LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

PROCESAL CONSTITUCIONAL



Derecho procesal constitucional

Luis Andrés Cucarella Galiana

Catedrático de Derecho Procesal,
Universitat de València, España
Profesor de Derecho Procesal
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica
(INEJ), Nicaragua,
Doctor en Derecho por las
Universidades de Bolonia y Valencia

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

Consejo Académico y Administrativo

Rector

Mario A. Houed Vega (Costa Rica)

Vicerrector General

Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)

Secretario General

Silvio A. Grijalva Silva (Nicaragua)

Vicerrector Académico

Darvyn I. Centeno Mayorga (Nicaragua)

Vicerrector de Investigación

Manuel Vidaurri Aréchiga (México)

Vicerrector Administrativo Financiero Sergio J. Cuarezma Zapata (Nicaragua)

Equipo editorial

Autor : Luis Andrés Cucarella Galiana

Coordinación editorial : Alicia Casco Guido
Diseño de interiores : Alicia Casco Guido
Diseño de portada : Daniela Herrera Castro

ISBN: 978-99924-21-39-0

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© Luis Andrés Cucarella Galiana, 2019

© INEJ, 2019

© Hispamer, 2019

El Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, fundado en 1995, y creado por la Ley No 604/2006, de 26 de octubre, es una institución académica de educación superior, autónoma y sin fines de lucro, que aporta conocimiento novedoso e innovador de calidad y al más alto nivel, para contribuir al desarrollo humano, institucional, social y económico de la nación nicaragüense y la región a través de la investigación científica y los estudios de postgrados en los niveles de diplomado, posgrado, especialización, maestría y doctorado en las diferentes áreas de las ciencias jurídicas y disciplinas afines.

info@inej.net www.inej.edu.ni

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva del autor, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) y Editorial Hispamer.

Índice general

Fundamento del derecho a la prueba (Perspectivas constitucional y civil)	9
Justicia popular y proceso	25
La participación ciudadana en la justicia constitucional como forma de control del ejercicio de la potestad jurisdiccional	61
Protección de intereses difusos y medio ambiente	79
Tutela de intereses colectivos y difusos en materia de igualdad entre mujeres y hombres	107
Principios relativos a las partes y al procedimiento seguidante el tribunal europeo de derechos humanos	
Nuevas vías para la protección colectiva de derechos ante el tribunal europeo de derechos humanos	173
Contenido y requisitos de las sentencias y decisiones del tribunal europeo de derechos humanos	193
Protección regional de derechos humanos y disposiciones constitucionales incompatibles	223
Violación colectiva de derechos humanos y mecanismos procesales de protección en el sistema europeo	249

SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS

AAVV Autores varios

art./s. artículo/s

ATCE Auto del Tribunal Constitucional español

BDAW Base de datos Aranzadi Wetslaw

CADH Convención Americana de Derechos Humanos

CDJ Cuadernos de Derecho Judicial

CE Consejo de Europa

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades

fundamentales

CE/1978 Constitución española de 1978.

CGPJ Consejo General del Poder Judicial

CIDH Corte Interamericana de Derechos Humanos

coord. coordinador CP Código Penal

DA Disposición adicional

ECE Estatuto del Consejo de Europa

FD Fundamento de Derecho

FJ Fundamento jurídico

LEC Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil LEC/1881 Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

Lecrim Ley de Enjuiciamiento Criminal

LO Ley Orgánica

LOPIEMH Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y

hombres

LOPJ Ley Orgánica, /1985, del Poder Judicial

LOTC Ley Orgánica 2/1979, 3 octubre, del Tribunal

Constitucional

MF Ministerio Fiscal

OEA Organización de Estados americanos

pág./s página/s párr. párrafo

PJ Revista del Poder Judicial

RTEDH Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos

Humanos

STCE Sentencia del Tribunal Constitucional español

STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TAAVV Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia

TC Tribunal Constitucional

TCE Tribunal Constitucional español

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJ Tribunal del Jurado

vol. volumen

UE Unión Europea

Fundamento del derecho a la prueba (Perspectivas constitucional v civil)¹*

I. El derecho fundamental a la prueba en el sistema constitucional español

A) FUNDAMENTO NORMATIVO CONSTITUCIONAL

La Constitución española de 27 de diciembre de 1978, contempla los derechos fundamentales y libertades públicas, en el capítulo segundo, sección 1ª, del título I CE/1978. En concreto, los artículos 14-29 constitucionalizan los diferentes derechos fundamentales. Sobre los mismos, debemos decir, que la mayoría de los que se recogen, son derechos de índole material. Sin embargo, el artículo 24 CE/1978, consagra los denominados derechos fundamentales procesales.

Dicho artículo está dividido en dos apartados. El primero de ellos, de ámbito más general, consagra el derecho a la tutela judicial efectiva. En concreto, indica que "todas las personas tiene derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión". La virtualidad de este párrafo se manifiesta en todos los órdenes jurisdiccionales. Es decir, con independencia de que se trate de un proceso civil, penal, laboral, o administrativo, quien en él intervenga, tiene el derecho a obtener la tutela judicial efectiva.² La constitucionalización de

- * Ponencia presentada en el X Congreso Internacional de Derecho Procesal: "La prueba como derecho fundamental", celebrado los días 2,3 y 4 de junio de 2016, en Ciudad Neily, Costa Rica.
- Sobre este derecho fundamental procesal, Ortells Ramos, M., Introducción al Derecho Procesal (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.). Aranzadi, España, 5ª edición, 2015, págs. 265-281.

este derecho se debe a la prohibición de autotutela. En la medida en que en las sociedades modernas se prohíbe la autotutela, el Estado asume la obligación de tutela de manera efectiva, a través de sus órganos jurisdiccionales, de los derechos. Además, en dicho proceso, debe evitarse cualquier situación de indefensión.

Por su parte, el párrafo 2 del artículo 24 CE/1978 viene a consagrar una serie de derechos fundamentales, la mayoría de los cuales se contemplan para el proceso penal. En concreto, dicho párrafo dispone que "todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia".³

Si algo llama la atención de este párrafo, es el hecho de que se mezclen derechos fundamentales propios del ámbito procesal penal, con los de ámbito general. En este sentido, el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, o el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, son derechos que forman parte del haz de derechos procesales generales.⁴

En relación con el tema que nos ocupa en esta ponencia, no hay una constitucionalización expresa del derecho a la prueba. En concreto, se habla del derecho a "utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa". Sin embargo, esa referencia explícita a la prueba se está circunscribiendo al ámbito del proceso penal, y más en concreto, se presta atención a la persona del acusado. No obstante, este silencio no debe entenderse como ausencia de constitucionalización del derecho de acceso a la prueba como actividad a desarrollar en el proceso.

- 3 El párr. 2 añade que "la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos".
- 4 Sobre dichos derechos, Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 109-115, para el caso del juez legal o predeterminado; págs. 318-324, para las garantías procesales.

Una mera lectura del artículo 24 CE/1978 puede llevar a la conclusión de que el derecho a la prueba, en el ámbito constitucional tiene cabida tanto en el párrafo 1 como en el 2. En este sentido, el derecho a la tutela judicial efectiva, la prohibición de indefensión, y el derecho a un proceso con todas las garantías, son derechos que dan cobertura al derecho de acceso a los medios probatorios en el proceso. A ellos hay que sumar el derecho a usar los medios de prueba pertinentes para la defensa. No obstante, este último derecho solamente pone el acento en el lado pasivo del proceso.

Así lo ha entendido el TCE en su jurisprudencia. Para ello, basta con tomar como referencia la STCE 212/2013, 16 diciembre, en cuyo fj 4° se subraya claramente que existen "íntimas relaciones del derecho a la prueba con otros derechos garantizados en el art. 24 CE".⁵

B) CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO

Si bien hemos señalado cuál el fundamento constitucional del derecho al recurso, no puede pasarse por alto que el paso siguiente a dar es el de concretar el contenido esencial de ese derecho. La fijación del mismo permite establecer los límites que tiene el legislador ordinario a la hora de regular el ejercicio de este dere-

En concreto, afirma que "en relación con el derecho a la prueba, este Tribunal ha tenido ocasión de establecer doctrina sobre su alcance instrumental. Según establecimos en la STC 88/2004, de 28 de mayo (RTC 2004, 88), FFJJ 3 y 4, "[e]ste Tribunal ha puesto no obstante de relieve 'las íntimas relaciones del derecho a la prueba con otros derechos garantizados en el art. 24 CE (RCL 1978, 2836). Concretamente, en nuestra doctrina constitucional hemos hecho hincapié en la conexión de este específico derecho constitucional con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]), cuyo alcance incluye las cuestiones relativas a la prueba (SSTC 89/1986, de 1 de julio [RTC 1986, 89], FJ 2; 50/1988, de 22 de marzo [RTC 1988, 50, FI 3: 110/1995, de 4 de julio [RTC 1995, 110], FI 4: 189/1996, de 25 de noviembre [RTC 1996, 189], FJ 3; y 221/1998, de 24 de noviembre [RTC 1998, 221], FJ 3), y con el derecho de defensa (art. 24.2 CE [RCL 1978, 2836]), del que es inseparable (SSTC 131/1995, de 11 de septiembre [RTC 1995, 131], FJ 2; 1/1996, de 15 de enero [RTC 1996, 1], FJ 2; v 26/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 26], FJ 2)' (STC 19/2001, de 29 de enero [RTC 2001, 19], FJ 4; y, en el mismo sentido, STC 133/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 133], FJ 3)".

cho.⁶ Pues bien, en este sentido, la sentencia anteriormente indicada señala:

" (...) el contenido esencial del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso".

Es decir, el ordenamiento jurídico debe permitir que las partes procesales, cuando haya necesidad de ello, puedan provocar la actividad procesal necesaria para fijar los hechos. No obstante, este derecho es de configuración legal. Así se subraya claramente en la STCE 174/2008, 22 diciembre, en cuyo fj 2º se afirma:

- "(...) es doctrina consolidada de este Tribunal que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) es un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador establecer las normas reguladoras de su ejercicio en cada orden jurisdiccional. Por lo tanto, para entenderlo vulnerado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en forma y momento legalmente establecido".
- C) SUPUESTOS EN LOS QUE SE VULNERA, DESDE UN PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL, EL DERECHO A LA PRUEBA
- a) Cuando se deniega de manera arbitraria o irrazonable la práctica de prueba

El TCE se refiere a los casos en que sin motivación alguna o con una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria e irrazo-

6 Al respecto, debe tenerse presente que de acuerdo con el art. 53.1 CE, "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)". nable, se inadmite la práctica de la prueba. A ello se debe sumar que la falta de la prueba haya colocado a la parte en situación de indefensión. De este modo, es preciso que se constate que la decisión final del fallo hubiera sido distinta si se hubiera practicado la prueba indebidamente denegada. En este sentido, en el fj 2º de la STCE 174/2008 se afirma:

"Asimismo es necesario que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente por ser aquélla decisiva en términos de defensa, lo que exige que el recurrente razone en la demanda de amparo la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas y que argumente de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podía haber sido favorable a sus pretensiones de haberse aceptado y practicado la prueba propuesta (SSTC 26/2000, de 31 de enero [RTC 2000, 26], F. 2; 165/2001, de 16 de julio [RTC 2001, 165], F. 2; 133/2003, de 30 de junio [RTC 2003, 133], F. 3; 129/2005, de 23 de mayo [RTC 2005, 129], F. 3; 244/2005, de 10 de octubre [RTC 2005, 244], F. 5: 308/2005, de 12 de diciembre [RTC 2005, 308], F. 4; 42/2007, de 26 de febrero [RTC 2007, 42], F. 4)".

Por lo tanto, el derecho a utilizar los medios de prueba no es un derecho absoluto. Queda supeditado a que se pida en el momento y en la forma contemplada legalmente. Y además, no basta la mera petición. El juez, de manera razonada y motivada, sobre todo si ese medio probatorio no tiene relevancia para el caso, puede denegar la propuesta hecha. Así se subraya claramente en la STCE 71/2004, 19 abril, 7 en cuyo fj 3º se afirma:

"Pues bien, el derecho a la prueba no puede entenderse vulnerado de acuerdo con nuestra jurisprudencia, según la cual estamos ante un derecho de configuración legal, lo que comporta como requisito previo inexcusable el que la presentación de las pruebas se haya realizado en el momento procesal oportuno. Del mismo modo este Tribunal ha insistido en que estamos ante un derecho de carácter limitado, lo que se traduce en la posibilidad de denegar la admisión de la prueba por el órgano jurisdiccional si su decisión no es arbitraria o irrazonable, muy en particular si se argumenta la carencia de relevancia de la prueba solicitada en relación con la decisión a adoptar (por todas, STC 168/2002, de 30 de septiembre [RTC 2002, 168], F. 3, y las muy numerosas en ella citadas en relación con la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la prueba)".

b) Cuando se fundamenta el fallo de la sentencia en la ausencia de prueba de unos hechos, cuando esa prueba fue indebidamente inadmitida

El TCE también ha entendido que existe una vulneración constitucional del derecho fundamental a la prueba, cuando el juez dicta sentencia fundamentándola en la falta de prueba de unos hechos, cuando en realidad, esa prueba fue inadmitida indebidamente. En concreto, en la STCE 174/2008, se afirma:

- " (...) hemos venido señalando también que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuva demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000, de 14 de febrero [RTC 2000, 37], F. 4; 19/2001, de 29 de enero [RTC 2001, 19], F. 6; 73/2001, de 26 de marzo [RTC 2001, 73], F. 4; 4/2005, de 17 de enero [RTC 2005, 4], F. 5; 308/2005, de 12 de diciembre [RTC 2005, 308], F. 4; 42/2007, de 26 de febrero [RTC 2007, 42], F. 5)".
- c) Cuando no se practica una prueba debidamente admitida Éste es otro supuesto en que el TCE considera que se produce una vulneración relevante, desde un punto de vista constitucional, del

derecho fundamental a la prueba. Referencias a este supuesto encontramos en el fj 4º de la STCE 212/2013, en la que se afirma:

" (...) desde tiempo atrás este Tribunal ha proclamado que la inejecución de una prueba admitida a trámite equivale a su inadmisión, y así, la STC 147/1987 de 25 de septiembre (RTC 1987, 147), FJ 3, sostuvo que "el efecto de la inejecución de la prueba es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa. La no práctica equivale, pues, objetivamente a una inadmisión y, dadas las circunstancias, lógicamente no motivada o fundada. Tal peculiaridad, no impide que sea aplicable al caso la doctrina reiterada del Tribunal sobre el derecho a utilizar los medios pertinentes para la propia defensa en cuya aplicación la cuestión se centra en valorar la relevancia de la omisión de la actividad judicial para el derecho constitucional mencionado".

No obstante, demos recordar que la jurisprudencia constitucional es clara al exigir que además, se ponga de manifiesto que la ausencia en la práctica de la prueba tuvo trascendencia desde un punto de vista de la decisión final que se tome en el proceso.⁸

Al respecto, en la misma sentencia se afirma que "esta carga de la argumentación se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haberse admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso. De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (entre las últimas, SSTC 185/2007, de 10 de septiembre [RTC 2007, 185], FJ 2; y 258/2007, de 18 de diciembre [RTC 2007, 258], FJ 2)."

d) Cuando se practica de manera incorrecta un medio probatorio

En este caso, también es preciso que la prueba indebidamente practicada sea relevante para la decisión final que se tome en el proceso. En este sentido, en la STCE 212/2013, se afirma:

"Asimismo, es doctrina de este Tribunal que la incorrecta practica de una prueba admitida puede revestir relevancia constitucional, pues como refleja, entre otras, la STC 101/1999, de 31 de mayo (RTC 1999, 101); FJ 5, "[d]e ahí que para que este Tribunal pueda apreciar la referida lesión constitucional se venga exigiendo, por una parte, que sea el recurrente quien demuestre la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o, como ocurre en este caso indebidamente practicadas y, por otro, que argumente de modo convincente que, de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiera practicado correctamente la prueba admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta pues sólo en tal caso —comprobado, que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido— podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho del recurrente" (SSTC 147/1987 [RTC 1987, 147]; 357/1993, de 29 de noviembre [RTC 1993, 357]; 1/1996 [RTC 1996, 1]; 217/1998 [RTC 1998, 217] y 219/1998, de 16 de noviembre [RTC 1998, 219])".

II. Regulación positiva del derecho a la prueba en el caso del proceso civil en España

A) PROCEDIMIENTOS DE DECLARACIÓN

Una vez que hemos fijado las coordenadas constitucionales, lo que pretendemos hacer en las siguientes páginas, es analizar cómo se ha configurado legalmente el derecho a la prueba en el proceso civil español. No perdamos de vista que, como hemos señalado, el derecho a la prueba es de configuración legal. Por lo tanto, interesa concretar en qué medida, en el proceso civil seguido en

España, se han configurado los requisitos de proposición, admisión y práctica de la prueba.

Pretendemos llevar a cabo este análisis, atendida la importancia de la reforma que se llevó a cabo de la regulación procesal civil en España en el año 2000. En concreto, en dicho año, el legislador español afrontó la reforma del sistema civil de enjuiciamiento, con el objeto de ajustarlo a las exigencias de oralidad e inmediación que se derivan de la CE/1978.9 De hecho, el procedimiento existente hasta entonces era un procedimiento con un claro predominio de la escritura sobre la oralidad. Esta reforma supuso la derogación de la Lec/1881, que fue sustituida por la LEC, 7 de enero. Con la misma, se introdujo un sistema mixto por audiencias caracterizado por la regulación de dos tipos de procedimientos tipo de declaración. ¹⁰ En concreto, el artículo 248.1 LEC dispone que "toda contienda entre partes que no tenga señalada por la Ley otra tramitación, será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda". El apartado 2 añade que" pertenecen a la clase de procesos declarativos: 1º. El juicio ordinario; 2°. El juicio verbal". 11

- 9 Al respecto, debe tenerse presente, por ejemplo, que el art. 120.1 CE dispone que "las actuaciones judiciales serán públicas (...)". O el apartado 2 añade que "el procedimiento será predominante oral (...)".
- Al respecto, Cucarella Galiana, L. A., "Visión general del proceso mixto por audiencias en la Ley de Enjuiciamiento Civil española", en Derecho Procesal, dinamismo y transformación. Hesaka editorial, Paraguay, 2015, págs. 167-187; González Velasco, J. P., El proceso para la declaración y los procedimientos ordinarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios jurídicos. Cuerpo de secretarios judiciales, núm. 5, 2000, págs. 415-548.
- Sobre la diversidad de procedimientos en la LEC, Ortells Ramos, M., Derecho Procesal Civil (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz. J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.). Aranzadi, 14ª edición, 2015, págs. 515-527.

