judiciales es posible.

En España, esa reparación judicial se ha probado hasta el momento prácticamente imposible, o al menos, muy difícil. Ciertamente, en varios casos en que el Tribunal de Estrasburgo declaró la vulneración de un derecho del Convenio, los afectados, directa o indirectamente, por la sentencia, se han dirigido a los tribunales, solicitando la reapertura del procedimiento en que se produjo la vulneración. Una vía seguida ha sido la del recurso de amparo, solicitando que el Tribunal Constitucional acuerde tal reapertura. Pero esta vía no ha resultado adecuada, en forma general, en el ordenamiento español, para reabrir procedimientos judiciales a consecuencia de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. Sólo en un caso, ciertamente excepcional, ha estimado el Tribunal Constitucional, en su sentencia 245/1991, que debía procederse a esa reapertura; como consecuencia de la sentencia del TEDH en el caso *Barberá, Messegué y Jabardo* (1988) (también conocido como caso *Bultó*). Los recurrentes, condenados por la Audiencia Nacional, y cumpliendo pena de prisión, habían acudido al Tribunal de Estrasburgo, que

²⁶ Por ejemplo, por decisiones de 9 de noviembre de 2009 (caso *Perote Pellón*) o 10 de mayo de 2005 (caso *Riera Blume*).

²⁷ 72. Así, en *Salduz c. Turquía* (2008) par. 72: «El Tribunal reitera que la forma más apropiada de remediar una violación del artículo 6.1 sería asegurar que el recurrente se viera restituido, en lo posible, a la posición en que se encontraría si no hubiera transgredido tal disposición () El Tribunal considera que este principio es aplicable también en este caso. En consecuencia, estima que el remedio más apropiado sería la nueva celebración del juicio del recurrente, esta vez de acuerdo con los requisitos del artículo 6.1 del Convenio, si el recurrente así lo solicitase».

²⁸ Para un análisis de este tema, RIPOL CARULLA, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007, 115-142.

consideró que en el procedimiento ante la Audiencia se habían vulnerado varios derechos fundamentales de los recurrentes. Una vez conocida la sentencia de Estrasburgo, los recurrentes acudieron a los tribunales españoles, y, en último término, al Tribunal Constitucional, por la vía del recurso de amparo. En este caso, el Tribunal Constitucional consideró que, al estar condenados los recurrentes a una pena de cárcel, cuyo cumplimiento estaba pendiente, el reconocimiento de una vulneración de sus derechos fundamentales por el Tribunal de Estrasburgo tenía un efecto actual, presente y efectivo en el momento de plantear el amparo, sobre el derecho fundamental a la libertad; por ello, admitió el recurso de amparo, y dictó sentencia estimatoria, ordenando la reapertura del procedimiento ante la Audiencia Nacional.

Ahora bien, esta decisión del Tribunal Constitucional se producía en un supuesto en que se había reconocido la existencia de una vulneración actual de un derecho fundamental, que justificaba la concesión del amparo para su reparación. Pero en casos posteriores el Tribunal hubo de enfrentarse con supuestos en que la vulneración en cuestión había agotado sus efectos mucho tiempo antes, habiendo recaído en procedimientos finalizados por sentencias firmes, frente a las que de acuerdo con los requisitos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, ya no cabía recurso de amparo. Tal fue la respuesta que el Tribunal dio a los recurrentes en los casos *Ruiz Mateos*²⁹ y *Castillo Algar*³⁰ cuando acudieron al Tribunal Constitucional para obtener una reapertura de los procedimientos judiciales en los que se había producido una vulneración de sus derechos de acuerdo con el Tribunal de Estrasburgo.

