

LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: SU EJECUCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO Y ESPAÑOL

Carlos RUIZ MIGUEL¹

SUMARIO: I. *Las previsiones del sistema europeo de derechos humanos para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)*. II. *La ejecución de las sentencias del TEDH en el derecho comparado*. III. *La ejecución de las sentencias del TEDH ante el derecho constitucional español*. IV. *Conclusiones*.

I. LAS PREVISIONES DEL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)

1. El CEDH ha tratado esta cuestión de forma muy sucinta. En principio, con carácter general, el artículo 53 CEDH establece que “las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte”.² Ahora bien, esta cláusula alude más a la obligatoriedad (artículo 46.1 CEDH) de la sentencia del TEDH que a su ejecutividad. Ese “conformarse”, sin embargo no especifica el alcance concreto que deba darse a ese compromiso. El Convenio de Roma, sin embargo, contiene otras cláusulas que especifican más otros aspectos de esta cuestión, a saber, el alcance de la obligatoriedad en derecho interno de ejecutar la sentencia y el órgano europeo encargado de vigilar esta ejecución.

El primer aspecto, tiene su tratamiento en el artículo 50 CEDH. Este precepto dice que, en el supuesto de dictarse una sentencia constatando una infracción del Convenio por una Parte Contratante, “*si el derecho interno de dicha parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias*” de la medida infractora, la decisión del Tribunal “concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada” (artículo 50 CEDH). Esta norma dice dos cosas muy importantes. En primer lugar, *que el Convenio admite*

1 Profesor de derecho constitucional, Universidad de Santiago de Compostela.

2 El Protocolo núm. 11 (no en vigor), no varía este precepto.

como lícita la posibilidad de que el derecho interno no permita reparar de forma perfecta las consecuencias de la violación declarada por el TEDH, lo que equivale a decir que el derecho interno no tiene obligación, en virtud del Convenio, de dar ejecución en sus propios términos a una sentencia del TEDH, por más que ello parezca estimarse como deseable por el propio Convenio. En segundo lugar, que la ejecución de la sentencia del TEDH corresponde primariamente al Estado afectado, no al TEDH. Es necesario advertir que la reforma del CEDH que contempla el Protocolo número 11, reproduce este precepto sin ninguna alteración.

El segundo aspecto, esto es, el referido al órgano europeo encargado de vigilar la ejecución de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, tiene su regulación en el artículo 54 CEDH que indica que “la sentencia del Tribunal será trasladada al Comité de Ministros, que vigilará su ejecución”. Por tanto, no es el Tribunal quien debe seguir el proceso de ejecución de sus sentencias, sino el Comité de Ministros. También este extremo queda intacto en la reforma del CEDH que se propone el Protocolo número 11. El Comité de Ministros ha adoptado unas reglas para regir esta vigilancia de la ejecución.³

Dos consecuencias muy relevantes se desprenden del procedimiento de vigilancia de ejecución de las sentencias del TEDH ante el Comité de Ministros. En primer lugar, que la víctima, esto es, el particular, carece de legitimación para intervenir en *ese proceso de ejecución*, el cual *se confina en los límites del derecho internacional*.⁴ La segunda consecuencia es que no existe posibilidad de ejecución forzosa de las sentencias del TEDH, incluso de las dictadas en aplicación del artículo 50.⁵

2. Todo lo anterior no apura la solución del problema planteado. Frente a un posible incumplimiento de una sentencia del TEDH se han sugerido por Escobar dos posibilidades. La primera sería acudir al artículo 24 CEDH que manifiesta que “toda Parte Contratante puede denunciar a la Comisión, a través del Secretario General del Consejo de Europa, cualquier incumplimiento de las disposiciones del [...] Convenio que crea poder ser imputado a otra Parte Contratante”. Aquí se ofrecería cobertura jurídica frente a una violación, no de una disposición material del Convenio, sino del artículo 53 CEDH.

Este procedimiento, sin embargo, tiene una eficacia muy discutible. En primer lugar, el particular perjudicado queda desposeído de este mecanismo que

3 “Reglas relativas a la aplicación del artículo 54”, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en febrero de 1976.

4 Morenilla, “La ejecución...”, *cit.*, p. 942.

5 Escobar Hernández, Concepción, “Ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional (REDI)* t. XLII (1990), pp. 547 y ss., especialmente p. 560.

tan sólo es reconocido a los restantes Estados Parte. En segundo lugar, el recurso interestatal es muy poco utilizado en el sistema europeo de derechos humanos frente a posibles violaciones de los derechos del Convenio y es previsible una menor utilización en relación con una norma (artículo 53 CEDH) que no resulta necesariamente obligatoria para los Estados partes, por encontrarse incluida en el marco del mecanismo de protección de carácter facultativo. En tercer lugar, finalmente, no ofrece garantías adicionales, pues dará lugar a un nuevo proceso que ha de finalizar bien por una sentencia del TEDH o bien por una resolución del Comité de Ministros, cuya ejecución se enfrenta a los mismos problemas que se pretende resolver. La única posible eficacia del procedimiento del artículo 24 CEDH es la derivada del mayor peso político de cualquier decisión adoptada conforme al mismo.⁶

La segunda posibilidad para obtener ese cumplimiento forzoso de las sentencias del TEDH sería acudir a las previsiones del Estatuto del Consejo de Europa (ECE). Conforme al mismo, el Comité de Miembros del Consejo de Europa puede, de un lado, “dejar en suspenso el derecho de representación del Miembro del Consejo de Europa[...] e invitarle a retirarse” del mismo. De otro lado, si no atiende a dicha invitación, “el Comité puede decidir que el Miembro de que se trata ha cesado de pertenecer al Consejo a partir de una fecha que determinará el propio Comité” (artículo 8 ECE). Este Comité puede suspender o expulsar a un Estado de dicha organización si infringe lo dispuesto en el artículo 3 ECE conforme al cual “cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el capítulo primero” del ECE, a saber, realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social.

Esta última posibilidad, sin embargo, plantea graves problemas. De un lado, hay que recordar que aquí el Comité de Ministros *actúa necesariamente al margen del Convenio, y lo hace en tanto que órgano político*, con las consiguientes incidencias en el sistema de adopción de decisiones.⁷ De otro lado, hay que contar con el recelo de los Estados miembros ante este tipo de

6 Escobar, “Ejecución...”, *cit.*, pp. 560-561.

7 Exigencia de mayoría de dos tercios de los votos emitidos y por la mayoría de los representantes con derecho a formar parte del Comité (artículo 20.d) ECE). Además, es posible que el Comité decida, siguiendo el procedimiento antedicho, someter cualquier asunto, a la regla de la unanimidad (artículo 20.a.vi) ECE).

medidas que crean precedentes que en su día se pueden volver contra ellos. Finalmente, la naturaleza de las sanciones imponibles por este medio las hacen inadecuadas al fin que persiguen por dos razones. La primera es que sancionar con la suspensión o expulsión del Consejo de Europa por un supuesto aislado de inejecución de una sentencia es algo desproporcionado. La segunda es que dichas sanciones se sitúan en el plano de la mera sanción internacional, desviándose así del principio teleológico básico presente en el Convenio que es el garantizar adecuada y efectivamente en el interior de los Estados partes el disfrute de los derechos fundamentales a las personas sometidas a su jurisdicción.⁸

En definitiva, la *decisión* última acerca del cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo y del Convenio de Roma depende de la voluntad de los Estados. Tal y como sostiene Escobar, estas limitaciones en la ejecución de las sentencias del TEDH han de ser sometidas a una interpretación de buena fe (de los Estados, claro) de las disposiciones del Convenio.⁹

3. La jurisprudencia del TEDH ha sido muy prudente a este respecto, por más que sí haya dado ciertos pasos en pro de dotar de una mayor ejecutividad a sus sentencias. En octubre de 1991, el Tribunal de Estrasburgo introdujo en uno de sus fallos una importante cláusula sin haber justificado la misma en los fundamentos de derecho. En su virtud, al clásico pronunciamiento de que el Estado responsable de la infracción del Convenio debía pagar una determinada cantidad, se añadió que ello debía hacerse “en tres meses”.¹⁰ Esta cláusula se ha consolidado en la jurisprudencia del TEDH, que en posteriores sentencias del artículo 50 CEDH sí que alude a la misma en los fundamentos de derecho.¹¹ Pero esta imperatividad sólo afecta al plazo de ejecución del fallo, no al contenido del mismo que es el típico del artículo 50, a saber, la concesión de una “satisfacción equitativa”, normalmente de tipo económico.

El TEDH, sin embargo, ha rechazado expresamente las pretensiones solicitadas por las víctimas reconocidas de una infracción del Convenio de que la sentencia el TEDH condene a dictar o a abolir una ley. De una parte, ha declinado la petición de que incluya la condena, o al menos una advertencia decidida y explícita, al Estado infractor para que ponga inmediatamente en vigor, por

⁸ Escobar, “Ejecución...”, *cit.*, pp. 561-562.

⁹ *Idem*, p. 556.

¹⁰ Creo que la primera sentencia que incluye esta cláusula es la STEDH Helmers, A 212-A, de 29 de octubre de 1991. En el punto 3 de la parte dispositiva dice que “el Tribunal... 3. Declara, por unanimidad, que Suecia debe pagar al interesado en un *plazo de tres meses*, 25.000 (veinticinco mil) coronas suecas por daños morales”.

¹¹ SSTEDH Diana, A 229-A, núms. 23 y 24; Casciaroli, A 229-C, núms. 25 y 26; Manieri, A 229-D, núms. 24 y 25; Mastrantonio, A 229-E, núms. 23 y 24; Idrocalce, A 229-F, núms. 24 y 25; Golino, A 229-H, núms. 22 y 23; Taiuti, A 229-I, núms. 24 y 25.

la vía legislativa, todos los medios necesarios para una reparación efectiva de los derechos del Convenio violados en el caso juzgado. A juicio del Tribunal, el Convenio “no le atribuye competencia para dirigir tal mandato a un Estado contratante”.¹² De otra parte, también ha rehusado el requerimiento del reclamante de que el Tribunal obtenga: la aprobación por el Parlamento de una resolución (revocando aquellas otras resoluciones parlamentarias que resultaron lesivas del Convenio de Roma), la reforma de un artículo de una ley y, finalmente, la supresión de ciertas referencias contenidas en la propia Constitución. Estrasburgo, sin embargo, ha declarado que el Convenio “no le habilita para aceptar esta demanda”, pues “recuerda que corresponde al Estado elegir los medios que debe utilizar en su orden jurídico interno para restablecer una situación que ha entrañado una violación”.¹³ El Tribunal, por tanto, ha reconocido de forma expresa la carencia de ejecutividad de sus sentencias.