Sobre el juicio ordinario, Seoane Spielgelberg, J. L., El juicio ordinario en la nueva ley de enjuiciamiento civil 1/2000. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, núm. 4, 2000, págs. 487-512; Aguilera Morales, E., Los procesos declarativos ordinarios: el juicio ordinario. Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal, núm. 6, 2001, págs. 9-15.

Así, obviamente, el primer criterio al que hay que atender para determinar el procedimiento adecuado, es el de la especialidad. ¹² Es decir, si existiera un procedimiento especial, éste sería el preferente. ¹³ En defecto del criterio de la especialidad, debe atenderse al criterio de la materia. Es decir, hay litigios o controversias para las que el legislador ha señalado cuál es el procedimiento que debe seguirse. Así se hace en el artículo 249.1 LEC para el juicio ordinario, y en el 250.1 LEC, para el verbal ¹⁴. En defecto del criterio de la materia, rige el de la cuantía, es decir, se tramitan a través del verbal las demandas que no excedan de seis mil euros (art. 250.2 LEC). Por su parte, se tramitan a través del ordinario, las demandas que excedan de seis mil euros (art. 249.2 LEC). Por último, existe un tercer criterio residual o de cierre, que reconduce al juicio ordinario las demandas "cuyo interés eco-

Sobre el juicio verbal, Aguilera Morales, E., Los juicios declarativos ordinarios: el juicio verbal. Tribunales de justicia: revista española de derecho procesal, núm. 6, 2001, págs. 17-20.

- 12 Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz. J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 516-517.
- 13 Los procedimientos especiales se regulan en el libro IV LEC.
- 14 Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos decir, por ejemplo, que de acuerdo con este criterio, se tramitan siempre a través del ordinario, las demandas de impugnación de acuerdos sociales, propiedad industrial, propiedad intelectual, competencia desleal o publicidad ilícita.

Sobre el ámbito de este procedimiento, Juan Sánchez, R., *Derecho Procesal Civil* (con Ortells Ramos, M.; Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 529-530.

Por su parte, se tramitan a través del verbal, las demandas de rectificación de hechos, o la de reclamación de alimentos, entre otras.

Sobre el ámbito de este procedimiento, Juan Sánchez, R., *Derecho Procesal Civil* (con Ortells Ramos, M.; Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 534-535.

15 Esta regulación debe completarse con la prevista en los arts. 251 y 252 LEC que contemplan las reglas de cuantificación de los asuntos litigiosos.

Sobre estas reglas, Ortells Ramos, M., Derecho Procesal Civil (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz. J.; Juan Sánchez,

nómico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo" (art. 249.2 in fine LEC).

B) PROPOSICIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

La proposición de los medios probatorios debe hacerse necesariamente, en dos momentos procesales diferenciados. Hay determinados medios de prueba que deben proponerse en la demanda o en la contestación, dependiendo de si nos referimos al demandante o al demandado. Esos medios de prueba son los incluidos en el artículo 265 LEC. En concreto, y principalmente, son los medios de prueba documentales, audiovisuales, en soporte informático y los dictámenes de perito designado por la parte. 16

La finalidad que se persigue al imponer la carga de proponer estos medios probatorios en los iniciales actos de alegación, es la de que las partes desvelen determinadas fuentes de prueba de las que disponen. De esta manera, la contraparte, puede planificar mejor su estrategia en el proceso. ¹⁷ Por otro lado, hay que añadir, que con carácter excepcional, pueden aportarse en momento posterior estas fuentes de prueba si son de fecha posterior a los iniciales actos de alegación, si son de fecha anterior, pero se descubren después, o si son de fecha anterior cuya existencia se concia antes de los iniciales actos de alegación, pero no se pudieron obtener antes por causa no imputable a la parte (art. 270 LEC).

El resto de medios probatorios se deben proponer en momento procesal posterior. Así, en el caso del juicio ordinario, debe tenerse presente que tras la presentación y admisión a trámite de la demanda, se da al demandado un plazo de veinte días para que por escrito conteste a la demanda (art. 404 LEC). Tras la perso-

R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 522-523.

¹⁶ Si bien ésta es la regla general sobre la proposición de estos medios probatorios, debe tenerse presente que la LEC contempla excepciones. El art. 270 LEC contempla los casos de presentación tardía de documentos, u otros medios o instrumentos.

¹⁷ Así se subraya por Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz. J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 261-262.

nación del demandado, tiene lugar la celebración de una audiencia, llamada "audiencia previa al juicio" (arts. 414-430 LEC). En la misma, es donde las partes, de manera, oral, deben proponer los restantes medios probatorios (art. 429 LEC).

En el caso del juicio verbal, admitida a trámite la demanda, se da traslado al demandado para que la conteste por escrito en un plazo de diez días (art. 438 LEC). Tras la personación del demandado, se convoca a las partes a una audiencia que se llama "vista" (arts. 443-446 LEC). En la misma, es donde se deben proponer los restantes medios probatorios (arts. 445-446 LEC).

C) Admisión

Los criterios de admisión o inadmisión vienen a quedar bien explicitados en la LEC. Así, deben inadmitirse los medios de prueba impertinentes, que son los que se dirigen a probar hechos que no se han introducido en el proceso. De igual modo, deben inadmitirse los medios de prueba improcedentes. Se entiende por tales, los que van dirigidos a probar hechos que se han introducido en el proceso, pero que han sido admitidos. De la companidad de la proceso, pero que han sido admitidos.

También deben ser objeto de inadmisión los medios de prueba inútiles, que son los que se dirigen a probar hechos introducidos en el proceso y que son controvertidos, pero sin embargo, el medio de prueba propuesto no es útil para la finalidad que se persigue.²⁰

Merece la pena destacar que en la LEC se introdujo una regulación expresa de la ilicitud de la prueba, entendiendo por tal, la que se dirige a introducir en el proceso fuentes de prueba que

- 18 El art. 283.1 LEC dispone que "no deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente". Debe completarse esta regulación con el art. 281.1 LEC que dispone que "la prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso".
- 19 En este sentido, el art. 281.3 LEC dispone que "están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes (...)".
- 20 Al respecto, el art. 283.2 LEC dispone que "tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos".

se ha obtenido directa o indirectamente violando derechos fundamentales.²¹

D) PRÁCTICA

En relación con la práctica, son varios los principios sobre la base de los cuales debe llevarse a cabo.²² Así, en primer lugar, la prueba debe practicarse de manera contradictoria. En este sentido, debe tenerse presente que las mismas se practican en todo caso en una audiencia pública a la que, debidamente, deben ser citadas las partes.²³

En segundo lugar, se aspira a que los medios probatorios se practiquen de manera concentrada, es decir, con unidad de acto. ²⁴ Por este motivo, por ejemplo, se dispone que se practiquen previamente al juicio o a la vista, las pruebas que pudieran provocar la suspensión de dichos actos. ²⁵

En tercer lugar, se impone el deber de los jueces de presenciar la práctica de la prueba, disponiéndose la nulidad de pleno derecho si se incumple este deber de inmediación.²⁶

- 21 Sobre la ilicitud de la prueba en el proceso civil, debe tenerse presente el art. 287 LEC.
- 22 Sobre estos principios, Ortells Ramos, M., Derecho Procesal Civil (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz. J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 317-319.
- 23 Véase en este sentido, Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz. J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 317-318.
- Ortells Ramos, M., Derecho Procesal Civil (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz. J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pág. 318.
- 25 El art. 290.1 párr. 1 LEC dispone que "todas las pruebas se practicarán en unidad de acto". Para el caso de las pruebas que pudieran provocar la suspensión del juicio o la vista, el párr. 2 añade que "estas pruebas se practicarán en todo caso antes del juicio o de la vista".
- Véase, Ortells Ramos, M., Derecho Procesal Civil (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz. J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Pe-

En cuarto lugar, la manera de practicar la prueba, es oral. Debiéndose documentar en soporte audiovisual.²⁷

Y en quinto lugar, rige también el principio de publicidad en las actuaciones de prueba, publicidad que puede garantizarse en la medida en que se llevan a cabo en audiencias.²⁸

El momento procesal oportuno para la práctica de las pruebas, como hemos señalado, es el del juico o el de la vista. No obstante, debe tenerse presente la existencia de algunas excepciones. Así, por ejemplo, podemos hacer referencia a las posibilidades de practicar prueba anticipada, o de práctica de la prueba,²⁹ en el plazo para la emisión de la sentencia en el juicio ordinario.³⁰

III. Bibliografía

- AGUILERA MORALES, E., Los procesos declarativos ordinarios: el juicio ordinario. Tribunales de Justicia: Revista española de derecho procesal, núm. 6, 2001.
- Los juicios declarativos ordinarios: el juicio verbal. Tribunales de justicia: revista española de derecho procesal, núm. 6, 2001.
- CUCARELLA GALIANA, L. A., "Visión general del proceso mixto por audiencias en la Ley de Enjuiciamiento Civil española", en *Derecho Procesal, dinamismo y transformación*. Hesaka editorial, Paraguay, 2015.

nadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pág. 318. En concreto, sobre esta sanción de nulidad, véase el art. 137.4 LEC.

²⁷ Véase, Ortells Ramos, M., Derecho Procesal Civil (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz. J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pág. 319.

Ortells Ramos, M., Derecho Procesal Civil (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz. J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pág. 319.

²⁹ Sobre este tipo de prueba, arts. 293-296 LEC.

³⁰ Esas pruebas se pueden practicar como diligencias finales (art. 435 LEC).

- GONZÁLEZ VELASCO, J. P., El proceso para la declaración y los procedimientos ordinarios en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios jurídicos. Cuerpo de secretarios judiciales, núm. 5, 2000.
- ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil* (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ. J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi, 14ª edición, 2015.
- Introducción al Derecho Procesal (con BONET NAVARRO, J.; MAS-CARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁN-CHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIA-NA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLA-NA, A.). Aranzadi, España, 5ª edición, 2015.
- SEOANE SPIELGELBERG, J. L., El juicio ordinario en la nueva ley de enjuiciamiento civil 1/2000. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña, núm. 4, 2000.

Justicia popular y proceso³¹*

1. Origen del jurado

A) Introducción

El Estado de Derecho debe estructurarse sobre la base de una configuración democrática, y en todo caso, debe aspirar a que la persona sea el eje central y básico de la política y la vida de una Nación. A día de hoy, cuando se habla de división de poderes en los textos constitucionales, resulta claro que al poder judicial se le encomienda la labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En este sentido, por ejemplo, el artículo 117.3 CE/1978, indica que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por la leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan".

La atribución al poder judicial de la función de juzgar, viene haciéndose desde que se formuló la teoría clásica de la división de poderes. Es evidente que esta teoría se formuló en un contexto histórico determinado y debe interpretarse en su justa medida.³³

- 31 * Ponencia presentada en el II Congreso Paraguayo de Derecho Procesal Constitucional celebrado en Asunción (Paraguay), los días 3, 4 y 5 de septiembre de 2015.
- 32 Al respecto, Garrido Gómez, M. I., Derechos fundamentales y estado social y democrático de derecho. Paracuellos del Jarama (Madrid), Dilex 2007.
- 33 Sobre la misma, Montesquieu, C. L., *El espíritu de las leyes*. Ediciones Istmo 2002.

Es verdad que esta teoría se formuló con el objeto de repartir el poder y garantizar la libertad. Para ello, era preciso despojar al monarca del poder absoluto y repartirlo. El reparto se pretendía llevar a cabo de la siguiente manera: el poder ejecutivo quedaba en manos del monarca y su gobierno; el poder legislativo, en manos de la burguesía que estaría representada en el parlamento, y el poder judicial, en manos del pueblo

Pero de la misma, y dándole una visión ajustada a la concepción actual, lo relevante es que en la configuración del Estado por la Constitución de una Nación, debe aspirarse a garantizar la libertad y la dignidad de la persona. Este objetivo solamente puede alcanzarse si realmente existe una división de poderes, y sobre todo, si hay un poder judicial claramente diferenciado de los otros poderes del Estado, que pueda incidir en el control de la actuación de éstos, y a su vez, que esté integrado por jueces y magistrados que gocen de verdaderas garantías de independencia e imparcialidad.

El desafío de un Estado constitucional y democrático, es articular un poder judicial independiente de los otros poderes del Estado, y también, unos jueces realmente independientes dentro de la estructura organizativa a la que pertenecen. Nótese, por lo tanto, que la independencia la estamos predicando como característica del poder judicial y a su vez, como nota específica del estatuto jurídico de las personas que integran el poder judicial.³⁴

No obstante, realizadas las anteriores consideraciones, queremos volver a la formulación de la teoría clásica de la división de poderes. La razón es que nos va a servir para sentar las bases de lo que es objeto de estudio en esta ponencia. En concreto, queremos prestar atención a algunas cuestiones relativas a la Justicia popular y el desempeño de la misma a través del tribunal del jurado.

B) TEORÍA CLÁSICA DE LA DIVISIÓN DE PODERES Y LA JUSTICIA POPULAR

En la teoría clásica de la división de poderes hay tres aspectos que la caracterizaron claramente, y que exponemos a continuación.

que actuaría a través de tribunales ocasionales que se constituirán para el enjuiciamiento de hechos criminales y para la resolución de controversias privadas (Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.). Aranzadi, 5ª edición, 2015, pág. 80.

³⁴ Sobre esta nota del estatuto de los jueces, Ortells Ramos, M., Introducción al Derecho Procesal (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 61-72.

En primer lugar, al poder judicial debe encomendársele la labor de juzgar. Esta función, obviamente, es distinta de la que tienen encomendada los poderes legislativo y ejecutivo.

No vamos a entrar ahora a analizar en qué consiste juzgar y las diferentes teorías que se han formulado al respecto³⁵. Sin embargo, brevemente, podemos indicar que juzgar es aplicar el Derecho objetivo al caso concreto por vía de heterotutela y con eficacia de cosa juzgada³⁶. Estas notas marcan claramente la diferencia entre la actuación judicial y la de los otros poderes, sobre todo, la actuación de la Administración pública integrante del poder ejecutivo.

Son más importantes, en relación con el tema que nos ocupa en esta ponencia, las otras dos consideraciones que recogemos a continuación.

En segundo lugar, el ámbito de actuación del poder judicial, en la teoría clásica de la división de poderes, quedaba reducido al enjuiciamiento de las causas criminales y la resolución de controversias en el ámbito del Derecho privado. Como puede verse, se trata de un ámbito de actuación muy reducido.

Y en tercer lugar, la clase social que gestionaría la actuación judicial sería el pueblo. Es decir, mientras la nobleza y el Rey tenían bajo su control el poder ejecutivo y la burguesía controlaría el poder legislativo, el pueblo, a través de tribunales populares ocasionales, sería el encargado de llevar a cabo la labor jurisdiccional.

- 35 Sobre las diferentes teorías, Serra Domínguez, M., Jurisdicción, en Estudios de Derecho Procesal. Barcelona, Ariel 1969, págs. 23-51; Alcalá Zamora y Castillo, N., Notas relativas al concepto de Jurisdicción, en Estudios de teoría general. México 1974, págs. 29-60.
- 36 Sobre la función de aplicar el Derecho al caso concreto con eficacia de cosa juzgada, Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pág. 130.

Véase también, Serra Domínguez, M., Jurisdicción, cit. pág. 60.

Sobre la aplicación del Derecho al caso concreto por vía de heterotute-la, , Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 136-137.

Como puede apreciarse, frente al juez del Antiguo Régimen, los ideólogos liberales burgueses reivindican que la labor jurisdiccional sea encomendada al pueblo.

La formulación de esta teoría, y el triunfo de la Revolución francesa, supuso la implementación del sistema de justicia popular, y la introducción del juicio con jurado. De esta manera, se importó a la Europa continental, una figura que ya tenía tradición en Gran Bretaña. ³⁷ No obstante, el sistema implementado en Francia y que iba a servir de modelo en las posteriores revoluciones burguesas europeas, presentaba unas carencias que queremos subrayar.

Al respecto, hay que señalar que si aparentemente puede entenderse que hay un reparto equitativo del poder entre la burguesía, la nobleza y el pueblo, subrayamos dos aspectos que consideramos esenciales que evidencian las carencias a las que nos referimos.

Por un lado, nótese que mientras los poderes ejecutivo y legislativo son permanentes, el judicial no lo es, pues los tribunales populares se constituyen ocasionalmente para el enjuiciamiento del asunto que le corresponde. Un poder que no es permanente, ya nace en situación de inferioridad o desventaja en relación con los otros poderes del Estado.

Por otro lado, el ámbito de actuación del poder judicial quedaba limitado a esas dos facetas a las que nos hemos referido. En este sentido, es evidente que la resolución de controversias en el ámbito del Derecho privado y la imposición de penas por delitos, es una labor relevante. Sin embargo, hay otros ámbitos que quedaban fuera del control por parte de la judicatura. Nos referimos, por un lado, al control de la legalidad de los actos de la Administración Pública, y por otro, al control de constitucionalidad de las disposiciones emanadas del parlamento. Una vez más se constata el papel relevante de los poderes ejecutivo y legislativo y el papel subsidiario o secundario del poder judicial.

³⁷ Sobre estas cuestiones y el origen del jurado, López Jiménez, R., El Jurado como forma de ejercicio democrático. Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, núm. 5, 2009, págs. 221-236.

³⁸ Esto explica, sin duda, la demora en la implementación de un sistema de control jurisdiccional de constitucionalidad de las normas en Europa.

Esta situación condujo a que el poder judicial partiera de una situación de inferioridad en relación con los otros poderes del Estado, y a la larga, posibilitó que el poder ejecutivo -que seguía siendo en realidad el más fuerte- se acabara apoderando del poder judicial.

Por otro lado, con el tiempo, la idea de Justicia popular también fue abandonándose, y la Justicia se profesionalizó. Es decir, la labor jurisdiccional se acabó encomendando a personas cuya profesión debía ser la de juzgar.