Otra vía que no ha resultado aplicable ha sido la de la revisión de sentencias firmes. Tal fue la vía seguida por los recurrentes en los casos *Castillo Algar*, *Riera Blume* o *Fuentes Bobo*, solicitando al Tribunal Supremo que revisara la sentencia condenatoria dictada por los tribunales españoles, a la vista de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo. Pero en todos estos casos, el Tribunal Supremo consideró que la vía de la revisión de sentencias firmes en las diversas jurisdicciones es una vía excepcional restringida a unos pocos supuestos tasados, ninguno de los cuales es aplicable a los casos de una sentencia condenatoria del Estado español por el TEDH³¹.

El resultado de esta situación es, por tanto, que el recurrente español que obtiene una sentencia favorable del Tribunal de Estrasburgo reconociendo que se le ha violado alguno de los derechos del Convenio, puede obtener una reparación parcial de ese derecho, bien por medio de la compensación económica que le conceda el Tribunal, bien por medio de aquellas actuaciones del Gobierno que contribuyan a suprimir las consecuencias de tal violación. Pero, debido a la regulación procesal española y su interpretación jurisdiccional, lo que no se ha podido obtener, hasta el momento, aunque en ocasiones ello pueda ser parte importante de la reparación del daño sufrido, es la reapertura del procedimiento judicial en que se produjo (o que confirmó) la violación, para

29 Providencia de 31 de enero de 1994.

30 Providencia de 11 de marzo de 1999. Ver también, sobre este caso, el ATC de 24 de abril de 2001.

31 STS de 27 de enero de 2000 en el caso *Castillo Algar*; ATS de 27 de julio de 2000 en el caso *Riera Blume*; STS de 20 de noviembre de 2001 en el caso *Fuentes Bobo*. Esta última sentencia fue considerada por el Tribunal Constitucional como acorde con los mandatos del artículo 24 de la Constitución, en STC 197/2006, de 3 de julio.

que se dicte una nueva sentencia habida cuenta de la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Como consecuencia, si bien una sentencia del Tribunal puede tener efectos generales muy favorables, *pro futuro*, al modificar la jurisprudencia de los Tribunales, tiene menores efectos en el caso concreto, al seguir siendo irreversibles las situaciones derivadas de sentencias firmes.

Debe señalarse que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, hasta el momento, no ha considerado que esta situación haya sido obstáculo, en cada caso concreto, para estimar ejecutadas las sentencias del Tribunal referidas a España. Pero no ha dejado de señalar la conveniencia de introducir reformas al respecto que posibiliten la reapertura de los procedimientos judiciales³². Y en el mismo sentido se ha pronunciado la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa³³.

Dos posibles soluciones se ofrecen a este problema: la actuación jurisdiccional y la actuación legislativa. En cuanto a la primera, se han apuntado dos vías por parte del Tribunal Supremo; una referente a la revisión y otra al incidente de nulidad de actuaciones. Con respecto a la revisión, el Tribunal Supremo, en una sentencia de 24 de abril de 2004 en el caso *Prado Bugallo*, en línea con lo sugerido en algún voto particular en la Sentencia *Bultó* del Tribunal Constitucional, apunta la posibilidad de la vía de la revisión de sentencias firmes sobre la base de los pronunciamientos del TEDH. En la sentencia en el caso *Prado Bugallo contra España* (2003), el Tribunal de Estrasburgo había establecido que se había vulnerado al recurrente, condenado por un delito de narcotráfico, el derecho al secreto de las comunicaciones, debido a la falta de autorización judicial válida y suficiente de intervención telefónica. El recurrente acudió al Tribunal Supremo, en demanda de revisión de su sentencia. El Supremo rechazó su petición, pero con una motivación que presenta notable interés. El Tribunal consideró que, aparte de las conversaciones telefónicas interceptadas, había otras pruebas concluyentes en que se basaba su condena, por lo que no procedía la revisión del caso. Pero reconoció que las Sentencias condenatorias de España del Tribunal de Derechos Humanos podrían, eventualmente, considerarse como hechos nuevos, dentro de las previsiones del artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que podrían justificar la aplicación de ese artículo, y por tanto dar lugar eventualmente, a la revisión de sentencias ya firmes. Si bien en el caso ello no era relevante, por la existencia de otras causas que impedían la revisión, esta nueva interpretación apuntada por parte del Tribunal Supremo podría abrir eventualmente una posibilidad de ejecución *in toto* de las Sentencias del Tribunal de Estrasburgo³⁴.