4. Esta visión del problema de la ejecución de las decisiones del TEDH en el sistema europeo, no obstante, no es compartida por algún autor. Según Liñán, el artículo 50 CEDH y la consiguiente facultad del TEDH de conceder sólo una “reparación equitativa” y no una reparación total de la violación es algo que debe explicarse en función de los límites de la competencia del Tribunal y no como una simple *opción* para el Estado, menos costosa, política y jurídicamente, que la eliminación de todas las consecuencias de una violación de derechos o libertades. A juicio de este autor, el categórico artículo 53 del Convenio “elimina cualquier duda acerca de la obligación de los Estados de crear las condiciones jurídicas necesarias para que una sentencia del Tribunal pueda generar en el derecho interno los efectos que exija la plena reparación de la violación de derechos o libertades estimada por el Tribunal”.¹⁴

Esta tesis, sin embargo, como se ha visto, difícilmente puede ser compartida. En primer lugar, porque como ya se ha advertido, el artículo 50 CEDH admite como lícita en el sistema del Convenio la posibilidad de que el derecho interno del Estado afectado sólo permita “de manera imperfecta reparar las consecuencias” de la medida que el Tribunal declaró infractora del Convenio. O, lo que es lo mismo, no es cierto que el Convenio exija a los Estados “crear las condiciones jurídicas necesarias para que una sentencia del Tribunal pueda generar en el derecho interno los efectos que exija la plena reparación de la violación”, como dice Liñán. En segundo lugar, la jurisprudencia de Estras-

12 SSTEDH Vocaturo A 206-C, núm. 21; Idrocalce, A 229-F, núm. 26.

13 STEDH Demicoli, A 210, núm. 45.

14 Liñán Nogueiras, Diego: “Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho Español”, *Redi* t. XXXVII (1985), p. 355 ss., p. 361-362.

burgo ha sido prudente al rechazar expresamente la posibilidad de obligar al Estado en una sentencia del TEDH a tomar medidas reparatorias.

II. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH EN EL DERECHO COMPARADO

1. *El modelo dualista*

a) *Consideraciones generales*

a. El modelo dualista (o pluralista, habida cuenta del gran número de ordenamientos jurídicos nacionales) de relaciones entre el derecho internacional y el nacional tiene una de sus formulaciones clásicas en la obra de Hans Triepel. Para este autor, el derecho nacional y el internacional no sólo son partes del derecho distintas, sino que son también sistemas jurídicos distintos. Se trata de círculos que están en un contacto íntimo, pero que nunca se superponen.¹⁵ Las diferencias entre ambos sistemas radican fundamentalmente en dos aspectos: el uno, relativo a las relaciones jurídicas reguladas (entre Estados en el derecho internacional, con individuos en el derecho interno);¹⁶ el otro, referido a las fuentes de creación de tales derechos (voluntad común de varios Estados en el derecho internacional, voluntad unilateral del Estado el derecho interno).¹⁷

b. El modelo dualista de relaciones entre el derecho interno y el internacional, por más que pueda merecer ciertas críticas doctrinales, a las que luego se aludirá, rige en diversos Estados parte del Convenio de Roma. En virtud del modelo dualista, el derecho internacional (el CEDH, en el caso presente) no genera directamente derechos y obligaciones para los ciudadanos del Estado Parte en el convenio en cuestión. Para que una norma internacional produzca ese efecto se precisa que se dicte una norma interna (normalmente, una ley) transformando en derecho interno la norma internacional. Entre los Estados miembros del Consejo de Europa encontramos algunos en los que no se ha dictado la correspondiente norma de transformación del CEDH en derecho interno y otros en los que sí se ha producido tal transformación.

¹⁵ Triepel, Hans, *Droit international et droit interne* (trad. francesa de René Brunet), Pédone-París/Universidad de Oxford, 1920 (1a. ed. alemana, 1899), p. 110.

¹⁶ *Idem*, pp. 20-21.

¹⁷ *Idem*, pp. 31-32.

b) *Estados en los que el Convenio carece de eficacia interna*

En diversos Estados miembros del Consejo de Europa que siguen el modelo dualista de relaciones entre el derecho internacional y el interno el Convenio de Roma sólo tiene *status* de derecho internacional, pues no se ha dictado la correspondiente ley para transformarlo al derecho interno. Tales Estados son Dinamarca,¹⁸ Irlanda,¹⁹ Islandia,²⁰ Suecia,²¹ Noruega²² y el Reino Unido.²³ Si el CEDH en dichos Estados no es derecho interno, es fácil deducir que las sentencias del TEDH para los mismos son pronunciamientos que tienen un carácter estrictamente internacional, por lo que su ejecución pura y simple no es posible. Los incumplimientos del Convenio por parte de uno de esos Estados declarados por el TEDH sólo darán origen a una responsabilidad jurídico internacional. No hay, en consecuencia, ningún mecanismo en el derecho interno para ejecutar en sus propios términos las sentencias del TEDH. A lo sumo, tras una sentencia de este tipo pueden dictarse medidas políticas para paliar los efectos de la violación.

c) *Estados en los que el Convenio goza de eficacia interna*

Existen también Estados miembros del Consejo de Europa en los que el CEDH ha sido transformado en derecho interno mediante la correspondiente norma estatal. Entre tales Estados puede citarse a Chipre,²⁴ Finlandia,²⁵ Grecia,²⁶ Italia,²⁷ San Marino,²⁸ la República Federal Alemana, Luxemburgo y

18 Drzeczewski, Andrew Z., *European human rights convention in domestic law. A comparative study*, Clarendon, Oxford, 1983, p. 125-126; Polakiewicz, Jorg y Jacob-Foltzer, Valérie, "The european human rights convention in domestic law: the impact o Stasbourg caselaw in states where direct effect is given to the convention", *Human Rights Law Journal (HRLJ)*, vol. 12, pp. 65 y ss. y 125 y ss., p. 66.

19 Drzeczewski, *op. cit.*, pp. 170 y ss.

20 *Idem*, pp. 129 y ss.

21 *Idem*, p. 136.

22 *Idem*, p. 132.

23 *Idem*, pp. 177 y ss.

24 *Idem*, p. 168; Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, p. 73. El CEDH ha sido incorporado por la ley 39/1962, de acuerdo con el artículo 169.2 de la Constitución de 1960.

25 Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, p. 74. El Convenio de Roma se ha transformado por la ley 438/1990, de 4 de mayo, de acuerdo con el artículo 33 de la Constitución finlandesa de 1919.

26 Drzeczewski, *op. cit.*, pp. 142 y ss.; Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, pp. 81-82. El Convenio de Roma se transformó en derecho interno por la ley 2329 de 18 de marzo de 1953, al amparo del artículo 32 de la Constitución de 1952 (substituida por la de 1975, que en su artículo 28.1 sigue manteniendo un sistema dualista).

27 Drzeczewski, *op. cit.*, p. 146; Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, p. 83 ss.; Pizzorusso, Alessandro: *Lecciones de derecho constitucional* (trad. de Javier Jiménez Campo), Madrid, CEC, 1984, t. I, p. 227 y 231. Italia ha incorporado el CEDH a su ordenamiento mediante la ley núm. 884 de 4 de agosto de 1955, de acuerdo con el artículo 80 de la Constitución de 1947.

28 Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, p. 132.

Malta. Aunque en estos países el Convenio sea derecho interno, no por ello las sentencias del TEDH tienen carácter ejecutivo. Existen, a este respecto, diversas diferencias entre los diversos países. Nos referiremos a Alemania, Luxemburgo y Malta.

República Federal Alemana. En Alemania el Convenio ha sido transformado en derecho interno por medio de una ley federal, como exige el artículo 59.2 de la Ley Fundamental de Bonn.²⁹ Aunque, por su carácter de ley federal, el CEDH parece que estaría sometido, en el derecho interno alemán, al juego del principio *lex posterior derogat legi priori*, es lo cierto que, como sucede en general en el derecho constitucional alemán “salvo en las leyes de reforma constitucional”, fundamentalmente opera el principio *lex specialis derogat legi generali*,³⁰ lo que dota de cierta fuerza pasiva al CEDH respecto a las demás leyes ordinarias. Ahora bien, ello no significa que una decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa o una sentencia del TEDH puedan poner en cuestión la cosa juzgada y permitan reabrir un procedimiento (penal, por ejemplo). La jurisprudencia de tribunales regionales alemanes atestigua que una sentencia del TEDH no se considera un “hecho nuevo” a los efectos del artículo 359.5 del Código de Procedimiento Criminal alemán.³¹

Esta posición ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su auto sobre el caso Pakelli. A juicio del de Karlsruhe, las sentencias del TEDH son declaratorias (como sostuvo el propio TEDH en la sentencia Marckx) y dejan a los Estados afectados la elección de los medios adecuados según el derecho interno para llevar a cabo las obligaciones asumidas en el Convenio. Es más, según el alto órgano alemán, tampoco la Ley Fundamental obliga a que una sentencia del TEDH en la que se declare que la decisión de un Tribunal alemán viola el Convenio de Roma tenga atribuida la eficacia de eliminar el valor de cosa juzgada de que disfruta esta última. Ahora bien, el Constitucional alemán dejó abierto un resquicio frente a esa tesis. A su juicio, “está por ver”, si la solución sería distinta en dos supuestos. El primero sería que esté en cuestión la (ulterior) ejecución de una sentencia de un tribunal interno y el TEDH determinara que el derecho sustantivo aplicado (la norma general) violara el CEDH. El segundo sería que la decisión del tribunal alemán censurado estuviera basada en un error procedimental de tal magnitud que pusiera en cuestión incluso su carácter de acto judicial.³²

29 El CEDH se transformó en derecho interno por la *Zustimmungsgesetz* de 7 de agosto de 1952.

30 Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, p. 79.

31 *Ibidem*.

32 Auto del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 11 de octubre de 1985, caso Pakelli, *Euro-päische Grundrechte Zeitschrift (EGRZ)* 1985, pp. 654-656, pp. 654 (esta decisión no se ha publicado en la colección oficial *BVerfGE*).

La carencia de ejecutividad de las sentencias del TEDH y su inaptitud para cuestionar la cosa juzgada de los tribunales alemanes se deriva también, según el Tribunal de Karlsruhe, de los artículos 50 y 13 CEDH. Conforme al primero, el propio Convenio toma en cuenta la posibilidad de que las leyes internas de los Estados parte no establezcan una “perfecta reparación” de la lesión declarada por el TEDH. Este precepto, muestra la consideración que tuvieron los Estados parte con el instituto de la cosa juzgada y con el alto rango que se le atribuye en el ordenamiento jurídico interno. Por su parte, tampoco el artículo 13 CEDH permite fundamentar una revisión de sentencias nacionales que rompa con la cosa juzgada.³³ Finalmente, la no ejecución de una STEDH por un tribunal alemán tampoco vulnera el artículo 52 CEDH, pues tal decisión del órgano alemán no pone en absoluto en cuestión el valor de cosa juzgada que tienen las sentencias del TEDH *in suo ordine*.³⁴ En consecuencia, en principio y con carácter general, las sentencias del TEDH no tienen fuerza ejecutiva en el derecho interno alemán y no pueden poner en cuestión la cosa juzgada de una sentencia alemana salvo en las dos excepciones mencionadas arriba en las que el problema sería discutible.

Luxemburgo. La Constitución de Luxemburgo únicamente establece la forma en que los tratados internacionales tendrán eficacia en el foro interno, a saber, mediante la correspondiente ley de aprobación del tratado,³⁵ pero no establece el rango de los tratados. Ha sido la jurisprudencia de los tribunales luxemburgueses la que ha afirmado la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno.³⁶

Luxemburgo ha ido más allá del mero reconocimiento de la supremacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno. El ordenamiento luxemburgués contiene una normativa especial para hacer posible la revisión de un proceso penal cuando una persona ha sido condenada con violación del CEDH. La ley de 30 de abril de 1981, de reforma del Código de procedimiento criminal ha introducido un precepto, el artículo 443.5 en el que se establece que una persona tiene derecho a que se revise su causa cuando el TEDH o el Comité de Ministros ha decidido que su condena ha sido formulada en contravención del Convenio. De esta suerte, las sentencias del TEDH adquieren carácter ejecutivo en derecho luxemburgués, pero sólo cuando afecten a una causa penal. No existen previsiones normativas para el su-

33 *Idem*, p. 655.