Puede decirse que los dos fenómenos a los que nos estamos refiriendo tuvieron lugar de manera paralela. Es decir, por un lado, la Administración pública fue fagocitando al poder judicial, y por lo tanto, por el otro lado, quienes estaban llamados a desempeñar la labor jurisdiccional debían ser funcionarios de esa Administración. Personas técnicas y profesionales, pero dependientes de la Administración y en definitiva, del poder político. Por este motivo, podemos decir que el modelo liberal burgués de la Justicia, degeneró en un poder judicial inexistente. Esta situación posibilitó que se acabara generando una posición de desconfianza hacia la labor desempeñada por los jueces.³⁹

Con el tiempo, y la implementación de regímenes democráticos, se ha querido instaurar una verdadera división de poderes. Al respecto, y aunque se han debido superar diferentes obstáculos, la Jurisdicción ha acabado teniendo incidencia en el juego político. Así, el poder judicial controla la legalidad de los actos administrativos, controla la constitucionalidad de las leyes emanadas del parlamento, o es la que resuelve los conflictos en materia electoral.

A su vez, se ha ampliado el ámbito de las personas que pueden acceder al desempeño de la labor jurisdiccional. Es decir, la Justicia no deja de ser profesional, pero sin embargo, cualquier perso-

39 Desde nuestro punto de vista, ésta es sin duda la principal razón por la que cuando a principios del siglo XX empiezan a experimentarse los primeros sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad de las normas, se huyera de la instauración de un sistema difuso. Puede verse en este sentido, Cucarella Galiana, L. A., Recursos ante los Tribunales constitucionales europeos: desafíos históricos, en "Reflexiones y desafíos de la Justicia Constitucional" (Martínez Lazcano, A., director científico; Carerasco Soulé, H., coord.). Revista Jurídica Primera Instancia, México 2013, págs. 173-196.

na, acreditando una formación suficiente en Derecho y superando un sistema objetivo de selección, puede acabar desempeñando la labor de juez. Téngase en cuenta, además, que la instauración de un sistema objetivo de selección es el que mejor garantiza la independencia judicial.⁴⁰

No obstante, aún sigue subsistiendo en muchos ordenamientos jurídicos, la aspiración a que el pueblo participe en la Justicia a través de la figura del jurado. No obstante, queremos indicar que, desde nuestro punto de vista, una vez que el acceso a la labor jurisdiccional se ha abierto a todos, y cualquier persona puede desempeñar la labor de juez, la figura del jurado, a día de hoy, viene a ser un testimonio de que la soberanía reside en el pueblo, y de él, emana también la Justicia. 41

Pues bien, una vez que hemos realizado esta breve introducción sobre la institución del jurado, lo que pretendemos en esta ponencia, es analizar cómo se articula la Justicia popular en España. Es decir, en qué casos y con qué alcance se regula el juicio con jurado en el ordenamiento jurídico español. Para ello, vamos a analizar el fundamento constitucional del mismo y su posterior desarrollo legislativo. Ello nos llevará a concretar cuáles son los requisitos para ser jurado y cómo se procede a su selección. De igual modo, prestaremos atención al análisis de la obligación de ser jurado y las sanciones que se derivan en caso de incumplimiento.

- 40 Estamos haciendo referencia a la situación existente en España en la que, como regla, el acceso a la carrera judicial se lleva a cabo mediante la superación de una oposición. En definitiva, se trata de un sistema objetivo de selección que hemos señalado, es el que mejor garantiza la independencia judicial. Sobre estas consideraciones puede verse, Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pág. 70.
- 41 El art. 117.1 CE/1978 claramente dispone que "la Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley".

2. La Jurisdicción en España y la incardinación del tribunal del jurado

A) PLANTEAMIENTO GENERAL

Con carácter previo al estudio del fundamento constitucional del TJ, creemos oportuno detenernos en el análisis de la configuración constitucional de la Jurisdicción en España. Es decir, pretendemos fijar cuáles son los principios sobre la base de los cuales se organiza y actúa la Jurisdicción. Al realizar esta labor, iremos concretando cómo se incardina la figura del TJ en dicho contexto.

La Jurisdicción en España, se asienta principalmente sobre la base de dos principios relativos a su organización, y uno, referente a su actividad.

En lo concerniente a la organización, los principios a tener en cuenta son los de unidad de jurisdicción y el del juez legal o predeterminado.

B) EL PRINCIPIO DE UNIDAD DE JURISDICCIÓN Y EL TJ COMO TRIBUNAL ESPECIAL CONSTITUCIONAL

En relación con el primer principio, el artículo 117.5 CE/1978 indica que "el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales".⁴²

La introducción de este principio en la CE/1978 puede comprenderse si atendemos a razones históricas, sobre todo, dada la situación inmediatamente anterior a la CE/1978. ⁴³ Con su proclamación, se aspira a garantizar la independencia judicial, limitando la libertad del legislador ordinario a la hora de configurar los órganos jurisdiccionales. Por un lado, se excluye la posible regulación de jurisdicciones especiales distintas a las admitidas expresamente en la CE/1978. Por otro, y dentro de la Jurisdicción ordinaria, se impone al legislador la obligación de que todos los

⁴² Sobre este principio de la Jurisdicción, Gimeno Sendra, *Fundamentos del Derecho Procesal*. Civitas 1981, págs. 85-107.

⁴³ Fairén Guillén, V., Notas sobre las jurisdicciones especiales. Revista de Derecho Procesal 1971, págs. 7-25.

jueces y magistrados integrantes de estos órganos, tengan un mismo estatuto jurídico y que "la actividad administrativa relativa a la gestión de sus estatuto corresponderá al mismo (y único) órgano de autogobierno establecido por la Constitución". ⁴⁴ Es decir, con la proclamación de este principio pretenden unificarse las garantías de la independencia judicial en los órganos que forman parte del Poder Judicial en sentido estricto, es decir, los regulados en la LOPJ, que es la ley llamada constitucionalmente para configurar la Jurisdicción.

Pues bien, como hemos puesto de manifiesto, la proclamación de este principio constitucional no excluye que la misma CE/1978, admita expresamente la existencia de cinco tribunales especiales, que por la razón expuesta, tienen la consideración de constitucionales. Uno de eso tribunales especiales constitucionales, es el TJ. Este tribunal no forma parte de la Jurisdicción ordinaria. Por ello, sus integrantes, tienen un estatuto jurídico distinto al de los jueces profesionales, y por otro lado, no está sometido al órgano de gobierno de la Jurisdicción ordinaria. 45

C) EL PRINCIPIO DEL JUEZ LEGAL O PREDETERMINADO: EL TJ Y LAS EXIGENCIAS DE PREDETERMINACIÓN

El segundo de los principios relativos a la organización es el del juez legal o predeterminado.

La constitucionalización de este principio se prevé en varios preceptos. ⁴⁶ Por un lado, el artículo 24.2 CE/1978 dispone que "to-

- 44 Ortells Ramos, Introducción al Derecho Procesal, cit. pág. 51.
 Sobre el régimen de autogobierno como garantía de la independencia judicial, Huerta Contreras, El Poder Judicial en la Constitución española. Universidad de Granada 1995, págs. 199-258.
- 45 Dicho órgano de gobierno es el CGPJ. La CE/1978 prevé su existencia en el art. 122.2 en el que se dispone que "el Consejo General del Poder Judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramiento, ascensos, inspección y régimen disciplinario".
- 46 Sobre este principio, Garberí Llobregat, J., El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, en Jurisdicción y competencia penal (VV. AA). Cuadernos de Derecho Judicial 1996, págs. 13-58.

dos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley". Por su parte, el artículo 117.3 CE/1978 indica que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional (...) corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes según las normas de competencia (...) que las mismas establezcan", añadiendo, en el apartado 6, que "se prohíben los tribunales de excepción".⁴⁷

Como ha subrayado la doctrina,⁴⁸ el principio del juez legal presenta una doble manifestación. Así, por un lado, "es un principio constitucionalmente formulado que proyecta su influencia sobre la organización de tribunales y atribución de competencia a los mismos", pero por otro, es un derecho fundamental de toda persona.

Este principio -el del juez legal- además de proyectarse sobre la Jurisdicción ordinaria, tiene su proyección en los tribunales especiales constitucionales. Por lo tanto, también deben respetarse las exigencias derivadas de este principio cuando se juzga con jurado. Es decir, la existencia de tribunales especiales constitucionales no hace desaparecer las exigencias de predeterminación.

Por este motivo, en el ámbito de las coordenadas que se fijan constitucionalmente y que analizamos más adelante, el ordenamiento jurídico español fija cuál es la competencia del TJ. ⁴⁹ Esas normas son imperativas, sin que la persona que deba ser juzgado por jurado pueda elegir si le juzga este tribunal popular o un tribunal integrado por jueces profesionales.

- 47 Sobre estos tribunales, Gimeno Sendra, Fundamentos del Derecho Procesal, cit. pág. 102.
- 48 Ortells Ramos, Introducción al Derecho Procesal, cit. pág. 41.
- 49 Sobre la misma, Gisbert Gisbert, A., *Competencia del Tribunal del Jurado por la materia*, I Jornadas sobre el Jurado: celebradas durante los días 26, 27, 28 y 29 de abril de 1994 en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (coord. Carpio Delgado, J.; Monge Fernández, A.; Ladrón De Guevara, J.), 1995, Págs. 91-100; Pérez-Cruz Martín, A., *La competencia del Tribunal del Jurado*. Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, vol. 8, núm. 3, 1996, págs. 405-414.

D) EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVIDAD Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO AL CASO CONCRETO POR EL TJ

El tercer principio referente a la Jurisdicción, es el que atañe a la actividad que se le encomienda constitucionalmente. Dicho principio es el de exclusividad.

Este principio se recoge directamente en los apartados 3 y 4 del artículo 117 CE/1978, e indirectamente, en los artículos 26 y 76.1 CE/1978. En su manifestación positiva, el artículo 117.3 CE/1978 indica que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (...)". El apartado siguiente concreta el aspecto negativo, al señalar que "los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho".

Pues bien, como vamos a tener ocasión de poner de manifiesto, el TJ participa también de esta labor jurisdiccional. En sentido estricto, el TJ es un órgano jurisdiccional y su labor es también de aplicar el Derecho al caso concreto por vía de heterotutela y con eficacia de cosa juzgada. En los términos de su ámbito competencial, el TJ es el llamado constitucionalmente a aplicar el Derecho penal al caso concreto con carácter exclusivo.

50 El art. 26 CE/1978 dispone que "se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales".

Por su parte, el art. 76.1 CE/1978 dispone que "el Congreso y Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas".

Fundamento de la participación ciudadana en la Justicia en España

A) Coordenadas constitucionales del TJ: artículo 125 CE/1978

a) Antecedentes históricos

En España, la institución del jurado ha tenido una vigencia intermitente. Sa Así se previó en la Constitución de Cádiz de 1812, y en las Constituciones de 1837, 1869 y 1931. De hecho, se instauró en 1872 y se suprimió en 1875. Se reinstauró en 1888 y se volvió a suprimir en 1923. Por tercera vez se reintroduce en al año 1931, siendo suprimido en 1936. En este contexto, la CE/1978 opta por la reintroducción de esta figura.

Así, el artículo 125 CE/1978⁵⁴ dispone que "los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales".⁵⁵

- 51 Puede verse, Pérez-Cruz Martín, A., *El Tribunal del Jurado en España: pasado, presente y futuro*. Revista general de derecho, núms. 574-575, 1992, págs. 6533-6593.
- 52 Sobre estas cuestiones históricas, López Jiménez, R., El Jurado como forma de ejercicio democrático, cit. pág. 223.
- 53 Véase, González García, J. M., "Constitución de 1978 y justicia popular: siete años de tribunal del jurado", en *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario* (coords. Balado Ruiz-Gallegos, M.; García Regueiro, J. A.), 2003, págs. 933-940.
- 54 Sobre este artículo, Gimeno Sendra, V., "El artículo 125 de la Constitución", en I Jornadas sobre el Jurado: celebradas durante los días 26, 27, 28 y 29 de abril de 1994 en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (coord. Del Carpio Delgado, J.; Monge Fernández, A.; Burgos Ladrón De Guevara, J.), 1995, págs. 149-162.
- 55 Sobre esta forma de participación ciudadana, Pérez-Cruz Martín, A., La participación popular en la administración de justicia: el tribunal del jurado. Montecorvo 1992.

b) Ámbito del artículo 125 CE/1978

Como puede apreciarse, tres son las cuestiones relativas a la participación de los ciudadanos en la Justicia, que se derivan del artículo señalado: el ejercicio de la acción popular; la participación en los tribunales consuetudinarios o tradicionales y en el tribunal del Jurado.

a') El ciudadano como sujeto de participación en la Justicia

En relación con los sujetos que pueden participar en alguna de esas tres instituciones, queremos subrayar que el texto constitucional está indicando que son "los ciudadanos". Nótese que no atribuye dicha posibilidad a todas las personas, sino solamente a los españoles, por lo tanto, las consideraciones que vamos a realizar en torno a esas tres figuras, van referidas, a los ciudadanos de nacionalidad española.

b') La acción popular penal y la exclusión de la acción popular constitucional

La primera forma de participación ciudadana en la Justicia, prevista en el artículo 125 CE/1978, es la acción popular. En concreto se dispone que los ciudadanos puedan ejercitar la acción penal, en la forma y en aquellos procesos penales que la ley determine. Es decir, se reconoce que en España, la acción penal sea pública, sin que el Ministerio Fiscal tenga el monopolio en su ejercicio.

En este sentido, queremos subrayar que la acción popular se prevé solamente para el ejercicio de la acción penal. No se contempla en la CE/1978 un ejercicio popular de la acción de inconstitucionalidad. En este ámbito, la legitimación prevista se entiende en sentido restringido. 56

Es indudable la influencia que Kelsen ha tenido sobre los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, en relación con la exclusión de la acción popular de inconstitucionalidad. En este sentido, puede verse, Kelsen, H., La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Universidad Nacional Autónoma de México (Tamayo Y Salmorán, R., traductor), México 2001, págs. 87-88, en las que afirma que "la más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar un actio popularis: así, el tribunal constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial las leyes y reglamentos, a solicitud de cualquier particular. Es

Al respecto, el artículo 162.1 a) CE/1978 dispone que estén legitimados "para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas". Como puede apreciarse, el ciudadano no goza de legitimación para poder plantear una demanda de inconstitucionalidad.

Volviendo al tema de la acción penal popular, dando cumplimiento a las exigencias constitucionales, el artículo 101 de la Lecrim dispone que "la acción penal es pública". El apartado siguiente añade que "todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley". Esta regulación se completa con lo dispuesto en el artículo 270 Lecrim. En su apartado primero señala que "todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley".

El apartado segundo añade que "también podrán querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes o las personas o bienes de sus representados (...)". Es decir, los sujetos de nacionalidad extranjera también pueden ejercitar la acción penal en España, pero solamente, cuando hayan sido víctimas del delito.

En definitiva, y a diferencia de la situación existente en otros ordenamientos jurídicos, en España, el MF no tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal.

c') Los tribunales consuetudinarios o tradicionales

La segunda figura procesal a la que se refiere el artículo 125 CE/1978, son los tribunales consuetudinarios o tradicionales. Con esta disposición, se reconoce a este tipo de tribunales la función de ejercer la Jurisdicción, siendo una forma de participación de los ciudadanos en la administración de Justicia.

de esta manera como el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente la más radical satisfacción. No puede, sin embargo, recomendarse esta solución porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de insoportable congestionamiento de procesos".

No concreta, la CE/1978 cuáles son los tribunales que reúnen esa condición. Para ello, es preciso que nos dirijamos al artículo 19 de la LOPJ, que desarrolla algunos de los aspectos contemplados en el artículo 125 CE/1978. ⁵⁷ En lo que nos interesa, el apartado 2 *in fine*, vuelve a poner de manifiesto que los ciudadanos de nacionalidad española podrán participar en la Administración de Justicia, en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales previstos en esta ley. En el apartado 3 se concreta que "tiene el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional el Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana". ⁵⁸ El apartado 4 también dispone

- 57 Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pág. 99, en la que afirma que "le ha correspondido al legislador ordinario determinar cuáles son los tribunales merecedores de esa calificación, como acertadamente advierte Gimeno, la consideración de <consuetudinario y tradicional> de un tribunal implica la exclusión de los tribunales que deban su origen a la voluntad del Estado. Éste se limita a reconocerlos, como he hecho el art. 19 LOPJ, en sus apartado 3 y 4, con el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y el denominado Consejo de Hombres Buenos de Murcia".
- Sobre este tribunal, Fairén Guillén, V., "El proceso ante el Tribunal de Aguas de Valencia", en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núms. 22-3, 1975, págs. 289-387; Fairén Guillén, V., El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía). Segunda edición, corregida y aumentada. Valencia 1988; Pellicer, J. E., "El Tribunal de las Aguas de Valencia", en Catalonia, núm. 45, 1996, págs. 14-6; Mascarell Navarro, M. J., "El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana", en Derecho y Opinión, núm. 5, 1997, págs. 309-339; Fairén Guillén, V., "Breve examen del Tribunal de las Aguas de Valencia y de su proceso", en Arbor Ciencia, pensamiento y cultura, CLXXV, 691, julio 2003, págs. 1295-1330; Favretto, C., "El Tribunal de las Aguas: mito y evolución reciente", en Braçal, núm. 28-29, 2004, págs. 195-211; Plaza Penadés, J., "El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia", en Derecho Civil Valenciano, núm. 2, 2007, www.derechocivilvalenciano.com; Mascarell Navarro, M. J., "El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y su proceso jurídico", en El Tribunal de las Aguas de Valencia (con Tarín Y Sala), Javier Boronat, Valencia, 2^a ed., 2010, págs. 3-47; Giménez De La Cuadra, G., "El Tribunal de las Aguas de Valencia", en La Toga, noviembre 2011 marzo 2012, págs. 56-61.

que "se reconoce el carácter de Tribunal consuetudinario y tradicional al denominado Consejo de Hombres Buenos de Murcia".⁵⁹

d') El TJ

La tercera figura a la que se refiere el artículo 125 CE/1978 que analizamos, es el TJ y en la que vamos a extendernos un poco más.