Como un paso inicial también en esta dirección, esta vez por parte del Tribunal Constitucional, podría estimarse la Sentencia 240/2005, que se refería a la revisión solicitada por los recurrentes con base en los pronunciamientos del TEDH en la sentencia en el caso *Riera Blume* (1999). El Tribunal, si bien deniega el amparo a los recurrentes

32 Recomendación No. R (2000) 2 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre el reexamen o reapertura de determinados casos a nivel interno, como consecuencia de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

33 Por ejemplo, poco después de entrar en vigor el Protocolo 11, en su Resolución 1226(2000): «los gobiernos deben remediar la situación particular del recurrente, y, cuando fuera necesario, asegurar que su legislación hace posible la revisión de su juicio, como consecuencia de una sentencia del Tribunal».

34 Ver la decisión de inadmisión del TEDH en *Prado Bugallo c. España*

(que pedían se reconociera su derecho al acceso al recurso de revisión) viene, en sus fundamentos jurídicos, a reconocer que una sentencia del TEDH debe considerarse un hecho nuevo, en los términos del art. 954.4 LECr. que justificaría la pretensión de revisión en determinados procedimientos: *«Desde esta perspectiva, una interpretación del art. 954.4 LECr. que excluya la subsunción de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este tipo en el concepto de «hecho nuevo» se opone al principio de interpretación pro actione tal como lo hemos definido anteriormente (...) Para evitar este resultado contrario a la Constitución debe entenderse que con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la expresión «hechos nuevos... que evidencien la inocencia del condenado» del art. 954.4 LECrim, debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a aquellos en los que tiene origen dicha declaración» (FJ.6)*³⁵.

Procede aquí recordar que, hasta el momento, en el plano del Derecho comparado, el paso más radical en este sentido ha sido posiblemente el que ha dado la Corte Costituzionale italiana en su Sentencia 113/2011 (caso *Dorigo*). En esa sentencia, y refiriéndose a las vías de ejecución interna de las sentencias del TEDH³⁶, la Corte italiana viene a declarar contraria a la Constitución la no previsión de un supuesto específico de revisión al respecto: *«En el caso, el artículo 630 del Código de Procedimiento Penal debe ser declarado constitucionalmente ilegítimo en cuanto (y en la parte en que) no contempla un caso distinto de revisión, respecto de los regulados actualmente, que prevea específicamente (...) la reapertura del proceso (...) cuando la reapertura resulte necesaria en el sentido del artículo 46, apartado 1, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, para cumplir una sentencia definitiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (a la que se equipara, por lo ya dicho, la decisión adoptada por el Comité de Ministros según el anterior texto del art. 32 del Convenio)».*

Volviendo a nuestro país, una segunda vía distinta de la revisión, para la ejecución en España de las sentencias de Estrasburgo, ha sido la expresada, con mayor precisión por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013³⁷. En el caso, y para la ejecución en España de la sentencia del TEDH en el caso *Llavador Carretero* (2009), el recurrente pidió al Tribunal Supremo la retroacción de las actuaciones y la emisión de una nueva Sentencia, teniendo en cuenta el pronunciamiento del Tribunal de Estrasburgo. El Tribunal Supremo consideró que el recurrente lo que estaba planteando era la nulidad de las actuaciones; y vino a considerar que, tras la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 24 de mayo de 2007, afectando su artículo 241, referente al incidente de nulidad de actuaciones *«esta nueva caracterización legal del incidente, dada la amplitud de la referencia que contiene a la vulneración de derechos fundamentales, abre la puerta a la posibilidad de incluir en su seno, como causa de nulidad invocable a través del mismo, las infracciones de tales derechos que se constatan y declaran por obra de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos»*; y concluye que en consecuencia, se pueden *«entender así*

35 Pero ver la STC 197/2006 citada en nota 30. Ha de señalarse que los recurrentes en la STC 240/2005 no habían sido parte en *Riera Blume*. Ver la crítica de GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., en su comentario a la STC en cuestión, *Foro Constitucional Iberoamericano*, 12(2005/2006), 746-747.