34 Auto del TCFA de 11 de octubre de 1985, *cit.*, p. 656.

35 Ley de 29 de agosto de 1953, dictada conforme al artículo 37.1 de la Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo de 17 de octubre de 1868 (revisada en diversas ocasiones).

36 Sentencias de 8 de junio de 1950 y de 14 de julio de 1954, del Tribunal de Casación (citado por Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, p. 126).

puesto de que las sentencias del TEDH afecten a causas de otros órdenes jurisdiccionales, o declaren la disconformidad con el Convenio de normas generales.

Malta. El CEDH ha sido transformado en derecho interno maltés mediante una ley de 1987.³⁷ Esta norma no se limita sólo a transformar el CEDH en derecho maltés, sino que también declara la prevalencia del Convenio sobre el derecho maltés no constitucional (sección 3) y además establece un mecanismo especial para ejecutar las sentencias del TEDH (sección 6).

Según esta normativa, toda sentencia del TEDH afectada por la declaración maltesa de reconocimiento de su jurisdicción, puede ser ejecutada “por el Tribunal Constitucional de Malta, de la misma forma que las sentencias dictadas por este Tribunal y ejecutables por él”. A tal efecto debe formularse una demanda ante el Tribunal Constitucional, que debe notificarse al Fiscal General (*Attorney General*) solicitando que se ordene la ejecución de tal sentencia. Antes de dictar sentencia sobre tal demanda el Tribunal Constitucional debe examinar si la STEDH que se pide ejecutar está amparada por el reconocimiento maltés de la jurisdicción del TEDH, de acuerdo con el artículo 46 CEDH. Si la sentencia del Tribunal europeo es preferible al supuesto de reconocimiento maltés de jurisdicción, el Tribunal Constitucional ordenará la ejecución de la sentencia europea.³⁸

La normativa maltesa en consecuencia, otorga a las sentencias del TEDH un carácter plenamente ejecutivo, y ello con independencia de si declaran la no conformidad del Convenio de una norma de carácter general o de una norma de carácter singular, y en este último supuesto sin distinción al orden jurisdiccional (criminal, civil, contencioso,...) que haya dictado la sentencia que el TEDH estimó violatoria del Convenio. Por ello, el sistema maltés de reconocimiento de la eficacia de las sentencias del TEDH es mucho más completo que el luxemburgués.

2. *El modelo monista*

a) *Consideraciones generales*

El modelo dualista de relaciones entre el derecho interno y el internacional suscitó muy diversas críticas entre los autores que postulaban un modelo monista de relaciones entre ambos ordenamientos. Según Kelsen, que defiende

³⁷ Ley XIV de 19 de agosto de 1987, del Convenio Europeo, dictada de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 66.1 y 73 de la Constitución de 1964.

³⁸ Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, p. 127.

un modelo monista radical, no se puede admitir dos o más normas u órdenes, que deban estar vigentes, situados uno al lado de otro, sin referir la validez de ambos a un único y mismo fundamento. Esta unidad del sistema normativo es, el correlato de la unidad del conocimiento normativo.³⁹ Su discípulo Verdross ha mantenido un monismo “moderado” o “estructurado” en el que se reconoce, en la unidad del sistema jurídico, una autonomía relativa tanto del derecho internacional como del derecho interno.⁴⁰ En España, Antonio de Luna ha defendido la teoría de la coordinación jerárquica del derecho internacional y del derecho interno bajo un orden jurídico común superior. Este orden jurídico común superior sería el derecho natural. Esta concepción lleva a considerar que ambos ordenamientos no están aislados totalmente entre sí aunque las fuentes que los positivizan y los sujetos a los que se aplican sean diferentes.⁴¹

El modelo monista admite diversas modalidades. La primera (Philipp y Albert Zorn) es el monismo con primacía del orden jurídico nacional. Desde esta perspectiva, el derecho internacional sólo es válido para un Estado en la medida en que ese Estado le haya reconocido carácter obligatorio.⁴² La segunda (Scelle y Krabbe), sería el monismo con primacía del orden jurídico internacional. Para este enfoque, el orden jurídico nacional (todos los órdenes jurídicos nacionales), o, lo que es lo mismo según Kelsen, todos los Estados están subordinados al derecho internacional y no pueden ser soberanos.⁴³ La tercera (Kelsen), sería el monismo de libre elección de primacía del derecho interno o del derecho internacional, pues, a la luz de la ciencia jurídica, ambos sistemas son igualmente admisibles, pues dicha ciencia no conoce el método de dar preferencia a uno sobre el otro por razones jurídicas, ya que se trata de “supuestos” de teoría del derecho.⁴⁴

b. *El submodelo de primacía del derecho internacional*

Prácticamente es Holanda⁴⁵ el único Estado del Consejo de Europa que sigue un modelo monista de relaciones entre el derecho interno y el interna-

39 Kelsen, Hans, *Compendio de teoría general del Estado* (trad. de Luis Recaséns Siches y Justino de Azcárate Flórez), 3a ed., Barcelona, Blume, 1979, p. 147.

40 Una exposición de esta doctrina en Truyol y Serra, Antonio, “Théorie du droit international public. Cours général”, *Rcadi*, t. 173 (1981), pp. 9 y ss., pp. 278-279.

41 *Idem*, p. 280.

42 Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado* (trad. de Luis Legaz Lacambra), México, Editora Nacional, 1979 (15a ed., la. ed. alemana, 1925), pp. 158-160.

43 *Idem*, p. 162.

44 *Idem*, p. 168.

45 Drzemczewski, *op. cit.*, p. 86 ss.; Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, pp. 128 y ss.

cional reconociendo la primacía de este último. La Constitución holandesa de 1983 establece en su artículo 93 que las cláusulas de tratados y las decisiones de organizaciones internacionales cuyo contenido sea vinculante para todos, tendrán este efecto vinculante en Holanda desde el momento de su publicación. La Constitución de 1983 también establece, en su artículo 94, que “las normas en vigor en el Reino de los Países Bajos no se aplicarán si su aplicación no es conforme con las prescripciones de tratados o decisiones de organizaciones internacionales que sean vinculantes para todos”.

Por tanto, los tribunales holandeses tienen que dar prevalencia a las prescripciones de tratados *selfexecuting* sobre el derecho interno que no sea conforme con las mismas, y ello con independencia de que ese derecho interno sea anterior o posterior a la norma internacional de que se trate, o ya se trate de normas legales o incluso constitucionales. Los tribunales holandeses incluso han dado prevalencia al CEDH y a su Protocolo número 6 sobre el resto de los tratados internacionales. Ahora bien, en el supuesto de que se produzca ese conflicto entre la norma nacional y la internacional, los tribunales holandeses no tienen competencia para anular, rechazar o reformar la legislación interna en cuestión. Por ello, cuando se da ese conflicto, las prescripciones de derecho interno quedan en vigor, pero son inaplicadas.

Este sistema permite pensar que las sentencias del TEDH tendrán carácter plenamente ejecutivo en el sistema holandés, pues se reconoce preeminencia sobre el derecho interno a las “decisiones de organizaciones internacionales cuyo contenido sea vinculante para todos”. De un lado, puede considerarse a las sentencias del TEDH como una “decisión de una organización internacional”, a saber, del Consejo de Europa; y, de otro, puede afirmarse que esas sentencias son vinculantes, pues según el CEDH el Estado se obliga a conformarse a la misma. En todo caso, no hay casos en la jurisprudencia holandesa en la que se haya reabierto un procedimiento después de una sentencia del TEDH que declare la violación de una norma del Convenio en un procedimiento conducente a una determinada sentencia. En el derecho holandés sólo se permite la revisión de un proceso en lo criminal y en lo administrativo cuando surja una nueva prueba desde el juicio y que podría haber llevado a un resultado distinto de haber sido conocida antes. Dado el rango que el ordenamiento holandés atribuye al derecho internacional, Polakiewicz y Jacob-Foltzer creen que una sentencia adversa del TEDH podría ser considerada una “nueva prueba”.

c) *El submodelo de primacía del derecho nacional*

La generalidad de los Estados miembros del Consejo de Europa, con la única excepción de Holanda, que asumen el modelo monista de relaciones entre el derecho internacional y el nacional, se inclinan por reconocer la primacía del derecho nacional constitucional. Los Estados que pueden incluirse en este submodelo monista de primacía del derecho nacional son, aparte de España, Francia,⁴⁶ Liechtenstein,⁴⁷ Portugal,⁴⁸ Turquía,⁴⁹ Austria, Bélgica y Suiza. Es cierto que en estos países se reconoce la preeminencia del derecho internacional sobre las leyes internas, pero también lo es que dicha preeminencia cede ante la Constitución. De la asunción del modelo monista con primacía del derecho nacional no se deriva como consecuencia necesaria que las sentencias del TEDH deban tener carácter ejecutivo en el seno de cada Estado. La eficacia que tengan esas sentencias dependerá de lo que establezca el derecho nacional que, en última instancia, tiene la primacía. Nos referiremos a la situación en Austria, Bélgica y Suiza.

Austria.⁵⁰ Tras la ratificación del CEDH por Austria el 3 de septiembre de 1958, los tribunales concordaron que el rango que tenía el CEDH era sólo de ley federal. Sin embargo, el artículo II de la ley de reforma constitucional de 4 de marzo de 1964 estableció que el CEDH tenía en Austria rango de ley constitucional con efectos retroactivos desde la fecha de su ratificación. Tal situación se ha quebrado a raíz de una importantísima sentencia del Tribunal Constitucional austríaco que, ante una discrepancia entre el CEDH tal y como lo había interpretado el TEDH y la Constitución, estableció que no podía seguir la jurisprudencia de Estrasburgo si ésta contradecía la Constitución.⁵¹

La única posibilidad de ejecutar las sentencias del TEDH consiste en que el fiscal general (*General prokurator*) ejerza su facultad de interponer ante el Tribunal Supremo una demanda de nulidad de la sentencia penal impugnada en interés de la aplicación de la ley (*Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes*), cuando haya habido violación o incorrecta aplicación del derecho, al amparo del artículo 33.2 del Código de Procedimiento Criminal. Si el Tri-

46 Drzemczewski, *op. cit.*, p. 71-72; Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, pp. 75 y ss. El artículo 55 de la Constitución de 1955 contiene el régimen de ratificación de los tratados y su rango.

47 Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, p. 125-126. El artículo 8.2 de la Constitución de 1862 (revisada en numerosas ocasiones) regula la ratificación de los tratados.

48 Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, p. 130 y ss. El artículo 8.1 de la Constitución de 1976 rige el *status* de los tratados internacionales.

49 El artículo 90.5 de la Constitución de 1982 especifica el *status* de los tratados.

50 Drzemczewski, *op. cit.*, pp. 93 y ss.; Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

51 Sentencia del Tribunal Constitucional austríaco de 14 de octubre de 1987. El texto puede consultarse en *EuGRZ*, 1988, p. 166

bunal Supremo estima la demanda puede casar la sentencia original o modificar la pena impuesta. Las SSTEDH Unterpertinger y Windisch se ejecutaron siguiendo esta modalidad.⁵² Esta normativa, sin embargo, presenta la misma carencia que la luxemburguesa, a saber, sólo permite la ejecución de las sentencias del TEDH cuando éstas tienen por objeto el examen de la conformidad con el Convenio de sentencias penales. Cuando las sentencias del Tribunal europeo tienen otro objeto no hay, en principio, instrumentos en el derecho austríaco para que gocen de ejecutividad.