Son cuatro las consideraciones generales que se derivan del artículo 125 CE/1978 y que fijan las coordenadas constitucionales relativas a este órgano jurisdiccional.⁶⁰ Podría decirse que estos

- 59 Sobre la vigencia del principio de unidad de Jurisdicción y el TAAVV, Fairén Guillén, V., "El principio de la unidad jurisdiccional y el Tribunal de las Aguas de Valencia", en *Revista de la Administración Pública*, núm. 85, 1978, págs. 9-28.
- 60 Téngase en cuenta que el TJ, así como los tribunales consuetudinarios y tradicionales a los que nos hemos referido más arriba, son dos de los tribunales especiales admitidos en la CE/1978 y que son una excepción a la proclamación del principio de unidad de jurisdicción del artículo 117.5 CE/1978.

Las otras jurisdicciones especiales son, la Jurisdicción Constitucional, atribuida al TC (Título IX CE/1978, arts. 159-165), regulado en la LO 2/1979, de 3 de octubre, que se crea como intérprete supremo de la CE/1978 y que tiene como función controlar la constitucionalidad de las leyes y garantizar el respeto a los derechos fundamentales. Sobre la misma, Díaz Revorio, F. J., "Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007", en Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 2, 2009, Madrid, págs. 81-108; Cucarella Galiana, L. A., "La Justicia Constitucional en España", en Derecho Procesal Constitucional, tomo III, volumen I. VC editores, Colombia, 2012, págs. 32-55.

También es jurisdicción especial constitucional, la Jurisdicción contable, atribuida al Tribunal de Cuentas (art. 136 CE/1978), que se constituye como el órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado y del sector público. Este órgano se encuentra regulado en la LO 2/1982, 12 mayo, del Tribunal de Cuentas. Sobre este Tribunal, De Vega Bláquez, P., "La configuración Constitucional del Tribunal de Cuentas en España", en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 1, México, 1999, págs. 215-240; Medina, J., "La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas", en *Análisis local*, núm. 49, 2003 (Ejemplar dedicado a: Los controles de la gestión económica local), págs. 51-58.

cuatro aspectos son los pilares sobre los cuales se asienta la institución del jurado en España.

En primer lugar, ya hemos señalado que solamente los "ciudadanos" pueden participar en esta institución. Por lo tanto, como luego tendremos ocasión de analizar, solamente los españoles pueden integrar un jurado en España.

En segundo lugar, los juicios con jurado quedan reservados al ámbito penal. La CE/1978 en ningún caso establece que pueda haber juicio con jurado en el ámbito civil, ni en el administrativo, ni tampoco en el laboral.

En tercer lugar, si bien se reserva el juicio con jurado al ámbito penal, la CE/1978 no exige que haya juicio con jurado en todos los procesos penales.

En cuarto lugar, se trata de una institución que necesita de un desarrollo legislativo. Las razones son obvias. Por un lado, la CE/1978 solamente establece aspectos muy básicos de esta institución; y por otro lado, el mismo artículo 125 CE/1978 hace mención expresa a la necesidad de este desarrollo. Es esta ley la que, por ejemplo, debe concretar en qué causas penales habrá juicio con jurado.

B) Desarrollo legislativo: la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado

Como acabamos de señalar, el artículo 125 CE/1978 reclama una disposición legal que desarrolle la institución del jurado. Pues bien, dicha disposición es la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo.

Si prestamos atención a su exposición de motivos, podremos encontrar algunas indicaciones del legislador que son dignas de destacarse. En concreto, nos referimos a las palabras que se contie-

La última jurisdicción especial a la que debemos referirnos, es la Jurisdicción Militar (art. 117.5 CE/1978). Esta jurisdicción especial está regulada en la LO 4/1987, 15 julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar. La competencia de estos tribunales se limita al ámbito estrictamente castrense y a los supuestos de estado de sitio. S obre esta Jurisdicción, Doig Díaz, Y., Jurisdicción militar y estado de derecho: garantías constitucionales y organización judicial, Universidad de Alicante. 2003.

nen en la parte I de la exposición de motivos, en el la que el legislador desarrolla el fundamento constitucional de la institución.

Así, en primer lugar, subraya que la regulación del TJ era una exigencia derivada del artículo 125 CE/1978 y que viene a ser una manifestación de la participación ciudadana en los asuntos públicos. De igual modo, se subraya que no se trata de una institución que sea ajena a la realidad jurídica española. Como ya hemos señalado más arriba, el jurado ya estaba contemplado en otras Constituciones políticas precedentes.

Pues bien, recogiendo lo que acabamos de señalar, destacamos las siguientes palabras del legislador:

"El artículo 125 de la Constitución española de 1978 establece que «los ciudadanos podrán participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine".

Nuestro texto constitucional cumple con ello lo que puede considerarse una constante en la historia del derecho constitucional español; cada período de libertad ha significado la consagración del jurado; así en la Constitución de Cádiz de 1812, y en las de 1837, 1869 y 1931, y por el contrario cada época de retroceso de las libertades públicas ha eliminado o restringido considerablemente ese instrumento de participación ciudadana, en paralelo y como complemento a las restricciones del conjunto de sus derechos y de los instrumentos de participación en los asuntos públicos.

Se retoma por tanto un instrumento de indiscutible raigambre liberal, y se hace desde el dato indiscutible de que, desde el primer esbozo de 1820 hasta su suspensión en el año de 1936, pocas instituciones jurídicas han padecido -y por tanto han sido enriquecidas- con una depuración crítica tan acentuada como el Tribunal del Jurado, lo que ha permitido extraer la masa ingente de datos sueltos, experiencias y precedentes que han facilitado la captación íntegra de la Institución.

Por encima de concepciones pro o antijuradistas, nuestra Norma Fundamental enlaza el instrumento

del jurado, de forma indiscutible, con dos derechos fundamentales: La participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, del artículo 23.1 de la Constitución española, y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del 24.2 de nuestro texto fundamental.

En efecto, nos encontramos, de una parte ante una modalidad del ejercicio del derecho subjetivo a participar en los asuntos públicos, perteneciente a la esfera del «status activae civitatis», cuyo ejercicio no se lleva a cabo a través de representantes, sino que se ejercita directamente al acceder el ciudadano personalmente a la condición de jurado. De ahí que deba descartarse el carácter representativo de la Institución y deba reconocerse exclusivamente su carácter participativo y directo".

También merece la pena destacar las palabras del legislador con las que se pone de manifiesto la vinculación del TJ con las exigencias derivadas del principio del juez legal o predeterminado al que nos hemos referido anteriormente. En este sentido afirma:

"Pero la institución del Jurado es al mismo tiempo y de forma complementaria, una manifestación del artículo 24 de la Constitución que declara que todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley; cumple por tanto una función necesaria para el debido proceso, pero lo hace desde una óptica distinta a la que tenía atribuida en su recepción en el Estado liberal burgués; no hay reticencia alguna al Juez profesional; no se trata de instaurar una Justicia alternativa en paralelo y menos aún en contradicción a la de los Jueces y Magistrados de carrera a que se refiere el artículo 122 de la Constitución, sino de establecer unas normas procedimentales que satisfagan al mismo tiempo y en paralelo todas las exigencias de los procesos penales con el derecho-deber de los ciudadanos a participar directamente en la función constitucional de juzgar".

En último lugar, se subraya que con este desarrollo legislativo del TJ, la realidad procesal española se ajusta mejor al diseño de la Justicia que se hizo en el texto constitucional de 1978. Diecisie-

te años después de la entrada en vigor de la CE/1978, se instaura el juicio con jurado en España.

Al respecto, el legislador afirma:

"Con la aprobación de esta Ley se da un paso cualitativo más, desde una perspectiva técnico-legal, encaminada a cerrar el modelo básico de la Justicia diseñado por la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial, facilitando la participación de los ciudadanos en la Administración de Justicia. El establecimiento del Tribunal del Jurado debe ser considerado como uno de los contenidos constitucionales aún pendientes de desarrollo. Con su regulación en esta Ley se da cumplimiento a un mandato constitucional tantas veces diferido y se establece una de las piezas básicas en el funcionamiento de la Administración de Justicia diseñado por el constituyente".

4. Composición, requisitos, capacidad, incompatibilidades, prohibiciones, exenciones y el deber ser jurado

A) Consideraciones generales

Una vez que ya hemos fijado cuál es el fundamento constitucional de este órgano jurisdiccional, vamos a analizar cómo se compone y cuáles son los requisitos para ser jurado. Ello nos llevará a analizar también, las causas de incapacidad, las incompatibilidades, las prohibiciones y el régimen de excusas.

Por razones de espacio, dejamos fuera del ámbito de esta ponencia, el procedimiento de selección de los jurados, la determinación de su competencia, y la concreción del tipo de jurado.

No obstante, brevemente, queremos realizar dos apuntes al respecto, con el objeto de que puedan entenderse mejor las cuestiones que analizamos más a fondo.

Por un lado, en primer lugar, dando cumplimiento a las exigencias de predeterminación legal y a la necesidad de desarrollo legislativo que reclama la CE/1978, la LOTJ establece cuál es la competencia del TJ, en su artículo 1. En concreto, el TJ tiene compe-

tencia para el enjuiciamiento (nunca para la instrucción) de delitos como el de homicidio, allanamiento de morada, amenazas, omisión del deber de socorro, malversación de caudales públicos o tráfico de influencias, entre otros.⁶¹

Por otro lado, en segundo lugar, debemos indicar que el tipo de jurado que se prevé en España es puro. Al respecto, se diferencian claramente las funciones de los jueces legos del juez profesional que interviene. Al respecto, debe tenerse presente que los jurados son los que deben emitir el veredicto declarando probado o no el hecho justiciable, y son los que se pronuncian sobre la culpabilidad o inculpabilidad del acusado (art. 3 LOTJ). Por su parte, el juez profesional, que en la LOTJ, se le llama Magistrado-Presidente, es el que dicta sentencia recogiendo el veredicto del jurado e imponiendo, en su caso, las penas y medidas de seguridad que correspondan⁶² (art. 4 LOTJ).

Hechas estas precisiones, ahora sí, pasamos a analizar los aspectos relativos a la composición y selección de los jurados en España.

B) Composición

El TJ en España está integrado por nueve jueces legos y un juez profesional. En concreto, el artículo 2.1 párr. 1 LOTJ dispone que "el Tribunal del Jurado se compone de nueve jurados y un Magis-

- 61 Debemos indicar que este artículo ha sufrido una reciente reforma con la que se ha suprimido de la competencia del TJ el enjuiciamiento de los delitos de incendios. En concreto, esta reforma ha tenido lugar en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.
 - La justificación de esta reforma la encontramos en la exposición de motivos de la LO 1/2015, en la que se afirma que "en atención a la complejidad inherente a este tipo de delitos, y la necesidad de llevar a cabo una investigación lo más ágil posible, se ha estimado conveniente que la instrucción y el enjuiciamiento de los incendios forestales se encomiende a tribunales profesionales, dejando sin efecto la competencia del tribunal del jurado que establece la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del tribunal del jurado".
- 62 Sobre las funciones del Magistrado-Presidente, Esquivias Jaramillo, J. I., Tribunal del jurado: facultades del magistrado. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, núm. 138, 2012, págs. 205-208.

trado integrante de la Audiencia Provincial que lo presidirá". El apartado 2 añade que "al juicio del Jurado asistirán, además, dos jurados suplentes (...)".

Los dos suplentes asisten al desarrollo del juicio, si bien, en sentido estricto no integran el jurado. La previsión de la presencia de dos suplentes es debida al hecho de que si durante el desarrollo del proceso alguno de los jurados titulares se indispusiera, no sea preciso repetir todo el juicio. La presencia de los suplentes en la vista garantiza la inmediación en la práctica de las pruebas, en la formulación de las alegaciones, etcétera. Una vez que el jurado se retire a deliberar, los jurados suplentes dejan de estar presentes. No obstante, hasta la emisión del veredicto, los suplentes deben estar a disposición del Tribunal ante el que se desarrolla el juicio con jurado, en el lugar que se les indique. 63

Pues bien, nos interesa concretar cómo se determina la composición del TJ, en la medida en que, obviamente, no es un tribunal permanente. Para ello, antes tenemos que concretar cuáles son los requisitos establecidos para ser jurado. Una vez hayamos realizado este estudio, analizaremos el procedimiento de selección de los jurados.

C) REQUISITOS PARA SER JURADO

Como hemos señalado anteriormente, el artículo 125 CE/1978 solamente establece como requisito para ser jurado, tener la nacionalidad española. Deja a la ley de desarrollo, la concreción de los restantes requisitos que con carácter adicional, en su caso, quiera establecer. Pues bien, el artículo 8 LOTJ establece dichos requisitos. En concreto, éstos son:

a) Ser español mayor de edad.

Al respecto, debe tenerse presente que el artículo 12 CE/1978 dispone que "los españoles son mayores de edad a los dieciocho años".

- b) Encontrarse en pleno ejercicio de los derechos políticos.
- c) Saber leer y escribir.

Nótese, por lo tanto, que no se exige una formación académica específica, basta con que la persona sepa leer y escribir.

d) Ser vecino, al tiempo de la designación, de cualquiera de los municipios de la provincia en que el delito se hubiera cometido.

Este último requisito es una plasmación de las exigencias derivadas del principio del juez legal o natural. El legislador pretende que el acusado sea juzgado por una persona que resida en la provincia en la que se ha cometido el delito.

e) No estar impedido física, psíquica o sensorialmente para el desempeño de la función de jurado. 64

D) FALTA DE CAPACIDAD

El artículo 9 LOTJ, completa las previsiones que hemos recogido, indicando los supuestos en los que falta capacidad para ser jurado. En concreto, están incapacitados para ser jurados:

- a) Los condenados por delito doloso que no hayan obtenido la rehabilitación. Nótese en este sentido, que sí tienen capacidad, los condenados por delito doloso que hayan obtenido la rehabilitación, así como los condenados por delito culposo, hayan obtenido o no la rehabilitación.
- b) Los procesados y aquellos acusados respecto de los cuales se hubiera acordado la apertura de juicio oral y quienes estuvieren sufriendo detención, prisión provisional, o cumpliendo pena por delito.
- c) Los suspendidos, en un procedimiento penal, en su empleo o cargo público, mientras dure dicha suspensión.
- 64 Sobre estos aspectos, García García, J.; De La Fuente Sánchez, L.; De La Fuente Solana, E. I.; Belmonte Gómez, J. A.; *Incorporación de sujetos ciegos al Tribunal del Jurado en España*. Integración: Revista sobre ceguera y deficiencia visual, núm. 35, 2001, págs. 37-42.

E) INCOMPATIBILIDADES

El artículo 10 LOTJ enumera una serie de personas, que aun concurriendo los requisitos de aptitud que hemos estudiado y de que no estén afectadas por causa de falta de capacidad, no pueden ser jurados. Este el caso de personas que desempeñan una función o profesión que el legislador considera incompatible con la función de jurado. No vamos a recoger de manera exhaustiva todos los supuestos, pero sí vamos a subrayar algunos de ellos.

Al respecto, se entiende que concurre incompatibilidad en:

- a) El Rey y los demás miembros de la Familia Real.
- b) El Presidente del Gobierno, Vicepresidentes, Ministros y otros cargos del Gobierno de la Nación.
- c) Los miembros del Gobierno de las Comunidades Autónomas.
- d) Los miembros de las Cámaras legislativas nacionales autónomas, del Parlamento Europeo y los miembros electos de las Corporaciones Locales.
- e) Los magistrados del Tribunal Constitucional, el Fiscal General del Estado, los vocales del Consejo General del Poder Judicial, los magistrados del Tribunal de Cuentas.
- f) El Defensor del Pueblo.
- g) Los miembros en activo de la Carrera Judicial y Fiscal, los secretarios judiciales y demás funcionarios de la Administración de Justicia.
- h) Los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad.
- i) Los letrados al servicio de los órganos constitucionales y de las Administraciones, y los abogados y procuradores en ejercicio.
- j) Los profesores universitarios de disciplinas jurídicas o de medicina legal.
- k) Los funcionarios de instituciones penitenciarias.
- l) Los miembros de misiones diplomáticas o consulares.

F) PROHIBICIONES

Hasta ahora hemos establecido los requisitos de aptitud, causas de incapacidad e incompatibilidades para integrar cualquier jurado. Sin embargo, el artículo 11 LOTJ establece una serie de prohi-

biciones para ser jurado en una causa penal en concreto. De este modo, tiene prohibido ser jurado:

- a) Quien sea parte en ese proceso que se va a desarrollar con jurado. La LOTJ señala que "sea acusador particular o privado, actor civil, acusado o tercero responsable civil".
- b) Quien mantenga con alguna de las partes algún tipo de relación que pueda empañar su imparcialidad. En concreto, la LOTJ hace referencia a las mismas causas que pueden empañar la imparcialidad de un juez en un proceso. 65
- c) Quien mantenga con el juez, secretario judicial, fiscal, o abogados, alguna relación que pueda empeñar su imparcialidad. ⁶⁶
- d) Quien haya intervenido en esa causa en calidad de testigo, perito, fiador o intérprete.
- e) Quien tenga interés directo e indirecto en la causa.

G) Excusas. La exclusión de la objeción de conciencia para no ser jurado

La concreción de los requisitos subjetivos se cierra en el artículo 12 LOTJ. Esta disposición establece una serie de supuestos en que una persona llamada a ser jurado puede excusarse de serlo. Nótese, por lo tanto, que no son causas de incompatibilidades, ni prohibiciones. Está en manos de la persona candidata a jurado, tomar la opción de ser o no jurado. Las personas que pueden excusarse son:

- 1º) El mayor de sesenta y cinco años.
- 2°) El que haya desempeñado efectivamente funciones de jurado en los cuatro años precedentes.
- 65 El art. 11.2 LOTJ indica que se "se mantenga con quien sea parte alguna de las relaciones a que se refiere el artículo 219, en sus apartados 1 al 8, dela Ley Orgánica del Poder Judicial que determinan el deber de abstención de los Jueces y Magistrados".
- 66 El art. 11.3 LOTJ dispone que se "tenga con el Magistrado-Presidente del Tribunal, miembro del Ministerio Fiscal o Secretario Judicial que intervenga en la causa o con los abogados o procuradores el vínculo de parentesco o relación a que se refieren los apartados 1, 2 3, 4, 7, 8 y 11 del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

- 3°) El que sufra graves trastornos por razón de las cargas familiares.
- 4º) El que desempeñe trabajo de relevante interés general, cuya sustitución originaría importantes perjuicios al mismo.
- 5°) El que tenga la residencia en el extranjero.
- 6°) Los militares profesionales en activo cuando concurran razones de servicio.
- 7º) Los que aleguen y acrediten suficientemente cualquier otra causa que les dificulte de forma grave el desempeño de la función de jurado.