36 Aunque el caso en concreto no se refería a una Sentencia del TEDH, sino a una resolución del Comité de Ministros.

37 Ponente: D. Mariano de Oro Pulido y López.

superados los obstáculos que hasta ahora existían para canalizar procesalmente reclamaciones de esta naturaleza».

La sentencia confirma expresamente que «en el Derecho español vigente el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ es, al día de hoy, el único cauce procesal útil para articular las reclamaciones de retroacción de actuaciones procesales basadas en sentencias estimatorias del TEDH.» Si bien es cierto que en el caso concreto no accede a esa nulidad —por transcurso de los plazos legalmente señalados— la posición mantenida en esta resolución parece abrir, en forma más amplia que en otras anteriores un procedimiento para una efectiva eficacia de las sentencias del TEDGH en el ámbito judicial.

Siendo así, cabrá felicitar por este desarrollo, que ciertamente supone un reforzamiento del sistema de protección de los derechos humanos. Así y todo, es posible preguntarse si la vía legislativa, es decir, la aprobación de una normativa *ad hoc* no resultaría más acorde con el principio de seguridad jurídica, y con el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado español. Posiblemente sería conveniente, desde tales puntos de vista, que la eficacia de las sentencias del TEDH en nuestro país derivara, no de la vía, siempre incierta, de la evolución de la jurisprudencia de los Tribunales, sino más simplemente, de una reforma legal, similar a la introducida en la mayoría de los países signatarios del Convenio; una reforma jurídica que hiciera posible la reapertura de aquellos procesos en los que se hubiera producido una vulneración de carácter potencialmente decisivo de derechos fundamentales³⁸.

TITLE: *Dialogue between European Court of Human Rights and Spanish courts.*

ABSTRACT: *The concept of «dialogue between courts» has been used with different meanings. In this article, and based on the case law of both the European Court of Human Rights and Spanish courts, «dialogue between courts» is understood as the reciprocal interrelations between courts of different legal orders, with practical consequences for their judgments, in view of the case law of the other courts. These consequences may range from offering criticisms or alternative solutions, to amending, or even overruling their previous case law.*

RESUMEN: *El concepto de «diálogo entre Tribunales» se ha empleado con muy diversos sentidos. En el presente trabajo, tomando en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de los Tribunales españoles, el concepto se entiende como la interrelación recíproca entre Tribunales de distintos ordenamientos, con consecuencias prácticas reflejadas en las resoluciones de esos Tribunales, a la vista de la jurisprudencia de otros. Estas consecuencias pueden ir desde la exposición de críticas o soluciones alternativas, a la modificación, o incluso revisión, de la propia jurisprudencia anterior.*

KEY WORDS: *Dialogue between courts. European Court of Human Rights. Spanish courts.*

PALABRAS CLAVE: *Diálogo entre tribunales. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tribunales españoles.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 30.06.2013. FECHA DE ACEPTACIÓN: 30.07.2013.

38 En lo que se refiere a casos penales, las últimas propuestas de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducen un nuevo supuesto de revisión, derivado de las sentencias de TEDH. Tal fue el caso del Anteproyecto aprobado en julio de 2011 por el Consejo de Ministros (y cuya tramitación parlamentaria se detuvo por la apertura del proceso electoral) y, más recientemente, de la propuesta de Texto Articulado del Código Procesal Penal hecha pública por el Ministerio de Justicia el 25 de febrero de 2013, cuyo artículo 623 e) admite la procedencia de la revisión «*Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiese declarado la violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y Libertades Fundamentales, siempre que dicha violación haya sido relevante o determinante de la condena.*»