Bélgica.⁵³ La Constitución belga no se pronuncia acerca de las cuestiones de jerarquía entre las diversas normas, pero la prevalencia de los tratados sobre las normas de derecho interno no se discute. Esta primacía del derecho internacional fue confirmada por el Tribunal de Casación en su sentencia de 27 de mayo de 1971. A partir de entonces, los tribunales nacionales son requeridos para que den prevalencia al CEDH y suspendan la aplicación de la ley nacional cuando ésta se muestre en conflicto con el Convenio.

Este sistema monista no lleva de forma automática a proceder a la ejecución de las sentencias del TEDH. Sin embargo, el derecho belga contiene dos mecanismos que pueden permitirlo. El primero, contenido en el artículo 441 del Código de Procedimiento Criminal, es bastante similar al austríaco. En su virtud, el Fiscal General (*Procureur général*), por instrucciones del Ministro de Justicia, puede denunciar ante el Tribunal de Casación sentencias definitivas de los tribunales belgas que sean contrarios a la ley. El Tribunal de Casación puede decidir la reapertura de la causa. El segundo se halla en el artículo 1088 del Código de Enjuiciamiento Civil, y permite que el Fiscal General pueda denunciar, a instancia del Ministro de Justicia y también ante el Tribunal de Casación, sentencias realizadas con exceso de poder de jueces y otros órganos.

Mientras no nos consta que se haya utilizado el segundo procedimiento,⁵⁴ el primero se ha utilizado en Bélgica para la revisión de procesos penales en los que se declaró por una sentencia del TEDH una violación del Convenio, pero no puede emplearse para dar ejecución a decisiones del Comité de Ministros del Consejo de Europa que declaren una transgresión del Convenio. Esta normativa se aplicó para ejecutar la sentencia del caso Piersack,⁵⁵ pero, sin embargo, no sucedió lo mismo cuando el fiscal instó la ejecución de la sentencia del caso De Cubber.⁵⁶ En este último supuesto el Tribunal de Casa-

52 STEDH Unterpertinger, A 110 y sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Austria de 21 de julio de 1987; STEDH Windisch, A 186 y sentencia del Tribunal Supremo de 23 de agosto de 1990.

53 Drzemczewski, *op. cit.*, p. 63 ss.; Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, pp. 70 y ss.

54 Aunque Linán defiende su aplicabilidad para ejecutar sentencias del TEDH (*op. cit.*, p. 370).

55 STEDH Piersack, A 53; sentencia del Tribunal de Casación de 18 de mayo de 1983.

56 STEDH De Cubber, A 86.

ción llegó a decir que él era un órgano del poder judicial que no puede identificarse con una de las Altas Partes Contratantes aludidas en el artículo 50 CEDH, a saber con el Estado belga,⁵⁷ afirmación ésta más propia de un sistema dualista de relaciones entre el derecho interno y el internacional que de uno monista.

El mecanismo de ejecución de las sentencias del TEDH previsto en la legislación belga, como se ve, presenta los mismos problemas que los contemplados en Luxemburgo y Austria, a saber, que sólo afecta a la ejecución de sentencias del TEDH que declaren que la violación del Convenio tiene su origen en una sentencia penal.

Suiza.⁵⁸ La Constitución helvética no define el *status* de los tratados internacionales dentro del sistema legal suizo, sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan la preeminencia de los tratados internacionales sobre las leyes internas. Más discutida es la cuestión acerca de la relación jerárquica entre el derecho internacional convencional (en especial, el CEDH) y la Constitución, que ha sido contestada de múltiples formas: para unos el tratado es inferior, para otros es igual y para el resto es superior en rango a la Constitución. El asunto tiene un diferente tratamiento según se refiera al derecho federal o al cantonal. En cuanto al primero, por mor del artículo 113.3 de la Constitución federal, el Tribunal Federal no puede enjuiciar la conformidad de las leyes federales con la Constitución y, por ende, tampoco con el CEDH, por lo que, en principio, las leyes federales pueden aplicarse con independencia de que sean disconformes con el CEDH. En todo caso, el sistema suizo es insatisfactorio, según Haefliger, porque mientras el TEDH puede decidir si la aplicación concreta de una ley federal es contraria al CEDH, en el derecho interno suizo la cuestión no puede ser examinada.

En cuanto al derecho constitucional cantonal, sin embargo, el Parlamento Federal puede ejercer un control de “garantía” sobre el mismo para verificar su conformidad con el derecho federal. Desde la entrada en vigor del CEDH, el Parlamento Federal también examina su conformidad con el Convenio. En principio, los tribunales no pueden examinar la compatibilidad del derecho constitucional cantonal cuando dicho examen ya haya sido hecho por el Parlamento, ya que no es tarea de los tribunales controlar las tareas del Parlamento. Sólo excepcionalmente pueden los tribunales enjuiciar la compatibilidad de las Constituciones cantonales con la Constitución federal e incluso con el CEDH, a saber, cuando el Parlamento Federal haya ejercido su control de

57 Sentencia del Tribunal de Casación de 27 de enero de 1987.

58 Drzemczewski, *op. cit.*, p. 116 ss.; Polakiewicz y Jacob-Foltzer, *op. cit.*, p. 136 y ss.; Haefliger, Arthur: “The hierarchy of constitutional norms and its function in protecting human rights”, *HRLJ*, vol. 13 (1992), pp. 81 y ss.

“garantía” antes de la entrada en vigor del CEDH sin que, por tanto, haya podido tener ocasión de examinar la conformidad con éste.⁵⁹

A pesar de la privilegiada posición que se atribuye al CEDH, las sentencias del TEDH, por sí mismas, no tienen carácter ejecutivo. Para dar aplicación a las mismas se han propuesto dos procedimientos, uno con éxito y el otro rechazado. El primero es el existente en el cantón suizo de Appenzell-Ausserrhoden, se introdujo un mecanismo para dar ejecución a ciertas sentencias del TEDH, a través del artículo 223.4 de la Ley de Procedimiento Criminal de 30 de abril de 1978. Este precepto permite, en cualquier momento, la revisión de un procedimiento penal concluso, cuando así lo exija la decisión de una autoridad internacional. Este sistema tiene en común con los de Luxemburgo, y Austria que sólo permite la revisión en los casos en los que el origen de la violación del CEDH sea una sentencia penal.

El segundo de los mecanismos propuestos no ha llegado a entrar en vigor. Se contiene en la Ley de Revisión de la Administración Federal de Justicia de 29 de mayo de 1985. La misma establece que

serán admisibles las demandas de revisión de una sentencia del Tribunal Federal o de un tribunal inferior si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de Ministros del Consejo de Europa hubiera aceptado las alegaciones de una reclamación individual denunciando una infracción del Convenio ... o uno de sus protocolos, y si la reparación no pudiera ser obtenida por otros medios.

La ley también establece otras prescripciones. De un lado, que si el Tribunal Federal estima que la revisión es procedente, pero es competencia de un tribunal inferior, deferirá el caso a dicho tribunal. De otro, que la autoridad cantonal será requerida a tramitar la demanda de revisión aunque el derecho cantonal no contenga ninguna previsión al respecto. Procedimientos similares de revisión, con el mismo tenor literal se contemplan para el procedimiento administrativo, para el procedimiento criminal y para el procedimiento criminal militar.

Este sistema, técnicamente bastante aceptable y que supera las lagunas de los establecidos en Luxemburgo, Austria y Appenzell-Ausserrhoden, acercándose al existente en Malta, sin embargo, no llegó a entrar en vigor al rechazarse la ley en referéndum celebrado el 1 de abril de 1990. Quizá una de las razones del rechazo estribe en que, bajo la presión de Estrasburgo, el Tribunal Federal ha declarado diversos preceptos legislativos de los cantones incompatibles con

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Federal de 27 de noviembre de 1985 que contradice la sentencia del Tribunal Federal de 21 de junio de 1978.

el CEDH. Esto es difícil de aceptar en un país cuya estructura federal está profundamente enraizada y cuya población ha sido tradicionalmente reticente ante los “jueces extranjeros”. Así se explica que en septiembre de 1988 se rechazara por sólo 16 votos contra 15 en el Consejo de los Estados (donde se hallan los representantes de los cantones) una moción que pretendía restaurar la soberanía de la Confederación y de los cantones respecto a las instituciones europeas, reformular la reserva suiza al CEDH y, si fuera necesario, retirarse del Convenio.

Es altamente significativo que un país de riquísima tradición democrática como Suiza adopte esta postura. En efecto, no pasa inadvertido para la exquisita sensibilidad democrática suiza el peligro de que órganos internacionales (como el TEDH) de muy débil legitimación democrática puedan desautorizar y aun llevar a anular normas o decisiones adoptadas con el más escrupuloso respeto de las reglas y los principios democráticos y mantenidas con el consentimiento mayoritario de sus destinatarios. Si la democracia es algo más que una palabra, este peligro, tan bien visto por los suizos, debe estar siempre presente en nuestras consideraciones.

III. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH ANTE EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

1. *Las sentencias del TEDH en la relación entre el ordenamiento español y el europeo*

a) *El sistema monista de relación entre el derecho internacional y el interno*

A tenor del artículo 96 CE “los tratados internacionales *válidamente celebrados*, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”. “Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional”. De lo anterior parece desprenderse un *sistema monista* de relaciones entre el derecho interno y el internacional. En efecto, un tratado internacional tiene vigor en España desde su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, como las demás normas estatales, y no tiene necesidad de que una ley lo transforme en derecho interno.

Este monismo, por otra parte, pertenece al subtipo de sistema con primacía del derecho nacional. Cuando aquí se habla de derecho nacional se alude a la Constitución y no a la relación entre los tratados y las leyes. La primacía

de la Constitución sobre los tratados tiene apoyo en los datos positivos, en la jurisprudencia y en la doctrina. La Constitución proclama el principio de soberanía nacional (párrafo 1 del Preámbulo y artículo 1.2 CE), y ya sabemos por el mismo Kelsen que la afirmación de esa soberanía supone optar por la primacía del derecho nacional sobre el internacional. Esto se confirma en las normas constitucionales sobre los tratados internacionales. El artículo 95.1 CE es tajante al afirmar que “la *celebración* de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”, *ergo* la celebración de un tal convenio sin efectuar la correspondiente revisión constitucional no es válida. El propio artículo 96.1 CE establece como condición para que los tratados internacionales formen parte del ordenamiento nacional el que hayan sido “*válidamente celebrados*”. En consecuencia, en la propia Constitución está clara la preeminencia de la misma sobre el derecho internacional.

Esta primacía también ha sido afirmada en la propia *jurisprudencia* del Tribunal Constitucional. El Alto Tribunal se ha pronunciado recientemente sobre este asunto. De un lado, con carácter previo a su ratificación y entrada en vigor, el artículo 95 CE exige la conformidad de todos los tratados internacionales, incluidos los suscritos al amparo del artículo 93 CE con la Constitución, por lo que su posible contradicción con esta última exige la reforma constitucional para poder ratificar el tratado.⁶⁰ De otro lado, la supremacía de la Constitución está asegurada también cuando el Tratado se encuentra ya ratificado y en vigor, dada la posibilidad de impugnar (artículos 27.2.c., 31 y 32.1 LOTC) o cuestionar (artículo 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno (artículo 96.1 CE).⁶¹

Finalmente, también ha afirmado esta primacía la *doctrina*, tanto internacionalista⁶² como constitucionalista.⁶³ Ciertamente hay un sector minoritario (Requejo) que, sin llegar a sostener la preeminencia de los tratados internacionales sobre los preceptos constitucionales, defiende, utilizando el artículo

⁶⁰ Declaración del Tribunal Constitucional de 1o. de julio de 1992 (FFJJ 2 y 4).