Como puede apreciarse, la LOTJ no contempla como causa de excusa, motivos de conciencia.⁶⁷ Por lo tanto, el candidato a jurado no puede excusarse alegando que por motivos religiosos o de conciencia no puede juzgar a otra persona. A ello hay que sumar, como vamos a ver inmediatamente a continuación, que ser jurado es un deber.

A pesar de no estar prevista expresamente en el ordenamiento jurídico, en varias ocasiones se ha planteado ante los tribunales la alegación de esta causa de excusa. Así, por ejemplo, podemos tener presente la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 216/1999, de 29 de noviembre. El demandante de amparo fundamentaba su recurso en el hecho de que se le excluyó de la lista de candidatos a jurado cuando alegó que por motivos religiosos no podía juzgar a nadie. Sin embargo, el TC no se pronunció sobre el amparo solicitado porque consideró que aún no se habría producido, en su caso, la vulneración de ningún derecho fundamental, ya que estar incluido en la lista de candidatos no implica que necesariamente acabe integrando un TJ. El servicio de ningún de la lista de candidatos no implica que necesariamente acabe integrando un TJ.

- 67 En doctrina puede verse, Vila Lozano, J., *La objeción de conciencia en el tribunal del jurado: su posibilidad*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 3, 2002, págs. 1830-1835.
- 68 Núm. de recurso 2279/1996, ponente Julio Diego González Campos (Base de datos Ley digital LA LEY 2526/2000).
- 69 En doctrina puede verse, Landete Casas, J., Objeción de conciencia y Tribunal del Jurado: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1999 de 29 de noviembre. Anuario de derecho eclesiástico del Estado, núm. 18, 2002, págs. 169-208.

En concreto, en el fundamento jurídico tercero afirma:

"La inclusión en la lista de candidatos a jurado sólo determina la obligación de comunicar a la AP correspondiente cualquier cambio de domicilio o circunstancia que influya en los requisitos, en su capacidad o determine incompatibilidad para intervenir como jurado (art. 16.2). Es más, no puede pasarse por alto que la propia Ley permite que el candidato seleccionado en el siguiente sorteo presente nuevamente excusas o alegue causa de incapacidad, incompatibilidad o prohibición (art. 22), en los mismos términos y con la misma amplitud con que pudo hacerlo ante su inclusión en la lista de candidatos. Ello supone que cuando la presunta lesión se encuentra en curso de materializarse con ocasión del segundo sorteo, el candidato elegido puede aún oponer reparos a su designación, entre otras, si así lo estima conveniente, razones de conciencia. Y aún podrá hacerlo nuevamente en el momento señalado para el juicio y antes del tercer y definitivo sorteo (art. 38.2). Sólo cuando esos reparos fuesen rechazados por el Magistrado-Presidente podría, en hipótesis, plantearse el problema de la alegada existencia de una lesión efectiva y real de derechos fundamentales".

Sin embargo, podemos encontrar otras sentencias dictadas por otros órganos jurisdiccionales en los que claramente se resuelve esta cuestión, en el sentido que hemos apuntado.

Al respecto, pude verse la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 19 de julio de 1999.⁷⁰ En el fundamento jurídico 4º se afirma:

"Sobre el carácter de derecho-deber de la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y especialmente en la Administración de Justicia, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1.995 aclara: Por encima de concepciones pro o antijuradistas, nuestra Norma Fundamental enlaza el instrumen-

⁷⁰ Recurso núm. 1080/1996, ponente Raúl Hernández Pardo (Base de datos La Ley digital LA LEY 113039/1999).

to del jurado, de forma indiscutible, con dos derechos fundamentales: La participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, del art. 23.1 de la Constitución española, y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del 24.2 de nuestro texto fundamental.

En efecto, nos encontramos, de una parte ante una modalidad del ejercicio del derecho subjetivo a participar en los asuntos públicos, perteneciente a la esfera del «status activae civitatis», cuyo ejercicio no se lleva a cabo a través de representantes, sino que se ejercita directamente al acceder el ciudadano personalmente a la condición de jurado. De ahí que deba descartarse el carácter representativo de la Institución y deba reconocerse exclusivamente su carácter participativo y directo.

Por ello, puede predicarse que el Instituto que se regula difiere de otros modelos por la forma peculiar en que se articula el derecho-deber del ciudadano a participar de manera directa en un poder real del Estado; nos encontramos ante un derecho-deber, lo que tiene reflejo en el texto legal al adoptar medidas coercitivas que aseguren el cumplimiento de la obligación y, consiguientemente, el establecimiento de aquellas otras encaminadas a mitigar, en lo posible, la excesiva onerosidad del cumplimiento del deber, a través de la retribución de la función y la indemnización de los gastos ocasionados por su ejercicio. La Ley parte de la concepción de que el Estado democrático se caracteriza por la participación del ciudadano en los asuntos públicos. Entre ellos no hay razón alguna para excepcionar los referidos a impartir justicia, sino que por el contrario se debe establecer un procedimiento que satisfaga ese derecho constitucional de la forma más plena posible.

Asimismo puede traerse a colación la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 Mar. 1998 que en supuesto similar al que nos ocupa dice: "«Considera la actora en primer lugar que se infringen los artículos 125 en relación con el 23 CE/1978 por cuanto que los mismos

prevén la participación en la Admon (sic) de Justicia y en los asuntos públicos en general como un derecho de los ciudadanos y no como un deber como se establece en el art. 6 y 12.7 de la Ley 5/1995.

Ahora bien, es lo cierto que la CE/1978 no establece un catálogo exhaustivo de deberes de los ciudadanos ni sería posible contemplar tal posibilidad limitándose a la consideración de aquellos considerados como esenciales y no solamente en la Sección 2^a, del Capitulo (sic) II del Título I, sino asimismo en otros preceptos de su articulado y así pueden distinguirse deberes de carácter negativo como el sometimiento a la CE/1978 y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9), de carácter positivo bien se trate de prestaciones, servicio militar, art. 30, prestaciones personales, artículos 30.4 y 31.3, prestaciones de casas como los deberes tributarios, art. 31 o poderes-deberes como el del trabajo, art. 35, educación, art. 27; en consecuencia, no puede estimarse que cualquier deber impuesto a los ciudadanos por el ordenamiento jurídico que no se encuentre contemplado por la CE/1978 suponga una infracción constitucional.

El art. 125 CE/1978, contiene una remisión legal "en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine", para la regulación de la institución del Jurado y habrá de ser en consecuencia la propia Ley la que determine como así ha ocurrido el alcance y las obligaciones que dicha institución ha de suponer para los ciudadanos.

En definitiva, la Ley 5/1995, no infringe los artículos 125 y 123 CE/1978 por cuanto la propia CE/1978 no se pronuncia respecto al deber que pueda suponer el ejercicio de la función del jurado; solo establece la previsión de que ello constituye un derecho del ciudadano y por ello solo podría ser infringida en las previsiones en el caso de que la norma de desarrollo supusiera un enfrentamiento con el derecho reconocido.»

Se trata en definitiva de un derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos que conlleva una serie de deberes para aquellos que son llamados a ejercer dichas funciones.

Esta configuración legal recuerda a la regulación del derecho al voto que se ve acompañado de una serie de deberes ciudadanos para la participación en los procesos electorales (inclusión en las mesas electorales como Presidentes, vocales, etc., que también dan lugar a una serie de indemnizaciones).

Clarificado el carácter de derecho-deber de esta forma de participación ciudadana la preeminencia del derecho a la libertad ideológica frente al derecho a participar en el Jurado no es en modo alguno tan evidente como declara el recurrente.

Se trata en definitiva de ponderar si su libertad ideológica se ve afectada por el deber legal de participar en un Jurado, cuando su conciencia le impide juzgar a un semejante.

Siguiendo con el paralelismo del derecho-deber de participar en los procesos electorales se trata de determinar si por ejemplo la obligación de ser Presidente de una mesa electoral violentaría la libertad ideológica de un ciudadano que tuviese firmes convicciones antidemocráticas.

No parece que el cumplimiento de estos deberes legalmente impuestos supongan una violación de la libertad ideológica de aquel que se ve obligado a cumplir con ellos, y ello porque como nos recuerda el Tribunal Constitucional en su auto de 29 Oct. 1996, «En suma, como hemos reiterado en otras resoluciones, so pena de vaciar de contenido los mandatos constitucionales o legales, el derecho a la libertad ideológica reconocido en el art. 16.1 de la CE/1978 no resulta por sí solo suficiente para eximir a los ciudadanos por motivos de conciencia del cumplimiento de deberes constitucional o legalmente establecidos con el riesgo anejo a relativizar los mandatos jurídicos (SSTC 15/1982, 101/1983, 160/1987, 161/1987, 321/1994 y 55/1996; AATC 1227/1988 y 71/1993).»

En parecidos términos, refiriéndose a la objeción de conciencia para la realización del servicio militar la sentencia del Tribunal Constitucional 160/1.987, de 27 Oct. 1987: «En una sociedad democrática, en un Estado social y democrático de Derecho, que se construye sobre el consenso mayoritario expresado libremente --aun dentro de las limitaciones de los sistemas electorales-- la permisión de una conducta que se separa de la norma general e igual para todos ha de considerarse como excepcional, como antes se ha indicado, porque de lo que se trata --el derecho del objetor-- es de obtener la exención del cumplimiento de una norma, convirtiendo esa conducta en lícita, legítima o legal.

Por eso ya se dijo en la STC 15/1982, f. j. 7°, que, a diferencia de lo que ocurre con otras manifestaciones de libertad de conciencia, el derecho a la objeción no consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta (la del servicio militar), sino que ese derecho introduce una excepción que ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso. Es decir, que no se garantiza una abstención, sino el derecho a ser declarado exento el objetor del servicio militar, que habrá de cumplirse de no mediar esa declaración. De ahí, añade la citada sentencia, que «la objeción de conciencia exija para su realización la delimitación de su contenido y la existencia de un procedimiento regulado por el legislador en los términos que prescribe el art. 30.2 CE/1978, con las debidas garantías, ya que solo si existe tal regulación puede producirse la declaración en la que el derecho a la objeción de conciencia encuentra su plenitud.»

De ahí la necesidad de la «interpositio legislatoris». Por un lado, el legislador, la comunidad, no puede satisfacerse con la simple alegación de una convicción personal que, por excepcional, ha de ser contrastada para la satisfacción del interés común. De otro, el objetor, para la reconocibilidad de su derecho, ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido (art. 9.2 CE/1978), colaboración que ya comienza, en principio, por la re-

nuncia del titular del derecho a mantenerlo --frente a la coacción externa-- en la intimidad personal, en cuanto nadie está «obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias» (art. 16.2 CE/1978). La idea de que el derecho, incluso el fundamental, repudia toda regulación legal no parece conformarse con la técnica constitucional: el propio art. 16 ya admite la entrada legislativa al determinar que las libertades que reconoce pueden ser limitadas por el orden público protegido por la Ley, lo que es independiente, por otra parte, de la mínima regulación precisa para que el derecho sea viable, como antes se ha indicado. Conclusión que es mucho más clara y terminante cuando se trata de un derecho, si bien constitucionalmente reconocido, no fundamental".

H) EL DEBER DE SER JURADO

Una vez que hemos concretado las personas que pueden ser jurados, interesa desarrollar la idea que hemos anticipado acerca de que el ser jurado en España, es una obligación.

La cuestión está regulada en el artículo 6 LOTJ. En él se dispone que "la función de jurado es un derecho ejercitable por aquellos ciudadanos en los que no concurra motivo que lo impida y su desempeño un deber para quienes no estén incursos en causa de incompatibilidad o prohibición ni puedan excusarse conforme a esta Ley". 71

Como puede verse, se configura como un deber el ser jurado. Es por ello, por lo que el artículo 7.1 LOTJ, a continuación, dispone que "el desempeño de las funciones de jurado será retribuido e indemnizado en la forma y la cuantía que reglamentariamente se determine". 72

- 71 En doctrina, Rollnert Liern, G., El derecho-deber de participar en la Administración de Justicia (Ley Orgánica 5/1995, de 23 de mayo, del Tribunal del Jurado): su problemática constitucional. Revista general de derecho, núm. 616-617, 1996, págs. 221-237.
- 72 La cantidad prevista para que cobre un jurado es de 67 euros por día. A ello hay que sumar los gastos del viaje y desplazamiento para el desempeño de su función. Si se utilizara vehículo propio, la cantidad a

El apartado 2 añade que "el desempeño de la función de jurado tendrá, a los efectos del ordenamiento laboral y funcionarial, la consideración de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal".

Para hacer efectivo el cumplimiento del deber de ser jurado, el artículo 39.2 LOTJ prevé la sanción que se impone al candidato a jurado no acude a la sede del órgano jurisdiccional cuando es citado para el desarrollo del procedimiento de selección.

En concreto, el artículo citado, en su párr. 1, dispone que "el Magistrado-Presidente impondrá la multa de 25.000 pesetas al candidato a jurado convocado que no hubiera comparecido a la primera citación ni justificado su ausencia. Si no compareciera a la segunda citación, la multa será de 100.000 a 250.000 pesetas".

Como puede apreciarse, la sanción es de carácter económico, si bien, las cantidades están expresadas en pesetas, que era la moneda de curso legal antes de la adopción del euro como moneda de la Unión Europea. Hecha la correspondiente conversión, la multa que se impone en caso de incomparecencia tras la primera citación es de 150,25 euros. En el caso de incomparecencia tras la segunda citación, la multa oscila entre 601 y 1502,53 euros.

El párr. 2 añade que "al tiempo de la segunda citación, el Magistrado-Presidente acordará que se les advierta de la sanción que les puede corresponder si no comparecen".

El párr. 3 dispone que "en la determinación de la cuantía de la segunda multa se tendrá en cuenta la situación económica del candidato a jurado que no ha comparecido".

4. Bibliografía

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., Notas relativas al concepto de Jurisdicción, en Estudios de teoría general. México 1974.

abonar es de 0,19 euros por kilómetro y a 0,078 en motocicleta. No se abonan los gastos de viaje a los candidatos a jurados y jurados vecinos del municipio sede de la capital de la provincia.

De igual modo, mientras dure el desempeño de la función de jurado, se le facilita alojamiento y manutención.

- CUCARELLA GALIANA, L. A., "La Justicia Constitucional en España", en *Derecho Procesal Constitucional*, tomo III, volumen I. VC editores, Colombia, 2012.
- Recursos ante los Tribunales constitucionales europeos: desafíos históricos, en "Reflexiones y desafíos de la Justicia Constitucional" (MARTÍNEZ LAZCANO, A., director científico; CARERASCO SOULÉ, H., coord.). Revista Jurídica Primera Instancia, México 2013.
- DE VEGA BLÁQUEZ, P., "La configuración Constitucional del Tribunal de Cuentas en España", en Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional, núm. 1, México, 1999.
- DÍAZ REVORIO, F. J., "Tribunal Constitucional y procesos constitucionales en España: Algunas reflexiones tras la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 2007", en Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm. 2, 2009, Madrid.
- DOIG DÍAZ, Y., *Jurisdicción militar y estado de derecho: garantías constitucionales y organización judicial*, Universidad de Alicante, 2003.
- ESQUIVIAS JARAMILLO, J. I., Tribunal del jurado: facultades del magistrado. Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, núm. 138, 2012.
- FAIRÉN GUILLÉN, V., Notas sobre las jurisdicciones especiales. Revista de Derecho Procesal 1971.
- El proceso ante el Tribunal de Aguas de Valencia, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núms. 22-3, 1975.
- El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía). Segunda edición, corregida y aumentada. Valencia 1988.
- "Breve examen del Tribunal de las Aguas de Valencia y de su proceso", en *Arbor Ciencia, pensamiento y cultura*, CLXXV, 691, julio 2003.
- FAVRETTO, C., "El Tribunal de las Aguas: mito y evolución reciente", en Braçal, núm. 28-29, 2004.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, en Jurisdicción y competencia penal (VV.AA). CDJ 1996.
- GARCÍA GARCÍA, J.; DE LA FUENTE SÁNCHEZ, L.; DE LA FUENTE SOLANA, E. I.; BELMONTE GÓMEZ, J. A.; In-

- corporación de sujetos ciegos al Tribunal del Jurado en España. Integración: Revista sobre ceguera y deficiencia visual, núm. 35, 2001.
- GARRIDO GÓMEZ, M. I., Derechos fundamentales y estado social y democrático de derecho. Paracuellos del Jarama (Madrid), Dilex 2007.
- GIMÉNEZ DE LA CUADRA, G., "El Tribunal de las Aguas de Valencia", en La Toga, noviembre 2011 marzo 2012, págs. 56-61.
- GIMENO SENDRA, Fundamentos del Derecho Procesal. Civitas 1981.
- GISBERT GISBERT, A., Competencia del Tribunal del Jurado por la materia, I Jornadas sobre el Jurado: celebradas durante los días 26, 27, 28 y 29 de abril de 1994 en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (coord. CARPIO DELGADO, J.; MONGE FERNÁNDEZ, A.; LADRÓN DE GUEVARA, J.), 1995.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. M., "Constitución de 1978 y justicia popular: siete años de tribunal del jurado", en *La Constitución Española de 1978 en su XXV aniversario* (coords. BALADO RUIZ-GALLEGOS, M.; GARCÍA REGUEIRO, J. A.), 2003.
- HUERTA CONTRERAS, El Poder Judicial en la Constitución española. Universidad de Granada 1995.
- KELSEN, H., La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Universidad Nacional Autónoma de México (TAMAYO Y SALMORÁN, R., traductor), México 2001.
- LANDETE CASAS, J., Objeción de conciencia y Tribunal del Jurado: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1999 de 29 de noviembre. Anuario de derecho eclesiástico del Estado, núm. 18, 2002.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *El Jurado como forma de ejercicio democráti- co*. Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, núm. 5, 2009.
- MASCARELL NAVARRO, M. J., "El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana", en *Derecho y Opinión*, núm. 5, 1997.
- "El Tribunal de las Aguas de la Vega Valenciana y su proceso jurídico", en *El Tribunal de las Aguas de Valencia* (con TARÍN y SALA), Javier Boronat, Valencia, 2ª ed., 2010.

- MEDINA, J., "La función jurisdiccional del Tribunal de Cuentas", en *Análisis local*, núm. 49, 2003 (Ejemplar dedicado a: Los controles de la gestión económica local).
- MONTESQUIEU, C. L., El espíritu de las leyes. Ediciones Istmo 2002.
- ORTELLS RAMOS, M., Introducción al Derecho Procesal (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi, 5ª edición, 2015.
- PELLICER, J. E., "El Tribunal de las Aguas de Valencia", en Catalonia, núm. 45, 1996.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., El Tribunal del Jurado en España: pasado, presente y futuro. Revista general de derecho, núms. 574-575, 1992.
- La competencia del Tribunal del Jurado. Revista vasca de derecho procesal y arbitraje, vol. 8, núm. 3, 1996.
- PLAZA PENADÉS, J., "El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia", en *Derecho Civil Valenciano*, núm. 2, 2007, www.derechocivilvalenciano.com.
- ROLLNERT LIERN, G., El derecho-deber de participar en la Administración de Justicia (Ley Orgánica 5/1995, de 23 de mayo, del Tribunal del Jurado): su problemática constitucional. Revista general de derecho, núm. 616-617, 1996.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Jurisdicción*, en Estudios de Derecho Procesal. Barcelona, Ariel 1969.
- VILA LOZANO, J., La objeción de conciencia en el tribunal del jurado: su posibilidad. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 3, 2002.

La participación ciudadana en la justicia constitucional como forma de control del ejercicio de la potestad jurisdiccional⁷³*

1. Introducción

Cuando se pretenden establecer los cimientos de un Estado social y democrático de Derecho, debe quedar bien perfilada cuál es la función encomendada a los diferentes poderes del Estado. La elaboración de un texto constitucional exige que el constituyente tenga claro qué es lo que va encomendar a cada uno de ellos.

En este sentido, es evidente que el poder legislativo debe tener como función la de dictar las disposiciones legales. Por su parte, el Ejecutivo y la Administración pública, deben llevar a cabo la aplicación de esas normas al servicio de los intereses generales. Y por otro lado, el poder judicial debe tener encomendada la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.⁷⁴

Si bien es evidente que las funciones a encomendar son las que hemos señalado, creemos que este planteamiento inicial es insuficiente para concretar el alcance y el papel de los tres poderes del Estado. La razón es evidente.

Por un lado, es preciso que quede bien precisado en qué consiste cada una de esas funciones. Así, por ejemplo, en el caso del po-

- * Conferencia magistral impartida en el seno del IV Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional, organizado por la Asociación Panameña de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en la ciudad de Panamá, los días 22, 23 y 24 de julio de 2015.
- 74 Sobre esta función, Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.). Aranzadi, 5ª edición, 2015, págs. 125-153.

der judicial, nadie discutirá que los jueces son los que están llamados constitucionalmente a juzgar. Sin embargo, los problemas pueden surgir a la hora de concretar en qué consiste juzgar, o si esa labor debe ser encomendada a la Jurisdicción en exclusiva.⁷⁵

La segunda precisión que debemos realizar es la siguiente. Cuando se elabora un texto constitucional, suele ser frecuente que a los poderes del Estado se les encomienden otras funciones adicionales a las que con carácter básico hemos fijado más arriba. La cuestión que surge inmediatamente a continuación, es la de concretar qué otras funciones pueden desempeñar esos poderes del Estado.

En definitiva, como puede apreciarse, elaborar un texto constitucional exige que se tenga muy presente cuál es la función básica o esencial de cada poder del Estado, y cuáles son las funciones adicionales o accesorias que se le pueden encomendar. En este sentido, si atendemos al texto constitucional español vigente, en concreto la CE/1978, podemos aportar algún ejemplo de lo que estamos diciendo.

En relación con el poder judicial, la intuición jurídica pone de relieve que el papel de los jueces y magistrados es el de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Así se desprende del artículo 117.3 CE/1978 en el que se dispone que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan". ⁷⁶

No obstante, más allá de la labor de juzgar, debe analizarse si a los jueces se les puede encomendar funciones distintas. En estos casos, está en juego la independencia judicial. En el caso español, estas cuestiones aparecen resueltas en el texto constitucional. En

- 75 No podemos perder de vista, la existencia de algunas opciones legislativas tomadas en diferentes ordenamientos jurídicos, en los que se encomiendan a la Administración pública funciones que son propiamente judiciales. Desde nuestro punto de vista, esta atribución no es respetuosa de la distribución de funciones entre órganos del Estado.
- 76 Como puede apreciarse, jueces y magistrados tiene como misión la de juzgar. Ahora bien, creemos que es preciso concretar en qué consiste juzgar. Teniendo presente diferentes aportaciones doctrinales, podemos sostener que juzgar es la labor de aplicar el Derecho al caso concreto por vía de heterotutela y con carácter irrevocable.

concreto, el artículo 117 CE/1978 lo contempla. Por un lado, el apartado 3 al que nos hemos referido, recoge la manifestación positiva del principio de exclusividad judicial. El apartado 4, recoge la manifestación negativa del principio de exclusividad, indicando que "los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho".⁷⁷

En definitiva, una vez que quede bien precisado cuál es el papel del poder judicial, otro aspecto al que también hay que enfrentarse en la elaboración de un texto constitucional, es el relativo a concretar en qué medida la ciudadanía participa en el juego político, democrático y judicial.

Si echamos un vistazo a la regulación del poder judicial en España, con carácter general, el artículo 117.1 CE/1978 dispone que "la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley". Pues bien, el objetivo que nos marcamos en esta ponencia es el de analizar los supuestos de participación ciudadana en la Justicia, más allá de la mera afirmación de que la Justicia emana del pueblo. Es decir, se trata de constar en qué casos y con qué alcance, los ciudadanos pueden participar en la Justicia y más en concreto, en la Constitucional.

El primero de estos aspectos es el relativo a la selección de los magistrados del TC. Evidentemente, esta cuestión nos la debemos plantear en los sistemas jurídicos en los que exista un control concentrado de constitucionalidad. En este caso, el texto constitucional debe tomar la opción por concretar cómo se designa a los magistrados de dicho tribunal. Ya adelantamos al lector que no suele ser frecuente que se opte por un sistema de participación ciudadana en la selección de los mismos. De hecho, los principales mecanismos que existen son los de designación por el Parlamento de la Nación, o por altas instancia del Estado, o en su caso, ambos mecanismos conjuntamente con predominio

⁷⁷ Sobre las manifestaciones de este principio, Ortells Ramos, M., Introducción al Derecho Procesal (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 125-126.

de un sistema u otro. No obstante, no podemos pasar por alto la solución adoptada en la Constitución boliviana que creemos interesante analizar.

Además de esta cuestión, con independencia del sistema de selección de los magistrados de un TC, interesa también concretar si los ciudadanos tienen o no acceso a dicho tribunal para solicitar el control de constitucionalidad de una norma.

2. Control concentrado de constitucionalidad y participación ciudadana

A) EN LA DESIGNACIÓN DE LOS MAGISTRADOS DEL TC

a) Aportaciones de Kelsen

Si nos acercamos a la obra de Kelsen, podremos ver que de manera muy clara afronta el análisis de quién debe proceder a la designación de los magistrados de los tribunales constitucionales. No contempla una designación por la ciudadanía, sino que aboga por una designación conjunta por el parlamento y altas instancias del Estado. En este sentido, no es partidario de una designación exclusiva por el parlamento, ni tampoco por altas instancias del Estado. Su postura es claramente favorable a que se combinen ambos criterios. En este sentido, por ejemplo, ve razonable que sea el parlamento el que designe a los magistrados del TC, entre los candidatos propuestos por el gobierno o por el jefe del Estado, o a la inversa. Si atendemos a sus palabras, merece la pena destacar las que siguen:⁷⁸

"Entre los modos de designación particularmente típicos, no podría pregonarse sin reservar ni la simple elección por el Parlamento ni el nombramiento exclusivo por el jefe del Estado o por el gobierno. Posiblemente, se les podría combinar, así, por ejemplo, elegir los jueces a propuesta del gobierno, quien po-

⁷⁸ Kelsen, H., La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Universidad Nacional Autónoma de México (Tamayo Y Salmorán, R., traductor), México 2001, pág. 57.

dría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente".

Una de las preocupaciones de Kelsen es la de evitar la politización del tribunal constitucional. No obstante, reconoce que si es razonable que el parlamento intervenga, los partidos políticos van a participar en el proceso de selección, y esta circunstancia, obviamente, puede conducir a la politización que no ve deseable. Ésta es la razón por la que considera que no todos los miembros del tribunal deban ser designados por intervención de las fuerzas políticas. Destacamos las siguientes palabras de Kelsen:⁷⁹

"Es muy difícil pero sería deseable, alejar de la jurisprudencia del tribunal constitucional toda influencia política. No puede negarse que las determinaciones de los especialistas podrían estar influenciadas – consciente o înconscientemente- por consideraciones políticas. Si este peligro es particularmente grande es preferible aceptar, más que una influencia oculta y por tanto incontrolable de los partidos políticos, su participación legítima en la formación del tribunal, por ejemplo, proveer una parte de los puestos por el Parlamento mediante la vía de elección, sin dejar de tener en cuenta la fuerza relativa de los partidos. Si los otros puestos son atribuidos a especialistas, éstos pueden tener mucho más en cuenta las consideraciones puramente técnicas puesto que su conciencia política se encuentra descargada por la colaboración de los miembros llamados a la defensa de los intereses propiamente políticos".

Por otro lado, en la medida en que el TC es un órgano que ejerce jurisdicción, Kelsen entiende que lo razonable es que la mayoría de sus miembros sean juristas. Por este motivo, en cuanto a la designación de los miembros del tribunal, sostiene que podría ser razonable que las Facultades de Derecho pudieran intervenir en el proceso de fijación de los candidatos a ser miembros del tribunal. Nótese que esta propuesta se suma a la anterior. Es decir, que las Facultades podrían proponer candidatos, si bien, el gobierno, el jefe del Estado o el parlamento, serían los

que, en su caso, podrían asumirlos como candidatos propios. En este sentido, afirma:⁸⁰

"Es de gran importancia otorgar, en la composición de la jurisdicción constitucional, un lugar adecuado a los juristas de profesión. Podría llegarse a esto concediendo, por ejemplo, a las facultades de derecho de un país o a una comisión de todas ellas el derecho a proponer candidatos, al menos para una parte de los puestos".

Expuestos estos criterios para la designación de los magistrados del TC, Kelsen todavía propone un último. En concreto, se refiere a la posibilidad de que el mismo tribunal proceda a la cooptación de sus miembros. Así, afirma:⁸¹

"Podría, asimismo, atribuírsele al propio tribunal el derecho a proponer aspirantes para cada puesto vacante o de proveerlo por elección, es decir, por cooptación. El tribunal tiene, en efecto, el más grande interés en reforzar su autoridad llamando a su seno a especialistas eminentes".

B) MODELOS EXISTENTES

Desde nuestro punto de vista, y en un intento de sistematizar los sistemas existentes, podemos clasificarlos distinguiendo cuatro modelos.

a') Designación exclusiva por el Parlamento

Existen países en los que todos los magistrados de su TC son designados por el parlamento. En este caso, da lo mismo que se trate de un sistema unicameral o bicameral. En todo caso, es el parlamento el que se designa a todos los magistrados del tribunal. El caso más significativo, sin lugar a dudas, es el alemán. El TC alemán está integrado por dieciséis magistrados. Pues bien, ocho de ellos son designados por una de las cámaras legislativas existentes en Alemania, y los otros ocho, por la otra cámara le-

⁸⁰ Kelsen, H., La garantía jurisdiccional de la Constitución..., cit. págs. 57-58.

⁸¹ Kelsen, H., La garantía jurisdiccional de la Constitución..., cit. págs. 58.

gislativa. 82 Nos referimos al Bundestag y al Bundesrat, que eligen a los magistrados por una mayoría de dos tercios. 83

Este modelo también existe en países como Liechtenstein o Hungría.⁸⁴

b') Designación por altas instancias del Estado

Otro modelo al que podemos hacer referencia es aquél en que son altas instancias del Estado las que proceden a la designación de los magistrados del TC. Desde nuestro punto de vista, el caso paradigmático es el del Consejo constitucional francés. Este tribunal está integrado por un total de nueve miembros (a los que hay que sumar los miembros natos). Pues bien, los nueve miembros a los que nos referimos, tres son designados por el Presidente de la República, otros tres, por el presidente del Senado y los otros tres, por el presidente de la Asamblea Nacional. Es La doctrina también ha criticado este sistema de designación en la medida en que también conduce a la politización.

- 82 Véase en este sentido, Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI. Tecnos, Madrid, segunda edición 2007, págs. 42-43.
- Resultan interesantes las palabras de Schlaich, K., "El Tribunal constitucional federal alemán", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984, pág. 146 en la que afirma que "el propio sistema de designación en cuanto tal es criticado cada cierto tiempo, con argumentos plenos de razón desde un punto de vista teórico. En efecto, hay pocos lugares en los que un poder sea ejercitado de modos tan incontrolado y anónimo como en el de la elección de los jueces del T.C.F. Una elección de los controladores por aquellos que son controlados resulta evidentemente sorprendente".
- 84 En este caso, como señala Fernández Rodríguez, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 42, todos los magistrados son nombrados por el parlamento "a propuesta de una comisión de designación integrada por un diputado de cada partido con representación parlamentaria".
- 85 Véase, Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia constitucional europea..., cit. págs. 42-43.
- 86 En este sentido, Pinon, S., *El sistema constitucional de Francia*. Revista de Derecho constitucional europeo, año 7, número 14, julio-diciembre 2010, pág. 53 en la que afirma que "se plantea, por otra parte, el

Este sistema también podemos encontrarlo en la Constitución de la República Dominicana, de 26 de enero de 2010. En concreto, su artículo 186 dispone que "el Tribunal Constitucional estará integrado por trece miembros (...)".

Pues bien, cuando se regulan las funciones del Consejo Nacional de la Magistratura, el artículo 179.2 dispone que le corresponda designar a los magistrados del TC.⁸⁷

c') Modelo mixto

En el punto intermedio entre los dos modelos que hemos descrito, se encuentra el mixto. Es decir, un modelo en el que se combinan la designación parlamentaria con la designación por altas instancias del Estado. En este modelo mixto, a su vez, podemos distinguir dos submodelos.

El primero, aquél en el que predomina el criterio de designación parlamentaria sobre el de autoridad; el segundo, aquél en el que ocurre a la inversa, es decir, predomina la designación por altas instancias del Estado, frente a la designación parlamentaria. A continuación, vamos a analizar algunos ejemplos en la clasificación realizada.

Al primero de los modelos pertenece, sin lugar a dudas, el modelo español. El TCE está integrado por doce magistrados, tal y como se desprende del artículo 159 CE/1978 en el que se dispone que "el Tribunal constitucional se compone de 12 miembros

problema de la «politicidad» de los nombramientos, de la competencia de las personalidades designadas, y de la presencia de los miembros de derecho. Como Georges Vedel destacó, el Consejo es «un ser raro: debería estar por encima de la batalla y sus miembros son designados por los grandes actores del combate político». En efecto, el Presidente de la República nombra tres, otros tres son nombrados por el Presidente de la Asamblea Nacional y los últimos tres por el Presidente del Senado. Dado que estos tres cargos suelen estar vinculados al partido mayoritario, y dado que la V República conoció su primera alternancia política en 1981, se comprende por qué la corriente socialista tuviera que esperar hasta 1983 para estar representada... ".

87 Esta cuestión se desarrolla posteriormente en el art. 182 en el que se dispone que "el Consejo Nacional de la Magistratura al conformar el Tribunal Constitucional dispondrá cuál de ellos ocupará la presidencia y designará un primer y segundo sustitutos para reemplazar al Presidente, en caso de falta o impedimento".

nombrados por el Rey; de ellos, cuatro propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial".

Como puede apreciarse, de un total de doce magistrados, la mayoría, en concreto ocho, son designados por el parlamento; los cuatro restantes, son designados por el Gobierno y por el Consejo General del Poder Judicial.

Dentro de esta categoría creemos que debemos incluir también el sistema de selección de los magistrados previstos en Portugal. En concreto, su TC está integrado por un total de trece magistrados. Pues bien, el Parlamento designa a la mayoría de esos trece, en concreto, a diez.⁸⁸ Posteriormente, esos diez son los que cooptan a los tres que faltan para completar el número total de trece.⁸⁹ Como puede verse, el Parlamento designa a la mayoría, y la autoridad a la que se recurre para completar el Tribunal, es la de los mismos magistrados de dicho tribunal.

Dentro de esta misma categoría debemos incluir también el caso belga. En este país, las dos cámaras legislativas existentes elaboran una lista de veinticuatro personas, sobre la base de las cuales el Rey procede a seleccionar a doce. ⁹⁰ Hay una intervención de la autoridad del monarca, pero en todo caso, dentro de los márgenes que le ha fijado el parlamento. ⁹¹

Creemos que es también muy interesante el sistema de selección de los magistrados del TC en Bosnia-Herzegovina. Dicho tribunal está integrado por un total de nueve magistrados. Pues bien, seis de esos nueve, la mayoría, son designados por el Parlamen-

- 88 Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia constitucional europea..., cit. pág. 43.
- 89 Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia constitucional europea..., cit. pág. 44.
- 90 Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia constitucional europea..., cit. pág. 43.
- 91 Como señala, Fernández Rodríguez, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 43 de esos doce "seis de expresión francesa y seis de expresión flamenca".

to. 92 Los tres restantes, son nombrados por el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 93

Si atendemos al ámbito americano, podemos tomar como referente la Constitución política de Colombia de 1991. Su artículo 239, párr. 1 dispone que "la Corte Constitucional tendrá el número impar de miembros que determine la ley. En su integración se atenderá el criterio de designación de magistrados pertenecientes a diversas especialidades del Derecho". Pues bien, en lo que nos interesa, el párr. 2 añade que "los Magistrados de la Corte Constitucional serán elegidos por el Senado de la República para períodos individuales de ocho años, de sendas ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado".