⁶¹ DTC (FJ 4).

⁶² Díez de Velasco Vallejo, Manuel, *Instituciones de derecho internacional público*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, t. I, 1991, pp. 195-198; Pastor Ridruejo, José Antonio; *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1992, pp. 201-202; González Campos, Julio, D. Luis Ignacio Sánchez Rodríguez y María Paz Andrés Sáenz de Santamaría; *Curso de derecho internacional público*, 4a. ed., Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1990, pp. 236 y 240.

⁶³ De Otto y Pardo, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes I*, 1a. reimp. de la 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, pp. 124-126; Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 644-645 (aunque niega fuerza activa a los tratados del artículo 94.2 CE sobre las leyes); Esteban, Jorge De y Pedro J. González Trevijano, *Curso de derecho constitucional español*, Madrid, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, t. I, 1992, pp. 217 y 220; Álvarez Conde, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1992, vol. I, pp. 161-162.

93 CE, la igualdad de rango entre los mismos.⁶⁴ Ahora bien, toda esta tesis está construida sobre un presupuesto que ha sido tajantemente rechazado por el TC, a saber, que los artículos 93 y siguientes CE son normas de reforma constitucional. Por sus exigencias de elaboración y aprobación nadie puede discutir que los procedimientos de reforma constitucional son más democráticos que los de adopción de los tratados.⁶⁵

b) *La potestad jurisdiccional del Estado*

i. *La competencia exclusiva del Estado sobre la jurisdicción*

I. Tanto en las Partidas (1256-1263)⁶⁶ como en la formulación clásica de Bodino, en su gran teorización del poder soberano es cierto que afirma que uno de los atributos del poder soberano es “conocer en última instancia de los juicios de todos los magistrados”.⁶⁷ Y añade: “el modo más seguro de conservar un estado es no otorgar ningún atributo de la soberanía al súbdito, y *aún menos* al extranjero (subrayado nuestro), porque es el peldaño para ascender a la soberanía”.⁶⁸

II. El artículo 117.1 CE establece que: “la justicia emana del pueblo”. Se puede entender la “justicia” como el poder o la competencia para realizar tal actividad cognoscitiva en que consiste la justicia como virtud,⁶⁹ o si se quiere, para realizar la jurisdicción. En este sentido, ese poder emana del pueblo, y más específicamente, del pueblo español, pues es de éste del que emanan todos los poderes del Estado (artículo 1.2 CE). La atribución en exclusiva al Estado de la potestad jurisdiccional o jurisdicción va a estar fundamentada en los artículos 117.1 CE,⁷⁰ 123.1 CE y 149.1.5 a CE.

64 Requejo Pagés, Juan Luis, “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”, *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)* núm. 34 (1992), pp. 41 y ss., pp. 50 y ss.; *Id.*: “La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales”, *REDC* núm. 35 (1992), pp. 179 y ss., pp. 186-188.

65 Ya advirtió Schmitt que “a pesar de los grandes cambios políticos y sociales de los Estados, apenas han cambiado en el último siglo las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional sobre las relaciones diplomáticas; convenios y costumbres de una época monárquica pura siguen valiendo hoy de igual manera, a pesar del desarrollo hacia la Democracia”. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza, 1982 (la ed. alemana, 1928), p. 261.

66 Partida 2a, título I, ley II y ley VIII.

67 Bodino, Juan, *Los seis libros de la República* (selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala), Madrid, Tecnos, 1985, libro I, cap. X, p. 75.

68 Bodino, *op. cit.*, I, X, pp. 7880.

69 Fernández Segado, *op. cit.*, p. 755.

70 Otto y Pardo, Ignacio de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, pp. 85-86; Díez-Picazo, Luis María, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, Civitas, 1991, p.

ii. *La atribución al Poder Judicial de la potestad jurisdiccional*

I. La Constitución de 1978 confiere al Estado la exclusividad de la potestad jurisdiccional. Ahora bien, esto no supone contestar a la cuestión de qué órgano del Estado va a asumir el ejercicio de aquella potestad. En la monarquía absoluta, dicha potestad podía ser ejercida por el rey en persona. En la Constitución de 1978 se establece (artículo 117.1, 3 y 5 CE) que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde al Poder Judicial, el cual, como afirma Díez-Picazo, tiene una estructura interna policéntrica y descentralizada. Aquí se encuentra lo que se ha llamado principio de exclusividad en sentido positivo o reserva de jurisdicción, en cuya virtud no se puede atribuir la potestad jurisdiccional a ningún órgano que no forme parte del poder judicial.⁷¹

Esta reserva de jurisdicción en favor de los jueces y magistrados del poder judicial no es absoluta. Se reconocen excepciones a la misma en casos en los que se ejerce jurisdicción por órganos no integrados en el poder judicial. Es el caso del Tribunal Constitucional,⁷² del Tribunal de Cuentas,⁷³ y de los tribunales extranjeros, pero sólo cuando sus resoluciones obtienen el correspondiente exequatur.⁷⁴

II. La integración de los jueces y magistrados en el seno del poder judicial lleva anejo un determinado *status*. En virtud del mismo, tales jueces y magistrados son, en primer lugar, funcionarios públicos (artículo 122.1 CE). Esto tiene varias consecuencias: necesidad de procedimientos concursenciales o competitivos para el acceso a la carrera judicial (artículos 23.2 y 103.3 CE); garantía institucional de la inamovilidad judicial; incompatibilidades (artículo 127 CE) tanto respecto a las actividades públicas como privadas.⁷⁵

La pertenencia al poder judicial implica, en segundo lugar una exigencia de independencia. La independencia puede ser de dos tipos, bien *ad extra* (frente a injerencias de fuera del poder judicial) o bien *ad intra* (ante presiones que surjan desde dentro del poder judicial).⁷⁶ La independencia así entendida se configura como “algo más” que la independencia como ausencia de subordinación jurídica que es como la entiende De Otto,⁷⁷ ya que obliga al legislador a eliminar todas las amenazas *previsibles* a la misma.

71 Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 43.

72 De Otto, *Estudios...*, *cit.*, p. 55; Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 45.

73 De Otto, *Ibid.* Díez Picazo guarda un significativo silencio respecto al Tribunal de Cuentas.

74 Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 47.

75 *Idem*, pp. 98-102.

76 Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 102-105.

77 De Otto, *Estudios...*, *cit.*, p. 58.

La tercera consecuencia de la pertenencia de los jueces al poder judicial es la exigencia de responsabilidad. En nuestro sistema los jueces están sometidos a una triple responsabilidad: disciplinaria (expresamente prevista en artículo 122.2 CE), penal y civil.⁷⁸

c) *La no integración del TEDH en el Poder Judicial*

Se ha expuesto que, con arreglo a la Constitución española, el ejercicio de la potestad jurisdiccional o jurisdicción se atribuye a los jueces y magistrados integrantes del poder judicial. Aceptando, al menos a efectos dialécticos, que la actividad que ejerce el TEDH es jurisdicción, cumple ahora saber si el TEDH está integrado en el poder judicial español que, en principio, y salvo determinadas excepciones, es quien ejerce la competencia estatal de la jurisdicción. El análisis comparativo entre los elementos que caracterizan orgánicamente al TEDH y que perfilan el estatuto de sus miembros y los requisitos que deben reunir los miembros del poder judicial, según la Constitución, es altamente revelador en este sentido.

I. El primer requisito que deben reunir los miembros del poder judicial español es, como se ha visto, el de ser funcionarios con lo que ello conlleva: acceso en condiciones de igualdad y con arreglo a criterios de mérito y capacidad; inamovilidad; incompatibilidades. Pues bien, los miembros del TEDH no tienen por qué ser funcionarios de carrera pertenecientes a un cuerpo de jueces. Tampoco se accede a su puesto con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, pues los jueces del TEDH son nombrados libremente por la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa que elige a una persona de entre una terna de candidatos presentada por el Estado, lo cual no impide que se rechace al “más competente”, pudiendo elegirse al simplemente “competente”. La garantía de inamovilidad de los jueces, por su parte, es relativa. Los jueces del TEDH son elegidos por un período de nueve años y son reelegibles, pero para ser reelegibles deben ser incluidos en la terna que elabora el Estado (normalmente, el Gobierno). En cuanto a las incompatibilidades de los jueces del TEDH ya hubo ocasión de ver que se regulan con mucha mayor laxitud de lo previsto para los integrantes del poder judicial español. La razón de ésto, es que los jueces del TEDH no tienen una percepción fija, sino que cobran dietas por los días que efectivamente acuden a su puesto. De ahí

⁷⁸ Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

que, para evitar que puedan sufrir merma en su patrimonio personal el puesto de juez del TEDH sea compatible con otras actividades en el sector público o en el privado.

II. El segundo elemento del estatuto jurídico de los miembros del poder judicial es la independencia. A este respecto, parece difícilmente cuestionable que la figura del juez *ad hoc* del TEDH, nombrado especialmente por el Estado en un caso determinado en el que el juez representante del Estado está impedido de ejercer sus funciones, no reúne la independencia necesaria. Ciertamente, puede haber jueces *ad hoc* sumamente honestos e independientes, pero la norma deja la puerta abierta para nombrar jueces de ese tipo que no lo sean. La norma, pues, no elimina las amenazas *previsibles* a la independencia judicial. Por otra parte, el poco estricto régimen de incompatibilidades al que están sometidos los jueces del Tribunal europeo implica que la norma no ha eliminado ciertas amenazas *previsibles* a la independencia de los jueces titulares del TEDH.

III. La tercera nota característica de los miembros del poder judicial español es la responsabilidad. Esta responsabilidad puede ser de tres tipos: disciplinaria, civil y penal. En la medida en que los jueces del TEDH no están integrados en el poder judicial español resulta sumamente problemático la aplicación a los mismos de las normas sobre responsabilidad contenidas en la LOPJ. Esta dificultad se acrecienta si se atiende al hecho de que, en principio, todos los jueces del TEDH, menos uno, no son nacionales españoles. A ello se suma la carencia de normas de responsabilidad disciplinaria específicas para los jueces del TEDH, incluso aunque el juez sea español. En cuanto a la responsabilidad civil sólo cabe acudir a la regla general del artículo 1902 del Código Civil. Finalmente, en lo que respecta a la responsabilidad penal, las conductas de los jueces del TEDH parecen atípicas, en la medida en que los mismos no son funcionarios ni miembros del poder judicial español.

A la vista de todo lo anterior, cabe concluir, sin lugar a dudas, que los jueces del TEDH no están integrados en el Poder Judicial español. Como ya se dijo, la integración en el Poder Judicial español no es condición *sine qua non* para ejercer jurisdicción. Se mencionó las excepciones que suponen el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Cuentas, así como el caso, ciertamente distinto en virtud del *exequatur*, de los tribunales extranjeros. Pero cabe, como han visto De Otto y Díez-Picazo,⁷⁹ la posibilidad de acudir al artículo 93 CE para que un órgano no integrante del Poder Judicial español pueda

⁷⁹ De Otto, *Estudios...*, cit., pp. 85-86; Díez-Picazo, *op. cit.*, pp. 47-48.

ejercer una competencia derivada de la Constitución como es la potestad jurisdiccional.

d) *¿Irregular atribución al TEDH de la competencia estatal jurisdiccional?*

El Convenio de Roma crea un TEDH en los artículos 38 y ss. CEDH estableciendo que “*cada una de las Altas Partes Contratantes puede declarar, en cualquier momento, que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial la jurisdicción del Tribunal para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del presente Convenio*” (artículo 46.1 CEDH). Dichas declaraciones podrán hacerse “pura y simplemente o bajo condición de reciprocidad por parte de varias o de ciertas otras Altas Partes Contratantes, o por un período determinado” (artículo 46.3 CEDH). La ratificación del Convenio no supone *per se* la aceptación de la jurisdicción del Tribunal “como obligatoria de pleno derecho”, pero, si por un lado deja abierta la puerta a dicha aceptación mediante una mera declaración “sin convenio especial”, por otro, al mismo tiempo, cierra la posibilidad de que la aceptación de dicha jurisdicción se efectúe mediante un convenio. En consecuencia, la ratificación del CEDH supone una transferencia en diferido (pues la transferencia efectiva se difiere al momento de formular la declaración “sin convenio especial” de aceptación de la jurisdicción) a un órgano (el TEDH) de una organización internacional (el Consejo de Europa) del ejercicio de la potestad jurisdiccional (jurisdicción “obligatoria de pleno derecho”), competencia ésta derivada de la Constitución (artículo 117.1, 3 y 5 CE).

La jurisdicción del TEDH puede concebirse de dos formas: o como internacional o como supranacional. Si se entiende que el TEDH ejerce una jurisdicción de tipo supranacional, para que este órgano ejerza *válidamente* en España la potestad jurisdiccional sólo cabe admitir la vía del artículo 93 CE. Según este precepto,

mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

En consecuencia, en este caso se necesitaría de ley orgánica para autorizar la celebración del propio CEDH, pues en éste ya va ínsita la posibilidad de atribución a una organización internacional del ejercicio de la competencia

estatal que es la potestad jurisdiccional. Rige aquí plenamente el principio jurídico *causa causae est causa causati*.

No es óbice a todo lo anterior el que la declaración de aceptación de la jurisdicción obligatoria de pleno derecho del TEDH pueda hacerse “pura y simplemente o bajo condición de reciprocidad por parte de varias o de ciertas otras Altas Partes Contratantes, o por un período determinado” (artículo 46.3 CEDH). En efecto, el artículo 93 no autoriza la transferencia de la *titularidad* de competencias derivadas de la Constitución (con lo que conllevaría la ausencia de condiciones o un período indeterminado), sino la transferencia del *ejercicio* de dichas competencias cuya titularidad permanece en el Estado por lo que éste puede recuperar lo que es suyo. Precisamente por ello, el artículo 93 CE *no es una reforma constitucional stricto sensu*. Ya Bodino dejó claros estos extremos.⁸⁰

El Convenio de Roma, aunque ha sido ratificado después de entrar en vigor la Constitución de 1978, no lo ha sido por la vía del artículo 93 CE, sino por la del 94.1.c) CE. El instrumento de ratificación del CEDH de 26 de septiembre de 1979,⁸¹ especifica que la autorización para efectuar dicha ratificación no se efectuó mediante una ley orgánica, sino por aprobación no legislativa de las Cortes Generales. Pero si no se ha seguido la vía del artículo 93 CE para la ratificación del CEDH, tampoco se ha seguido dicho camino (por más que, a nuestro juicio, fuese heterodoxo) para efectuar las declaraciones de reconocimiento de la jurisdicción del TEDH.⁸²

Siendo esto así, habría que estimar que, efectivamente, con la ratificación del TEDH y la emisión de las declaraciones de reconocimiento de competencia del TEDH se ha producido una transferencia del ejercicio de una competencia derivada de la Constitución sin haber seguido el procedimiento constitucionalmente previsto (artículo 93 CE). En ese supuesto, la ratificación del CEDH y el propio Convenio, en consecuencia, serían contrarios a la Constitución. Cualquier órgano judicial ordinario al que se le requiriese para ejecutar en España una sentencia del TEDH podría plantear la oportuna cuestión de inconstitucionalidad; cualquier actuación administrativa en el mismo sentido

80 “Quienes conceden el poder y la autoridad de juzgar o mandar, sea por tiempo determinado y limitado, sean por tanto tiempo como les plazca, continúan, no obstante, en posesión del poder y la jurisdicción, que los otros ejercen a título de préstamo o en precario. Por esta razón, la ley manda que el gobernador del país, o el lugarteniente del príncipe, devuelva, una vez que su plazo ha expirado, el poder, puesto que sólo es su depositario y custodio” (Bodino, *op. cit.*, 1o., VIII, p. 48). “De igual modo, la soberanía dada a un príncipe con cargas y condiciones no constituye propiamente soberanía, ni poder absoluto” (Bodino, *op. cit.*, 1, VIII, p. 51).

81 Publicado en el *BOE* de 10 de octubre de 1979.

82 Declaraciones de 26 de septiembre de 1979, 24 de septiembre de 1982, de 18 de octubre de 1985 y de 10 de octubre de 1990.

podría ser recurrida ante los Tribunales con fundamento en su presunta inconstitucionalidad; y el propio TC, si se le solicitara la ejecución de una sentencia del TEDH podría formularse una “autocuestión de inconstitucionalidad” (artículo 55.2 LOTC).

Si se estima que el TEDH ejerce una jurisdicción de tipo supranacional, la transferencia de la competencia estatal a un órgano no estatal exigiría que éste ofreciera un nivel de garantías similar o equivalente al que brinda el órgano estatal que ejercía hasta ese momento la competencia. La utilización de los procedimientos constitucionalmente previstos para disminuir el nivel de garantías constitucionalmente establecido sería un “fraude a la Constitución”. Por ello, una transferencia del ejercicio de la competencia estatal de jurisdicción a un organismo internacional o supranacional debería cumplir dos requisitos: uno procedimental y el otro material. En cuanto al primero, dicha transferencia debe operarse mediante el artículo 93 CE; en cuanto al segundo, el órgano beneficiario de la transferencia debe ofrecer un nivel de garantías equivalente al que ofrece la Constitución, sin que sea admisible una reducción de dicho nivel. Pero también puede sostenerse que la jurisdicción del TEDH es de tipo internacional. Esta segunda solución, más atenta al principio de conservación de actos, sería la preconizada por Morenilla y Díez-Picazo. Dado que el CEDH no se ha ratificado siguiendo el procedimiento del artículo 93 CE, no ha habido transferencia del ejercicio de la competencia estatal de jurisdicción. En consecuencia, para Díez-Picazo el TEDH “no ejerce *stricto sensu* potestad jurisdiccional en España, desde el momento en que sus resoluciones tan sólo vinculan internacionalmente al Estado español, por más que gocen de una indiscutible *auctoritas*”.⁸³ Las consecuencias varían a la luz de esta solución, sumamente interesante en cuanto retoma la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, considerando que el artículo 93 CE sólo afecta al ejercicio de la segunda, pero no de la primera. De un lado, el hecho de que la ratificación del CEDH y las declaraciones complementarias supongan la aceptación de la jurisdicción “obligatoria de pleno derecho” del TEDH significaría que esa “obligatoriedad” se hallaría en el plano del derecho internacional (jugando, por ello, la responsabilidad internacional), pero no del derecho nacional, precisamente porque éste así lo establece. De otro lado, el mecanismo del sistema europeo lleva a considerar que las sentencias de Estrasburgo no son ejecutivas por sí mismas, dependiendo su ejecutividad de lo que libremente decidiera el derecho interno.

Lo dicho no queda alterado porque en España exista un modelo monista de relación entre el derecho internacional y el nacional, pues ese modelo está

DR. © 1998 ⁸³ Morenilla, “La ejecución...”, *cit.*, pp. 963 y 964; Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 48.

regido por la primacía de la Constitución nacional. Si ésta determina que la ejecutividad interna de una sentencia internacional depende de que se transfiera al organismo internacional a través del artículo 93 CE tal característica, y el Estado voluntariamente no transfiere al organismo internacional por el procedimiento indicado dicha competencia derivada de la Constitución (norma suprema del sistema), hay que concluir que la Constitución admite la posibilidad de que haya sentencias de tribunales internacionales que en el plano interno no sean ejecutivas, esto es, que carezcan de *potestas*, sino que sólo tengan sólo *auctoritas*. En cuanto que este efecto es querido por la Constitución, no se rompe el modelo monista. En este supuesto, la atribución al TEDH por la vía del artículo 94.1.c) CE de esa competencia jurisdiccional internacional no ejecutiva resulta conforme con la Constitución.

2. *Doctrina general. Las contradicciones de la jurisprudencia constitucional*

La cuestión de la ejecución de las sentencias del TEDH en el ordenamiento español se planteó en España con toda su crudeza a raíz de la STEDH recaída en el caso Bultó.⁸⁴ Los señores Barberá, Messeguer y Jabardo fueron condenados a diversas penas por sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 1982, confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre 1982. Contra ambos, los condenados interpusieron un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando diversas vulneraciones de derechos fundamentales que el TC no admitió.⁸⁵ Tras acudir a los órganos de Estrasburgo, el TEDH dictó sentencia declarando que en el proceso se había producido una violación del artículo 6.1 CEDH y declinando la existencia de infracción del artículo 6.2 CEDH.⁸⁶ Los afectados instaron la nulidad de las sentencias españolas condenatorias. La Audiencia Nacional se declaró incompetente. El Tribunal Supremo rechazó la demanda de nulidad a través de una correcta sentencia.⁸⁷ Frente a la sentencia del Supremo se acudió al TC.

⁸⁴ Stedh Barbera, Messeguer y Jabardo, A 146.

⁸⁵ ATC 173/1983, de 20 de abril.

⁸⁶ STEDH Barberá, Messeguer y Jabardo, A 146. Esta sentencia se aprobó por el estrecho margen de 10 a favor contra 8 votos que rechazaron la existencia de violación de derechos del Convenio. El artículo 6.1 CEDH dice que “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente..., por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley que decidirá ... sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...”. El artículo 6.2, declara que “toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.

⁸⁷ STS de 4 de abril de 1990 (Sala 2a, Sierra), *Aranzadi* 3157. Esta sentencia recoge los argumentos expuestos poco antes (el 15-II-1990) por el Magistrado del TS y hoy juez español en el TEDH Morenilla en su artículo “La ejecución...”, ya citado.

El TC dejó entrever su posición definitiva en un auto de suspensión de la condena de los afectados.⁸⁸ La sentencia del TC llegó año y medio después acompañada de un durísimo voto particular disidente del magistrado Gimeno⁸⁹ y de otro voto concurrente del magistrado Leguina. La sentencia del TC no da respuesta a uno de los extremos solicitados en la demanda, a saber, “un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la cuestión de los efectos internos de las decisiones del Tribunal Europeo, *con carácter general* (subrayado mío), que marcara la pauta a seguir en otros casos similares y que agotara todos los posibles enfoques jurídicos”;⁹⁰ antes bien, la sentencia tiene un alcance muy limitado.

El TC comienza recordando la doctrina ortodoxa sobre la cuestión de la ejecución de las sentencias del TEDH. A tal efecto afirma que el CEDH

ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional ..., ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación ..., antes bien el artículo 50 permite sustituir por una satisfacción equitativa ese restablecimiento ... cuando el derecho interno no permite la reparación perfecta de las consecuencias de la resolución o sentencia estatal.