Como puede apreciarse, se combinan ambos criterios de designación, si bien, el que tiene la última palabra es el Senado de la República.

El segundo gran modelo dentro del sistema mixto, es aquél en el que predomina la designación por altas instancias del Estado, frente a la intervención del Parlamento. Así ocurre, por ejemplo, en el caso italiano. La Corte costituzionale italiana está integrada por un total de quince magistrados. Pues bien, cinco de ellos, son designados por parte de las magistraturas supremas del Estado italiano. En concreto, tres por el Tribunal de Casación; uno por el Consejo de Estado y otro más, por el Tribunal de Cuentas. 94

El presidente de la República italiana tiene la competencia para designar a otros cinco de los quince magistrados. ⁹⁵ Y los cinco restantes, son designados por las dos cámaras legislativas existentes en dicho país, que deben reunirse en sesión conjunta. ⁹⁶

- 92 En concreto, como indica Fernández Rodríguez, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 42 "cuatro por el Parlamento federal y dos por la Asamblea de la República Serbia de Bosnia".
- 93 Como indica Fernández Rodríguez, J. J., *La Justicia constitucional europea...*, cit. pág. 44 esto "no sucede en ningún otro ordenamiento y se explica por los acontecimientos bélicos que asolaron el país (...)".
- 94 Véase en este sentido, Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia constitucional europea..., cit. pág. 43.
- 95 Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia constitucional europea..., cit. pág. 43.
- 96 Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia constitucional europea..., cit. pág. 42.

d') Elección popular de los magistrados

El sistema de elección popular de los magistrados del TC no se encuentra muy extendido. Sin embargo, no podemos pasar por alto que éste ha sido el sistema acogido en la Constitución política del Estado de Bolivia, de octubre de 2008.

En concreto, el artículo 198 de la Constitución dispone que "las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia". ⁹⁷

El artículo 199. I dispone que "para optar a la magistratura del Tribunal Constitucional Plurinacional se requerirá, además de los requisitos generales para el acceso al servicio público, haber cumplido treinta y cinco años y tener especialización o experiencia acreditada de por lo menos ocho años en las disciplinas de Derecho Constitucional, Administrativo o Derechos Humanos. Para la calificación de méritos se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de autoridad originaria bajo su sistema de justicia".

El apartado II añade que "las candidatas y los candidatos al Tribunal Constitucional Plurinacional podrán ser propuestas y propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos".

97 En este sentido, el art. 182 de la Constitución política dispone que "I. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal.

II La Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes por cada departamento y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral.

III. Las y los postulantes o persona alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El Órgano Electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos.

IV. Las magistradas y magistrados no podrán pertenecer a organizaciones políticas.

V. Serán elegidas y elegidos las candidatas y los candidatos que obtengan mayoría simple de votos. La Presidenta o el Presidente del Estado ministrará posesión en sus cargos".

C) PROBLEMAS DE APLICACIÓN PRÁCTICA

a') En el sistema de designación por el parlamento o por altas instancias del Estado

En los casos en que hablamos de designación de todos o algunos magistrados de los tribunales constitucionales por el parlamento, surge inmediatamente a continuación la crítica relativa a que dicho sistema puede contribuir a la politización de los tribunales constitucionales. Sin embargo, dicho problema también puede apreciarse si hablamos de la designación por altas instancias del Estado que sean cargos de representación, como el presidente de una República, o cargos en un parlamento, como el presidente del mismo. Obviamente, estas personas ocupan dicho cargo en la medida en que han concurrido en las listas de un partido político.

Ahora bien, la presencia de sensibilidades políticas en los tribunales constitucionales no es algo que en principio nos deba preocupar, ya que el TC, además de ser un órgano jurisdiccional, es un órgano llamado a defender la principal norma política de un Estado: su Constitución. Lo que debe garantizarse, desde nuestro punto de vista, son varias cosas. Por un lado, que a los tribunales constitucionales lleguen personas que reúnan los méritos necesarios para poder actuar con la debida independencia. Por otro lado, debe evitarse que un sólo partido político pueda configurar con su decisión, la composición del Tribunal. Esto se logra estableciendo un sistema de mayorías cualificadas. Así, países como Alemania, España. Italia, Portugal o Bélgica, cuentan con un sistema de mayorías cualificadas o reforzadas. 98

Si bien este sistema tiene la virtud que acabamos de subrayar, genera inmediatamente a continuación un problema que no podemos desdeñar. Nos referimos al hecho de que en ocasiones, los partidos políticos utilizan esa necesidad del consenso como arma electoral, poniendo en el eje de su campaña política una de las instituciones esenciales en el correcto funcionamiento de un Estado de Derecho: el TC.

Así ocurrió, por ejemplo, en Italia. La constitución de 1947 preveía la creación de la Corte costituzionale, pero hasta ocho años

⁹⁸ En este sentido, Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia constitucional europea..., cit. pág. 45.

después, las fuerzas políticas no se pusieron de acuerdo para nombrar a los cinco magistrados de designación parlamentaria. 99

O lo mismo podemos decir de la situación existente recientemente en España. Por exigencia constitucional, la renovación de los miembros del TC debe hacerse por terceras partes cada tres años (art. 159.3 CE/1978). De acuerdo con las previsiones legales, antes de los cuatro meses previos a la fecha de expiración de los nombramientos, el Presidente del TC debe solicitar a los Presidentes de los órganos que han de hacer las propuestas para la designación de los nuevos magistrados, que inicien el correspondiente procedimiento (art. 17.1 LOTC). Obviamente, para que la renovación de los magistrados del TC tenga lugar en el caso de los ocho magistrados que son designados por las Cámaras legislativas, es necesario que las fuerzas políticas logren el correspondiente acuerdo para alcanzar la mayoría de tres quintos requerida constitucionalmente.¹⁰⁰

Una vez que hemos descrito el panorama normativo, se constata que para que la renovación de las vacantes se produzca, es necesario un amplio consenso de las fuerzas políticas con representación parlamentaria. Sin embargo, en la práctica, la realidad pone de manifiesto que los partidos políticos anteponen sus intereses electorales a los generales, bloqueando y paralizando la renovación de la composición del TC.

- 99 Véase en este sentido, Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia constitucional europea..., cit. pág. 46.
- 100 La LOTC contempla que los magistrados del TCE continúen en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles (art. 17.1 LOTC). Para estos casos, se ha añadido un nuevo párrafo 5 al artículo 16 LOTC, fruto de la reforma llevada a cabo en virtud de la Ley Orgánica 8/2010, 4 noviembre. En concreto, ese párrafo dispone que "las vacantes producidas por causas distintas a la de la expiración del período para el que se hicieron los nombramientos serán cubiertas con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del Magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a éste restase. Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los Magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación".

b') En la designación popular: el caso boliviano

Aunque hemos establecido el sistema de elección popular como un mecanismo distinto, debemos subrayar que no se trata de una designación popular pura. Nos explicamos. Hemos señalado que los candidatos a magistrados del TC pueden ser propuestos por organizaciones de la sociedad civil y de las naciones y pueblos indígena originario campesinos. Sin embargo, es posteriormente la Asamblea Legislativa Plurinacional la que selecciona a los candidatos que finalmente pueden optar a la elección. Así se desprende del artículo 182 de la Constitución para la designación de los candidatos para ocupar el Tribunal Supremo de Justicia, sistema que se aplica también a los candidatos a ocupar el TC.

Las primeras elecciones tuvieron lugar el 16 de octubre de 2011. ¹⁰¹ En concreto, la Asamblea Legislativa Plurinacional preseleccionó a 28 candidatos para ocupar 7 cargos de titular y otros 7 de suplentes.

En Bolivia ha sido muy criticado el sistema en la medida en que a los candidatos se les prohíbe hacer campaña o aparecer en los medios de comunicación tres meses antes de la votación. Pero sobre todo, se ha puesto de manifiesto que esta opción no ha servido para solucionar los problemas de la Justicia ni las injerencias del poder político. Be este tiempo que ha estado en vigor este sistema, han sido apartados del cargo tres magistrados del TC, juzgados por responsabilidad en el Senado. Ello ha conducido a que en la práctica, se esté cuestionando este sistema de selección.

- 101 Véase, http://www.que.es/ultimas-noticias/sucesos/201101070108-morales-inaugura-judicial-tendra-eleccion-efe.html
- 102 En este sentido, http://www.nuevatribuna.es/articulo/mundo/en-marcha-la-eleccin-popular-de-magistrados-en-bolivia/20110613111201056242.html
- 103 Véase en este sentido, http://www.economiabolivia.net/2014/03/06/anular-la-eleccion-popular-de-magistrados/
- 104 Véase, http://eju.tv/2014/12/senado-iniciar-juicio-maana-con-o-sin-cusi/; http://eju.tv/2014/12/lo-quieren-matar-pues-triganlo-enmani-llado-abogado-de-cusi-el-magistrado-est-muy-enfermo/

B) EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

En la construcción del sistema de Justicia constitucional concentrado (una vez que se ha tomado la opción por el modelo concentrado) y una vez que se ha establecido el sistema de selección de sus magistrados, el paso siguiente es concretar quiénes pueden ejercer acciones de control abstracto de constitucionalidad. ¹⁰⁵ En particular, nos referimos al enjuiciamiento de si una norma es constitucional o no, sin que haya sido necesaria su aplicación en un caso concreto. ¹⁰⁶ En este caso, interesa concretar quién tiene legitimación activa para ejercitar esta acción, ¹⁰⁷ o si debe sujetarse a plazo el ejercicio de la misma. ¹⁰⁸ En este punto, y por influencia kelseniana, en Europa no se contemplan con carácter

- 105 En general, sobre estos dos modelos, Huerta Ochoa, C., La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. Boletín mexicano de Derecho Comparado, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003, págs. 927-950; Pulido Ortiz, F. E., Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. Revista Prolegómenos--Derechos y valores, volumen XIV, núm. 27, julio-diciembre 2011, págs. 165-180.
- 106 En el caso español, el control en abstracto se hace a través del mal llamado recurso de inconstitucionalidad. Decimos que es un mal llamado recurso porque en sentido estricto, es un proceso autónomo que se sigue ante el TCE para el enjuiciamiento de si una norma se adecua o no a la Constitución. A dicho "recurso" se refiere el art. 161.1 a) CE/1978. En concreto, el artículo citado establece cuál es la competencia del TCE. En lo que al proceso de inconstitucionalidad, se indica que el TCE tiene competencia para conocer "del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada".
- 107 Sobre la legitimación para el ejercicio de esta acción, el art. 162.1 a) CE/1978 dispone que están legitimados "para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas".
- 108 La CE/1978 no establece plazo para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad, sin embargo, dicho plazo está previsto en la LOTC. El art. 33.1 LOTC dispone que "el recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la Ley, disposición o acto con fuerza de Ley impugnado mediante demanda presentada ante el Tribunal Constitucional (...)".

general, una regulación de la acción popular para el acceso a los tribunales constitucionales.

Al respecto, puede servir de ejemplo la situación existente en el ordenamiento jurídico español. El artículo 162.1 a) CE/1978 dispone que "están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas". Como puede apreciarse, el ciudadano no tiene reconocido el acceso directo al TC para el ejercicio de la acción de inconstitucionalidad. 109

Esta regulación es la que está generalizada en Europa, y sin embargo, contrasta con la existen en América latina. ¹¹⁰ Al respecto, podemos tomar como referencia el artículo 241 de la Constitución política de Colombia. ¹¹¹

- 109 La situación es claramente distinta si hablamos del ejercicio de la acción de amparo. En este caso, el art. 162.1 b) CE/1978 dispone que para interponer el recurso de amparo tienen legitimación "toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal".
- 110 Sobre estas regulaciones puede verse, a título de ejemplo, Rey Cantor, E., Acción popular de inconstitucionalidad. Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 1, núm. 1, 2003, págs. 343-355. Puede verse publicado también en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 1, 2004, págs. 117-128; Brewer-Carías, A. R., La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional. Estudios constitucionales, año 9, núm. 2, 2011, págs.623-638.
- 111 En concreto, en lo que nos interesa, a la Corte Constitucional le corresponde:
 - a) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformatorios de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación (art. 241.1)
 - b) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (art. 241.4).
 - c) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la

También puede tomarse como referente el artículo 185.1 de la Constitución política de la República Dominicana dispone que corresponde al TC conocer de las "acciones directas de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos, reglamentos, resoluciones y ordenanzas, a instancia del Presidente de la República, de una tercera parte de los miembros del Senado o de la Cámara de Diputados y de cualquier persona con interés legítimo y jurídicamente protegido".

3. Bibliografía

- BREWER-CARÍAS, A. R., La acción popular de inconstitucionalidad en Venezuela y su ilegítima restricción por el juez constitucional. Estudios constitucionales, año 9, núm. 2, 2011.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J., La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI. Tecnos, Madrid, segunda edición 2007.
- HUERTA OCHOA, C., La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos. Boletín mexicano de Derecho Comparado, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003.
- KELSEN, H., La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Universidad Nacional Autónoma de México (TAMAYO Y SALMORÁN, R., traductor), México 2001.
- ORTELLS RAMOS, M., Introducción al Derecho Procesal (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi, 5ª edición, 2015.
- PINON, S., *El sistema constitucional de Francia*. Revista de Derecho constitucional europeo, año 7, número 14, julio-diciembre 2010.
- PULIDO ORTIZ, F. E., Control constitucional abstracto, concreto, maximalista y minimalista. Revista Prolegómenos--Derechos y valores, volumen XIV, núm. 27, julio-diciembre 2011.

Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación (art. 241.5).

- REY CANTOR, E., *Acción popular de inconstitucionalidad*. Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales, año 1, núm. 1, 2003.
- SCHLAICH, K., "El Tribunal constitucional federal alemán", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1984.

Protección de intereses difusos y medio ambiente¹¹²*

1. Introducción

Cuando se analizan los aspectos relativos al acceso a la justicia, una de las cuestiones esenciales es la relativa a concretar quién ostenta una posición jurídica que le habilita para poder obtener de los tribunales la clase de tutela que se solicita. En definitiva, en el análisis de los requisitos de aptitud de las partes procesales, no nos podemos quedar solamente en los que afectan a la válida constitución del proceso, es decir, los referentes a la capacidad para ser parte, ¹¹³ capacidad de actuación procesal¹¹⁴ y capacidad de postulación. ¹¹⁵ Es preciso también, que se preste atención al requisito de aptitud que permite la obtención de la determinada clase de tutela que se solicita en un proceso concreto. Nos referimos a la legitimación. ¹¹⁶

- * Ponencia presentada en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional organizado por la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en Bogotá (Colombia), los días 26, 27 y 28 de mayo de 2016.
- 113 Sobre este requisito de aptitud, Ortells Ramos, M., Derecho Procesal Civil (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), 14ª edición. Thomson Reuters Aranzadi, 2015, págs. 107-114.
- 114 Sobre este requisito de aptitud, Ortells Ramos, M., Derecho Procesal Civil (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 114-124.
- 115 Sobre este requisito de aptitud, Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 124-130.
- 116 Sobre este requisito de aptitud, Ortells Ramos, M., Derecho Procesal Civil (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.;

Ya adelantamos al lector que en la presente ponencia queremos poner el acento en al estudio de este último requisito de aptitud de las partes a que nos hemos referido. Pero lo queremos estudiar, prestando atención a un ámbito esencial del ordenamiento jurídico: el medioambiental. Se trata de concretar, hasta qué punto, en el ordenamiento jurídico español podemos hablar de una legitimación activa popular en materia medioambiental, ¹¹⁷ o si la misma no existe, y se trata de una legitimación activa para la protección de intereses difusos que se reconoce a una serie de personas jurídicas. ¹¹⁸ Hacemos esta observación porque adelantamos al lector que en la regulación positiva de los aspectos relativos al medio ambiente, el legislador español anuncia que pretende regular e introducir la posibilidad de que cualquier persona, mediante el ejercicio de una acción popular, pueda pretender de los tribunales la tutela del medio ambiente.

Como hemos señalado, el objetivo que nos marcamos es intentar exponer, para el caso del ordenamiento jurídico español, cuál es la forma de protección del derecho a un medio ambiente adecuado, y sobre todo, queremos concretar quiénes tienen legitimación activa para la protección de intereses difusos en materia

Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 133-147.

¹¹⁷ Sobre este tipo de acción en materia medioambiental, Teso Gamella, M. P., Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales. Cuadernos de Derecho Público, núm. 36, enero-abril 2009, págs. 71-89; Sanjurjo Rebollo, B., Medio ambiente y acción popular, en "Cuestiones actuales de la jurisdicción en España" (coord. Montoya Melgar, A.). 2010, págs. 419-434.

¹¹⁸ Sobre la protección de intereses difusos en materia de medio ambiente, Fernández Oubiña, A., Los intereses difusos y la protección del Medio Ambiente. Naturaleza aragonesa: revista de la Sociedad de Amigos del Museo Paleontológico de la Universidad de Zaragoza, núm. 7, 2001, págs. 70-73; Landoni Soa, A.; González Miragaya, S., Medidas cautelares en los procesos colectivos: en particular, en procesos relativos a los derechos del consumidor, medio ambiente y otros intereses difusos. Revista uruguaya de derecho procesal, núm. 4, 2006, págs. 605-626; Pérez Conejo, L., La defensa judicial de los intereses ambientales: (estudio específico de la legitimación "difusa" en el proceso contencioso-administrativo. Lex Nova, 2002; Posada Arrubla, A. M., Intereses ambientales: reflexiones sobre la aplicación de lo difuso. Revista de Ingenierías: Universidad de Medellín, volumen 8, núm. 14, 2009, págs. 11-20.

medioambiental en España. Ello nos va a llevar a analizar la legitimación activa de personas jurídicas sin ánimo de lucro que entre sus fines acreditados estén los de protección del medio ambiente, a la vez que tendremos que concretar si cualquier persona goza de legitimación activa en la materia.