Todo ello, claro está, “no significa que en el plano de nuestro sistema constitucional de protección de los derechos y libertades fundamentales los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio”.⁹¹

Ahora bien, pronto va el TC a introducir unos razonamientos cuando menos discutibles, como muy bien puso de manifiesto el magistrado Gimeno. Los puntos fundamentales del razonamiento del TC son los siguientes.

Cuestionamiento de la supremacía de la Constitución. El TC ha puesto en cuestión este principio básico de nuestro ordenamiento al afirmar que “de la sentencia declarativa del TEDH, cuyo carácter obligatorio es incuestionable, ha de deducirse, como efecto indirecto de la misma, una infracción del artículo 24.2 C.E.” y, sobre todo, que “en nuestro sistema constitucional ..., la declaración de violación del artículo 6.1 del Convenio implica en este caso al mismo tiempo, de acuerdo a la cláusula del artículo 10.2 C.E., una constatación

⁸⁸ ATC 312/1990. El texto de este auto, no publicado en la colección oficial *jurisprudencia constitucional*, se halla parcialmente reproducido por Escobar (“Ejecución...”, *cit.*, p. 548-549).

⁸⁹ STC 245/1991. Esta sentencia ha sido objeto de diversos comentarios por Escobar (“Problemas ...”, *cit.*), Soria Jiménez (“La problemática ..., *cit.*”) y Requejo (“La articulación..., *cit.*”).

⁹⁰ STC 245/1991, Antecedente 3.

⁹¹ STC 245/1991, FJ 2.

de la existencia de una violación del derecho a un proceso público con todas las garantías del artículo 24.2 C.E.”⁹²

Frente a ésto, Gimeno Sendra recordó que la Constitución “tan sólo consagra la necesidad de que los derechos fundamentales se interpreten de conformidad con el CEDH y, por ende, con la doctrina del TEDH (artículo 10.2)”. Es más, “las normas constitucionales poseen un rango jerárquico superior a las del CEDH”,⁹³ dado que “fuera de nuestra C.E. no existen derechos fundamentales”, como dijo el propio Tribunal.⁹⁴

Cuestionamiento de la posición del TC como intérprete supremo de la Constitución y único en su orden. Este principio característico de nuestro sistema de control concentrado de la constitucionalidad ha sido también puesto en tela de juicio en la sentencia Bultó al sostener el TC que “la declaración de violación del artículo 6.1 del Convenio (hecha por el TEDH y no por el TC) implica en este caso al mismo tiempo, de acuerdo a la cláusula del artículo 10.2 C.E., una constatación de la existencia de una violación del derecho a un proceso público con todas las garantías del artículo 24.2 C.E.”.⁹⁵ Esto ha llevado a declarar por el TC la existencia de una violación de un derecho fundamental (artículo 24.2 CE) *porque así lo ha declarado el TEDH, convertido así en supremo intérprete de nuestra Constitución, al menos de sus normas sobre derechos fundamentales.*

Cuestionamiento del valor de cosa juzgada de las resoluciones del TC. Este valor de cosa juzgada de las resoluciones del TC también se tambalea en la sentencia Bultó. La sentencia condenatoria de la Audiencia Nacional y la confirmatoria de la anterior del Tribunal Supremo, ambas de 1982, fueron ya objeto de un recurso de amparo. En dicho recurso de amparo se alegaron, bajo las rúbricas constitucionales que los demandantes creyeron oportunas, los mismos hechos supuestamente irregulares que fueron declarados contrarios al artículo 6.1 CEDH por una estrecha mayoría del Tribunal de Estrasburgo. Ahora bien, dicho recurso de amparo fue inadmitido por un auto del TC, que entendió del fondo del asunto.⁹⁶ El TC menciona esta circunstancia en los antecedentes de hecho (Antecedente 2.c), pero la ignora total y deliberadamente en los fundamentos jurídicos de la sentencia.

Como indica Gimeno Sendra

⁹² STC 245/1991 (FJ 4).

⁹³ VP de Gimeno Sendra (Motivo de discrepancia 3).

⁹⁴ STC 84/1989 (FJ 5).

⁹⁵ STC 245/1991 (FJ 4).

⁹⁶ ATC 173/1983.

si el ATC 173/1983 fue una resolución inadmisoria <de fondo> [puesto que la demanda se rechazó por falta manifiesta de contenido constitucional del antiguo artículo 50.2.b) LOTC], que versaba sobre el mismo objeto, las mismas partes e idéntica causa de pedir (no obstante el distinto *nomen iuris* de la calificación jurídica), es evidente que la actual Sentencia ha infringido también la cosa juzgada de nuestra resolución desestimatoria, por lo que, no sólo debió haberla considerado explícitamente, sino que también debió de haberla anulado expresamente al igual que ha declarado la nulidad de las Sentencias de la A. N. y del T. S.

Gimeno sostiene que “el que no se haya hecho así, parece inexplicable y tan sólo se entiende desde una concepción subliminar del TEDH como órgano superior a este T.C. y del recurso individual del artículo 25 CEDH como una supercasación constitucional”.⁹⁷ Por lo demás, Gimeno Sendra sostiene muy fundadamente que también las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo de 1982 estaban protegidas por la institución de la cosa juzgada, la cual está garantizada en la Constitución, según el mismo TC.⁹⁸ En efecto, los sistemas que admiten la ejecución de las sentencias del TEDH han instituido recursos especiales pues, de no haberlos, la sentencia de Estrasburgo no podría afectar al valor de cosa juzgada de las sentencias nacionales.

Cuestionamiento de la sumisión del TC a la LOTC. El Constitucional recuerda que “el artículo 55.1 LOTC permite que puedan ser anuladas por este Tribunal Sentencias firmes”.⁹⁹ Ahora bien, Gimeno Sendra ha advertido muy oportunamente que este poder del TC de anular sentencias firmes no es ilimitado, sino que está perfectamente delimitado en la LOTC, a la que el Tribunal debe someterse. Entre esos límites se hallan el haber agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial (artículo 44.1.a LOTC), haber invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello (artículo 44.1.b LOTC) y el interponer el amparo en el plazo de veinte días a partir de la notificación de la resolución judicial (artículo 44.2 LOTC). Pues bien, el primero de esos requisitos no se cumple, de un lado, porque los recursos utilizables en la vía ordinaria son los previstos en el ordenamiento y los implicados utilizaron un recurso, el de nulidad contra sentencias firmes, declarado proscrito por el propio TC, y de otro lado, porque el propio TC declaró inadecuado el recurso de nulidad para prolongar artificiosamente la vía ordi-

⁹⁷ VP de Gimeno Sendra (Motivo de discrepancia 5.B).

⁹⁸ VP de Gimeno Sendra (Motivo de discrepancia 5.A).

⁹⁹ STC 245/1991 (FJ 5).

naría. El segundo de los requisitos, en buena medida tampoco se cumplió, según declaró el Tribunal en el ATC 173/1983. El tercero, tampoco al interponerse el amparo diez años después de haberse notificado la sentencia cuya nulidad se pretende. En definitiva, la sentencia Bultó, como dice Gimeno, “al haber infringido el artículo 44.2 LOTC, ha venido a convertir al recurso de amparo en un medio de rescisión de la cosa juzgada o, lo que es lo mismo, ha convertido el amparo en una revisión de Sentencias firmes con respecto a las cuales el TEDH haya podido constatar la infracción de algún precepto del Convenio”.¹⁰⁰

Invasión de competencias del poder legislativo y discriminación entre derechos fundamentales. En la sentencia Bultó el TC realiza ciertas afirmaciones de política legislativa que exceden a su función propia de control de la constitucionalidad de las leyes. Así, llega a decir que “no es suficiente, desde el punto de vista constitucional, una indemnización compensatoria como la que prevé el artículo 50 del Convenio Europeo, en una situación como la presente en la que está en juego la libertad personal de los afectados” (FJ 4). En otro lugar, sostiene que “el Poder legislativo debería establecer cauces procesales adecuados a través de los cuales sea posible articular, ante los órganos del Poder Judicial, la eficacia de las resoluciones del TEDH en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, se haya declarado la infracción de derechos fundamentales en la imposición de una condena penal que se encuentra aún en trámite de ejecución” (FJ 5).

Sin embargo, como ha sostenido Gimeno, no es misión del TC, a través de una sentencia, recomendarle al poder legislativo medidas de reforma. Además, si el artículo 50 CEDH “no es suficiente”, la modificación de un tratado internacional no es competencia del TC, sino que son el gobierno y, eventualmente, las Cortes Generales las que deben intervenir en tal caso. Además, de ninguna norma constitucional se infiere que “las sentencias del TEDH hayan de ejecutarse en sus propios términos hasta el punto de que hayan de anularse las sentencias firmes dimanantes del poder judicial español”. Esto es una solución “que la Constitución permite, pero que no impone”, pues el poder legislativo es “dueño de instaurar o no en nuestro ordenamiento procesal tan novedoso sistema de ejecución de sentencias”.¹⁰¹

A todo lo dicho por Gimeno se pueden añadir otras consideraciones. En primer lugar, si, como sostiene el TC, el artículo 50 CEDH “no es suficiente, desde el punto de vista constitucional, ... en una situación como la presente

¹⁰⁰ VP de Gimeno Sendra (Motivo de discrepancia 4).

¹⁰¹ VP de Gimeno Sendra (Motivo de discrepancia 2).

en la que está en juego la libertad personal de los afectados” (FJ 4) el TC debería haberse planteado una autocuestión de inconstitucionalidad acerca de la conformidad con la Constitución de dicho precepto. Si el precepto fuera inconstitucional habría que denunciar el tratado, y si el precepto es constitucional no se ve la razón de que el TC lo descalifique. A nuestro modesto entender, el artículo 50 CEDH es plenamente conforme con la Constitución. Precisamente porque las sentencias del TEDH no son ejecutivas, dicho Convenio no se ratificó por la vía del artículo 93 CE, y dicho Convenio incluye el procedimiento del artículo 50.

Pero además, en segundo lugar, el TC parece introducir una muy peligrosa discriminación entre derechos fundamentales de primera y de segunda categoría. Ya no se trata de la tesis según la cual “los derechos fundamentales, con independencia de la localización normativa de sus enunciados (sean) para el derecho español un conjunto homogéneo y unitario de derechos cuya conculcación sólo puede ser reparada de un modo igualmente uniforme”.¹⁰² Es que se discrimina entre derechos que tienen una misma localización normativa y, en virtud de la misma, un mismo régimen jurídico. El TC parece dar a entender que su pronunciamiento se debe a que está en juego el derecho a la libertad (artículo 17.1 CE, que, por cierto, no fue invocado por los demandantes), pero que de estar en juego otro derecho su postura quizá hubiera variado. Creemos que la elaboración de esta peligrosa distinción no se ha argumentado suficientemente por el TC.

Es una cruel ironía que tras haber realizado nuestro TC lo que ningún Tribunal de ningún Estado miembro del Consejo de Europa había hecho para dar ejecutividad a las sentencias del TEDH, con la intención de evitar el proceso del artículo 50 CEDH —que sólo opera cuando “el derecho interno (del Estado Parte) ... sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias” de la resolución que incumple las obligaciones del Convenio—, el TEDH no ha considerado suficiente la resolución del TC y ha estimado que la absolucón y liberación no constituyen una completa reparación de daños. Para colmo, el TEDH, aunque reconoce que en España existe un recurso para obtener reparación en casos de funcionamiento anormal de la justicia, el mismo tiene una duración “poco compatible con una protección eficaz” de los derechos del Convenio. Así, el propio TEDH fija unas indemnizaciones económicas a los condenados en el caso *Bultó*.¹⁰³

¹⁰² Requejo, *op. cit.*, p. 185.

¹⁰³ STEDH Barberá, Messegueur y Jabardo de junio de 1994 (sólo conozco referencias de prensa al no haber podido obtener el texto de la sentencia).

La sentencia Bultó cerró en falso el problema de la ejecución de las sentencias del TEDH en el ordenamiento español. Así se ha comprobado recientemente a raíz de la STEDH del caso Ruiz Mateos. En 1983, el gobierno dictó un Decreto-ley expropiando el grupo Rumasa.¹⁰⁴ Posteriormente, se dictó una ley de caso único sobre el mismo asunto.¹⁰⁵ El Decreto-ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad resuelto por el Tribunal en 1983.¹⁰⁶ Frente a la ley se interpusieron dos cuestiones de inconstitucionalidad resueltas en 1986 y 1991.¹⁰⁷ Frente a tales sentencias Ruiz Mateos inició un procedimiento en Estrasburgo que culminó con una sentencia parcialmente estimatoria de sus pretensiones. La sentencia del TEDH no estimó lesión del derecho de propiedad, pero sí que en las cuestiones de inconstitucionalidad de la ley Rumasa se había vulnerado su derecho a un juicio justo (artículo 6.1 CEDH).¹⁰⁸ El señor Ruiz Mateos, invocando la doctrina de la STC 245/1991, acudió al TC mediante sendos recursos de amparo (uno frente a la sentencia que avaló el Decreto-ley y otro frente a las que declararon constitucional la ley) para solicitar la ejecución de la STEDH. El TC, rechazó el primer recurso por estimar que la STEDH no había enjuiciado a la STC 111/1983, la cual, por tanto, no estaba afectada por el pronunciamiento de Estrasburgo. El segundo recurso lo rechazó, sin embargo, por razones de fondo.¹⁰⁹

En sus resoluciones (principalmente en la segunda) sobre la pretensión de Ruiz Mateos de dar ejecución a la STEDH que le afecta, el TC va a desmontar casi todos los pilares fundamentales sobre los que construyó su doctrina de la sentencia Bultó.

1. Supremacía de la Constitución.

El Constitucional va a decir que “si bien tanto al TEDH como a este Tribunal les corresponde declarar la violación de derechos y libertades fundamentales”, sus respectivas funciones “se llevan a cabo en el ámbito de distintos órdenes jurídicos, estando únicamente sometido a la Constitución y a lo dispuesto en su Ley Orgánica (artículo 1.1 LOTC), con independencia del mandato de interpretación que deriva del artículo 10.2 C.E.” (Providencia II).

El TC como intérprete supremo de la Constitución. Como consecuencia de lo anterior, va a ser afirmado el carácter del TC como intérprete supremo de la

104 Real Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, de expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los Bancos y otras sociedades que componen el grupo “Rumasa, Sociedad Anónima”.

105 Ley 7/1983, de 29 de junio, de expropiación por razones de utilidad pública e interés social de los bancos y otras sociedades que componen el grupo “Rumasa, Sociedad Anónima”.

106 STC 111/1983.

107 SSTC 166/1986 y 6/1991.

108 STEDH Ruiz Mateos, A 262.

109 Providencias de 31 de enero de 1994, recaídas en los recursos de amparo 2291/93 (contra la sentencia sobre el Decreto-ley) y 2292/93 (contra las sentencias sobre la ley).

Constitución. La afirmación de la Constitución como norma suprema que prevalece sobre el Convenio, va a producir ciertas consecuencias. En primer lugar, que la declaración por el TEDH de violación de un derecho del Convenio no va a significar una declaración de vulneración de un derecho constitucional, a menos que el TC así lo disponga. En segundo lugar, el Tribunal va a decir “que del artículo 53 y concordantes del Convenio de Roma de 1950” no se desprende “en modo alguno que este Tribunal sea una instancia jerárquicamente subordinada al TEDH y obligada, por tanto, a dar cumplimiento a sus Sentencias en el orden interno” (Providencia II).

Valor de cosa juzgada de las resoluciones del TC. Coherentemente con lo anterior, el Constitucional va a decir que “carece de jurisdicción para revisar sus propias Sentencias, que gozan del efecto de cosa juzgada (artículo 164.1 C.E.) y contra las que no cabe recurso alguno (artículo 93.1 LOTC)”. De ahí que el Tribunal carezca de jurisdicción o competencia (artículo 4.2 LOTC) para modificar sus resoluciones, salvo las escasas excepciones previstas en su Ley Orgánica (Providencia II).

No es extraño entonces que el TC se niegue a revisar sus resoluciones aunque el TEDH haya dicho que las mismas sean el origen directo de una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio.

Sumisión del TC a la LOTC. En conexión con lo expuesto hasta ahora, se recuerda con nitidez que “estando sometido este Tribunal a la Constitución y a lo dispuesto en su Ley Orgánica (artículo 1.1 LOTC)”, no puede “dar cumplimiento ... en el orden interno” a las sentencias del TEDH ya que esa posibilidad “tampoco se halla prevista en la Ley Orgánica de este Tribunal, máxime cuando ello entraña la anulación de sus propias sentencias como se ha solicitado por los recurrentes, pues éstas tienen valor de cosa juzgada (artículo 164.1 C.E.) y contra las mismas no cabe recurso alguno (artículo 93.1 LOTC)” (Providencia II).

A diferencia de lo ocurrido en el caso Bultó, en el Ruiz Mateos, el TC se sujeta escrupulosamente a lo previsto en su Ley Orgánica sin forzarla para dar cumplimiento a la sentencia de Estrasburgo.

Respeto a las competencias del poder legislativo. A diferencia del caso Bultó, aquí no va a hacer el Tribunal consideraciones de política legislativa, ni en lo referente al Convenio ni en lo relativo al propio ordenamiento español. El TC se va a limitar a recordar que del Convenio no se desprende “en modo alguno que este Tribunal sea una instancia jerárquicamente subordinada al TEDH y obligada, por tanto, a dar cumplimiento a sus sentencias en el orden interno” y que esa posibilidad “tampoco se halla prevista” en la LOTC (Providencia II).

El TC se separa conscientemente de la vía abierta en el caso Bultó. De seguir ésta, no cabe duda que, si hubiera querido, él mismo podría haber dado cumplimiento a la STEDH Ruiz Mateos. Como allí se dijo, si el poder legislativo no establece los cauces procesales adecuados, “en tanto tales reformas no se establezcan, este Tribunal no puede sustraerse de conocer la alegada infracción del derecho a un proceso justo con todas las garantías” (FJ 5). En efecto,

el que el Convenio ... no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico la fuerza ejecutoria directa de las decisiones del TEDH ... no significa que en el plano de nuestro sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales los poderes públicos hayan de permanecer indiferentes ante esa declaración de violación del derecho reconocido en el Convenio (FJ 2).

Parece, sin embargo, que en el caso Ruiz Mateos los poderes públicos, empezando por el TC, han permanecido indiferentes y que el TC se ha “sustraído” de conocer una infracción del derecho a un proceso justo con todas las garantías.

Mantenimiento de la discriminación entre derechos. El cambio entre la jurisprudencia de la sentencia Bultó y la providencia del caso Ruiz Mateos era demasiado ostentoso como para que el TC no intentara justificarse. El expediente de escape va a ser la peligrosa discriminación entre derechos fundamentales. A juicio del Constitucional “entre el presente caso y el que dio lugar a la STC 245/1991 median sustanciales diferencias, que impiden que tenga aplicación aquí la doctrina sentada en esta resolución”. “En efecto, es de observar que en aquel caso se trataba de remediar la vulneración de derechos en el curso de un proceso penal, declarada por el Tribunal de Estrasburgo, afectando a unas penas de privación de libertad que se encontraban en curso de ejecución; circunstancia ésta que exigía la intervención de este Tribunal como única vía para impedir la prolongación de la situación de prisión, directamente lesiva del derecho a la libertad personal” (Providencia II).

La argumentación del TC no sólo es peligrosa, sino también falsa. Es falsa porque no era la intervención del TC la “única vía para impedir la prolongación de la situación de prisión, directamente lesiva del derecho a la libertad personal” (derecho que, recordemos, no fue invocado por los recurrentes). En efecto, un indulto regio hubiera conseguido exactamente ese mismo objetivo, incluso más rápida y eficazmente. Pero el razonamiento del TC también es peligroso. Según el mismo, el TC puede ignorar las exigencias que le impone el sometimiento a la Constitución y a su Ley Orgánica cuando esté en juego el

derecho a la libertad personal, pero no cuando estén en juego otros derechos fundamentales. La estrategia de los abogados será por tanto, invocar el derecho a la libertad cuando no deseen la aplicación de los preceptos de la CE o de la LOTC que puedan perjudicar a su cliente. A nuestro modesto entender, este argumento del TC desluce una resolución (la Providencia II) ortodoxa en muchos aspectos.

IV. CONCLUSIONES

Primero. El sistema europeo de derechos humanos no contempla como necesario el carácter ejecutivo de las sentencias del TEDH y admite como lícita la posibilidad de que las mismas no se ejecuten de forma perfecta.

Segundo. Tanto la regulación del Convenio de Roma como la propia jurisprudencia del TEDH confirman que éste no tiene *potestas* para anular decisiones o normas internas, sino que lo que se pone en juego es la responsabilidad internacional.

Tercero. La ejecución de las sentencias del TEDH es competencia de los Estados, libres totalmente en la elección de los medios para realizarla.

Cuarto. La asunción de un modelo monista o dualista en la configuración de las relaciones entre el derecho interno y el internacional no es totalmente decisiva para dar carácter ejecutivo a las sentencias del TEDH. Es posible dar ejecutividad a las sentencias del TEDH en sistemas dualistas y negársela en sistemas monistas de primacía del derecho nacional.

Quinto. El sistema español de relaciones entre los derechos internacional e interno es monista con primacía del derecho nacional constitucional.

Sexto. La potestad jurisdiccional en España es una competencia exclusiva del Estado que está encomendada con carácter exclusivo a los órganos del Poder Judicial, con las excepciones que la propia Constitución admite.

Séptimo. El ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado no ha sido transferido al Consejo de Europa, uno de cuyos órganos es el TEDH, pues el Convenio de Roma se ha ratificado por la vía del artículo 94.1 y no por la del 93 CE.

Octavo. La jurisprudencia constitucional española ha variado sustancialmente su posición. Si en la sentencia del caso Bultó defendió la ejecutividad de las sentencias del TEDH en España, poniendo en cuestión importantísimos principios de nuestro derecho constitucional, en la providencia del caso Ruiz Mateos la negó, afirmando esos mismos principios.

Noveno. En nuestro sistema las sentencias del TEDH no son ejecutivas: ninguna norma obliga a ejecutarlas en sus propios términos. Para dar ejecutividad a las sentencias del TEDH se necesita una reforma legislativa interna y, eventualmente, una reforma del CEDH.

Décimo. Los poderes españoles son libres de adoptar normas o procedimientos para dar ejecución a las sentencias del TEDH o para intentar ejecutarlas con los medios jurídicos actualmente existentes, bien entendido que si la reparación de la violación del derecho del Convenio no es perfecta, el TEDH podrá conceder al afectado una “satisfacción equitativa”, la cual está sometida a los mismos problemas que suscitan las demás sentencias del TEDH.