Para llevar a cabo este estudio, en primer lugar, vamos a ubicar el derecho al medio ambiente adecuado en el contexto constitucional español. Al respecto, nos interesa identificar si dicho derecho puede considerarse como fundamental o si por el contrario, integra los denominados principios rectores de política social y económica. Una vez resuelta dicha cuestión, pasaremos a exponer cómo ha sido desarrollado normativamente el derecho al medio ambiente adecuado. Así, prestaremos atención a la ley que regula la cuestión en el Derecho español y concretar cuál ha sido la influencia de la regulación europea en la materia. Con el estudio de estos aspectos, podremos concretar si realmente en España existe una acción popular en materia medio ambiental o si por el contrario, una legitimación activa de determinadas personas jurídicas para la defensa de intereses difusos en materia medioambiental.

2. El derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona

2.1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS Y EL SISTEMA REFORZADO DE PROTECCIÓN POR LOS TRIBUNALES

Cuando nos acercamos a la CE/1978, nos encontramos con la siguiente sistemática. Por un lado, el capítulo segundo CE/1978 establece la regulación de los denominados "derechos y libertades", y está dividido en dos secciones. La primera, que contempla los derechos fundamentales y las libertades públicas (arts. 15-29 CE/1978), y es la sección en la que se contemplan los derechos a la vida (art. 15 CE/1978), libertad ideológica, religiosa o de culto (art. 16.1 CE/1978), a la libertad y seguridad (art. 17.1 CE/1978), entre otros. No pretendemos hacer una exposición detallada de todos los derechos fundamentales que se recogen en esta sección. Sin embargo, queremos destacar un aspecto.

Por un lado, estos derechos gozan de una protección especial privilegiada ante la Jurisdicción. ¹¹⁹ En concreto, el ordenamiento jurídico contempla un sistema doble y reforzado de protección. Así, en primer lugar, en caso de violación, debe solicitarse el amparo a la Jurisdicción ordinaria. En el caso en que esta Jurisdicción no conceda la tutela, puede acudirse, de manera subsidiaria, ante el TCE. De hecho, cuando se regulan las competencias de este órgano jurisdiccional, el artículo 161.1 b) CE/1978 dispone que el TCE es competente para conocer "del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de esta Constitución (…)". ¹²⁰

Este sistema doble y reforzado de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, se desprende del artículo 53.2 CE/1978 en el que se dispone que "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (...)".

Como puede apreciarse, los derechos que gozan de la consideración de fundamentales a la luz de la CE/1978, se pueden invocar directamente ante los tribunales y por lo tanto, puede accionarse en amparo ante la Jurisdicción.

- 119 Sobre la protección de estos derechos, Bravo Iglesias, J. J., La protección jurisprudencial de los derechos fundamentales: procedimientos específicos de garantía. Los derechos fundamentales y libertades públicas (II). Jornadas de Estudio. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, vol. 1, 1993, págs. 37-42;
 - Díez-Picazo y Ponce De León, L., La defensa de los derechos humanos: Tribunal Constitucional y poder judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 2010, págs. 11-26.
- 120 Sobre la competencia del TCE, Cucarella Galiana, L. A., *Los recursos ante el Tribunal Constitucional español: desafíos*, en "Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional", cit. págs. 183-209.

2.2. EL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO NO ES CONSIDERADO CONSTITUCIONALMENTE COMO DERECHO FUNDAMENTAL

2.2.1. Análisis del artículo 45 CE/1978

La segunda consideración que queremos realizar, guarda relación con el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad. Este derecho, como vamos a poner de manifiesto, está reconocido en la CE/1978, pero no en la Sección en la que se plasman los derechos fundamentales. En concreto, la disposición constitucional que hay que tomar como referencia, es el artículo 45 CE/1978, cuyo contenido vamos a exponer a continuación. 121

El apartado 1 del artículo 45 CE/1978 dispone que "todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo".

El apartado 2 añade que "los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva". 122

El apartado 3, por último, dispone que "para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado".

Si llevamos a cabo una sistematización del contenido del artículo que acabamos de exponer resultan las siguientes consideraciones.

- 121 Sobre el derecho recogido en este artículo, Merino Gil, A. B., Eficacia del artículo 45.1 de la Constitución sobre el derecho de un medio ambiente adecuado: problemas para su desarrollo legislativo. Revista de derecho urbanístico y medio ambiente, año 39, núm. 2018, 2005, págs. 185-199; Vicente Giménez, T., Excurso previo: proyección de la justicia ecológica en la ordenación política y jurídica del medio ambiente: el artículo 45 CE como marco constitucional del régimen jurídico de la ecología. Justicia ecológica y protección del medio ambiente, 2002, págs. 71-82;
- 122 Sobre el ámbito de este apartado, León Jiménez F., Dimensiones del concepto jurídico de "solidaridad colectiva del artículo 45.2 de la Constitución española. Kronos 2000.

Por un lado, todas las personas, con independencia de su nacionalidad, tienen reconocido en el texto constitucional español, el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado que permita el desarrollo de la persona.

De manera correlativa al derecho, existe también el deber, que se impone a todas las personas, de conservar adecuadamente el medio ambiente. Y en esta línea, se impone a los poderes públicos la obligación de velar por la utilización racional de los recursos naturales. De hecho, como hemos subrayado, la protección del medio ambiente debe inspirar la actuación de estos poderes públicos.

En caso de realización de conductas que lesionen el derecho al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, se contempla la posibilidad de que se impongan sanciones penales y/o administrativas, junto con la obligación de reparar el daño causado.

2.2.2. El derecho a un medio ambiente adecuado como principio rector de política social

Si atendemos a la ubicación sistemática del artículo 45 CE/1978, éste se encuentra ubicado en el capítulo tercero CE/1978, bajo la rúbrica De los principios rectores de la política social y económica (arts. 39-52 CE/1978¹²³). Es decir, este derecho no está incluido en la sección de derechos fundamentales. Por lo tanto, no goza de la protección reforzada que se reconoce a este tipo de derechos en el artículo 53.2 CE/1978, al que anteriormente nos hemos referido.

Esta situación implica que el derecho a un medio ambiente adecuado no pueda ser invocado directamente ante los tribunales, sino de acuerdo con lo que prevean las leyes que regulen la materia. 124 Así ocurre con todos los principios rectores de política

- 123 Sobre estos principios, Calvo Ortega, R., Reflexiones sobre los principios rectores de la política social y económica en la Constitución. Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación, núm. 37, 2007, págs. 615-652; Ruiz-Rico Ruiz, G., Los principios rectores de la política económica y social en la Constitución Española de 1978. Universidad de Granada 1986.
- 124 Sobre el alcance de este derecho en el ámbito constitucional español, Bellver Capella, V., *El contenido del derecho al medio ambiente*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 34, 2000, págs. 199-220; Martín Morales, R., *Constitución y medio ambiente*. "Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente" (coord. Pérez Alonso, J.), 2012, págs. 547-560.

social. En concreto, el artículo 53.3 CE/1978, para este tipo de principios, dispone que "el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

Como puede apreciarse, se trata de derechos que solamente pueden hacerse valer ante la Jurisdicción ordinaria, y supeditado a lo que se regule en las leyes de desarrollo de dichos derechos. A diferencia de los derechos fundamentales, no tienen acceso a la Jurisdicción del TC a través de la demanda de amparo.

3. Ley 27/2006, 18 julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 20003/4/CE y 2003/35/CE), como desarrollo normativo del derecho consagrado en el artículo 45 CE/1978

3.1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Como hemos señalado anteriormente, los derechos reconocidos en el capítulo de principios rectores de política social y económica de la CE/1978, deben inspirar la regulación normativa y la actuación de los poderes públicos. El derecho a un medio ambiente adecuado es uno de esos principios y dando cumplimiento a esta exigencia constitucional de desarrollo normativo, se aprobó la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. 125

¹²⁵ Publicada en el Boletín Oficial del Estado el 19 de julio 206, núm. 171. A partir de ahora Ley 27/2006.

Es importante destacar, antes de continuar en el análisis de la sistemática de la Ley, que con ella, el legislador español llevo a cabo la trasposición al ordenamiento interno, de dos Directivas de la Unión Europa en materia de medio ambiente. En concreto, nos referimos a la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE, del Consejo, ya la Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refieren a la participación pública y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE. 126 No vamos a profundizar en el estudio de esta regulación comunitaria. No obstante, más adelante cuando estudiamos los aspectos relativos al acceso a la justicia en materia medio ambiental, haremos referencia a las exigencias que sobre la misma, se derivan de la regulación europea.

126 Sobre la trasposición de estas Directivas comunitarias, en la exposición de motivos de la Ley 27/2006, se afirma que "la propia Unión Europea, al igual que todos los Estados miembros, también firmó este Convenio, si bien condicionó su ratificación a la adecuación previa del derecho comunitario a las estipulaciones contenidas en aquél, lo que efectivamente ya se ha producido: en efecto, la tarea legislativa emprendida por la Unión Europea ha dado como resultado un proyecto de Reglamento comunitario por el que se regula la aplicación del Convenio al funcionamiento de las Instituciones comunitarias, y dos Directivas a través de las cuales se incorporan de manera armonizada para el conjunto de la Unión las obligaciones correspondientes a los pilares de acceso a la información y de participación en los asuntos ambientales. Se trata de la Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental v por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE, del Consejo, v de la Directiva 003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación pública y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/ CEE v 96/61/CE.

En consecuencia, el objeto de esta Ley es definir un marco jurídico que a la vez responda a los compromisos asumidos con la ratificación del Convenio y lleve a cabo la transposición de dichas Directivas al ordenamiento interno".

Volviendo al contenido propiamente dicho de la Ley 27/2006, veremos que en la exposición de motivos claramente se pone de manifiesto que con la ley citada, se pretende dar desarrollo al artículo 45 CE, así como articular mecanismos de participación ciudadana en materia de medio ambiente. En este sentido, se da cumplimiento también a la exigencia constitucional contemplada en el artículo 9.2 CE/1978, ¹²⁷ y al artículo 105 CE/1978 que regula la participación ciudadana en el ámbito administrativo. ¹²⁸

Al respecto, son interesantes las siguientes palabras extraídas de la exposición de motivos de la Ley 27/2006:

"El artículo 45 de la Constitución configura el medio ambiente como un bien jurídico de cuyo disfrute son titulares todos los ciudadanos y cuya conservación es una obligación que comparten los poderes públicos y la sociedad en su conjunto. Todos tienen el derecho a exigir a los poderes públicos que adopten las medidas necesarias para garantizar la adecuada protección del medio ambiente, para disfrutar del derecho a vivir en un medio ambiente sano. Correlativamente, impone a todos la obligación de preservar y respetar ese mismo medio ambiente. Para que los ciudadanos, individual o colectivamente, puedan participar en esa tarea de protección de forma real y efectiva, resulta necesario disponer de los medios instrumentales adecuados, cobrando hoy especial sig-

- 127 El art. citado dispone que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, cultural y social"
- 128 En concreto, el art. dispone que "la ley regulará:
 - a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.
 - b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.
 - c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado".

nificación la participación en el proceso de toma de decisiones públicas. Pues la participación, que con carácter general consagra el artículo 9.2 de la Constitución, y para el ámbito administrativo el artículo 105, garantiza el funcionamiento democrático de las sociedades e introduce mayor transparencia en la gestión de los asuntos públicos".

En el desarrollo normativo de los aspectos relativos al derecho a un medio ambiente adecuado, la sistemática de la Ley 27/2006, resulta clara. En concreto, atiende a las exigencias de regulación normativa que se derivan del Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998. ¹²⁹ Siguiendo la línea marcada por este Convenio, la Ley 27/2006, regula de manera bien diferenciada tres aspectos esenciales: el derecho de acceso a la justicia y a la tutela administrativa. ¹³⁰

129 A partir de ahora Convenio de Aarhus.

Si atendemos a la Exposición de motivos de la Ley 27/2006, podemos destacar las siguientes palabras:

"La definición jurídica de esta participación y su instrumentación a través de herramientas legales que la hagan realmente efectiva constituyen en la actualidad uno de los terrenos en los que con mayor intensidad ha progresado el Derecho medioambiental internacional y, por extensión, el Derecho Comunitario y el de los Estados que integran la Unión Europea. En esta línea, debe destacarse el

Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus el 25 de junio de 1998. Conocido como Convenio de Aarhus, parte del siguiente postulado: para que los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a un medio ambiente saludable y cumplir el deber de respetarlo y protegerlo deben tener acceso a la información medioambiental relevante, deben estar legitimados para participar en los procesos de toma de decisiones de carácter ambiental y deben tener acceso a la justicia cuando tales derechos les sean negados"

130 Sobre estas cuestiones, Fernández Valverde, R., La integración de las exigencias del convenio de Aarhus en el sistema procesal español a través de la Ley 27/2006. Estudios de derecho judicial, núm. 137, 2007, págs. 35-114;

3.2. EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL

Sobre este derecho de acceso a la información medioambiental, el legislador, en la exposición de motivos de la Ley 27/2006, afirma que "el pilar de acceso a la información medioambiental desempeña un papel esencial en la concienciación y educación ambiental de la sociedad, constituyendo un instrumento indispensable para poder intervenir con conocimiento de causa en los asuntos públicos. Se divide en dos partes: el derecho a buscar y obtener información que esté en poder de las autoridades públicas, y el derecho a recibir información ambientalmente relevante por parte de las autoridades públicas, que deben recogerla y hacerla pública sin necesidad de que medie una petición previa".

Este derecho es objeto de regulación en el título II de la Ley 27/2006, en concreto, en los artículos 5-15. En particular, se da desarrollo a la regulación específica del derecho de acceso a la información ambiental, en su doble faceta de suministro activo y pasivo de información.

En relación con la vertiente positiva, destacamos las siguientes palabras de la exposición de motivos de la Ley 27/2006. En concreto, se afirma que "se obliga a las Administraciones Públicas a informar a los ciudadanos sobre los derechos que les reconoce la Ley y a ayudarles en la búsqueda de la información, al tiempo que se impone la obligación de elaborar listas de las autoridades públicas que poseen información ambiental, que deberán ser públicamente accesibles con el fin de que los ciudadanos puedan localizar la información que precisan con la mayor facilidad. Se amplía considerablemente el tipo de información objeto de difusión, identificando unos mínimos de obligado cumplimiento en función de su importancia y de su urgencia. Además, para evitar y prevenir daños en caso de amenaza inminente para la salud humana o el medio ambiente, deberá difundirse la información que permita adoptar las medidas necesarias para paliar o prevenir el daño".

Jordano Fraga, J., Análisis de la Ley 27/2006 en cuanto al acceso a la justicia, en especial el principio de legitimación en los contenciosos ambientales. Estudios de derecho judicial, núm. 137, 2007, págs. 115-140; Lozano Cutanda, B., Análisis general de la Ley 27/2006 de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Estudios de derecho judicial, núm. 137, 2007, págs. 169-206.

En relación con la vertiente negativa del derecho de acceso a la información, se afirma que "la Ley pretende superar algunas de las dificultades detectadas en la práctica anterior, de forma que la obligación de suministrar la información no deriva del ejercicio de una competencia sustantiva sino del hecho de que la información solicitada obre en poder de la autoridad a la que se ha dirigido la solicitud, o del de otro sujeto en su nombre. Se reduce el plazo de contestación a un mes y sólo podrá ampliarse cuando el volumen y la complejidad de la información lo justifiquen. También la regulación de las excepciones a la obligación de facilitar la información ambiental supone un avance notable, puesto que la denegación no opera automáticamente, sino que la autoridad pública deberá ponderar en cada caso los intereses públicos en presencia, y justificar la negativa a suministrar la información solicitada. Y, en todo caso, los motivos de excepción deberán interpretarse de manera restrictiva".

3.3. EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN PÚBLICA EN ASUNTOS DE CARÁCTER MEDIOAMBIENTAL

El segundo pilar sobre el que se estructura la Ley que analizamos, es el del derecho de participación pública en asuntos de carácter medioambiental. Se trata de regular los aspectos relativos a la participación ciudadana en la toma de decisiones que se refieran a determinadas actividades, aprobación de planes y programas o la elaboración de disposiciones de carácter general de rango legal o reglamentario. La regulación se contiene en el Título III de la Ley 27/2006, artículos 16-19.¹³¹

131 Sobre el contenido de este título, en la exposición de motivos de la Ley 27/2006 se afirma que "el Título III de la Ley se ocupa del derecho de participación pública en los asuntos de carácter ambiental en relación con la elaboración, revisión o modificación de determinados planes, programas y disposiciones de carácter general. La regulación de las demás modalidades de participación previstas en el Convenio y en la legislación comunitaria (procedimientos administrativos que deben tramitarse para la concesión de autorizaciones ambientales integradas, para evaluar el impacto ambiental de ciertos proyectos, para llevar a cabo la evaluación ambiental estratégica de determinados planes y programas o para elaborar y aprobar los planes y programas previstos en la legislación de aguas) se difiere a la legislación sectorial correspondiente. Este Título se cierra con un artículo a través del cual se regulan las funciones y la composición del Consejo Asesor de Medio Am-

3.4. DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y A LA TUTELA ADMINISTRATIVA EN ASUNTOS MEDIOAMBIENTALES

3.4.1. Influencia de la regulación comunitaria: artículo 15 bis de la Directiva 96/61/CE

Si hay dos tipos de disposiciones que claramente han influenciado en el ordenamiento jurídico español a la hora de regular los intereses que permiten el ejercicio de acciones ante los tribunales en materia medioambiental, son el Convenio Aarhus y es la Directiva 96/61/CE, de 24 de septiembre de 1996. Más en concre-

biente. Al ser un ámbito de competencia compartida con las Comunidades Autónomas, la Ley no regula procedimiento alguno, sino que se limita a establecer el deber general de promover la participación real y efectiva del público; serán las Administraciones públicas las que, al establecer y tramitar los correspondientes procedimientos, habrán de velar por el cumplimiento de una serie de garantías reconocidas tanto por la legislación comunitaria como por el Convenio de Aarhus, que la Ley enuncia como principios informadores de la actuación pública en esta materia: hacer públicamente accesible la información relevante sobre el plan, programa o disposición normativa; informar del derecho a participar y de la forma en la que lo pueden hacer; reconocer el derecho a formular observaciones y comentarios en aquellas fases iniciales del procedimiento en las que estén aún abiertas todas las opciones de la decisión que haya de adoptarse; justificar la decisión finalmente adoptada y la forma en la que se ha desarrollado el trámite de participación. En ambos casos, corresponderá a cada Administración determinar qué miembros del público tienen la condición de persona interesada y pueden, por consiguiente, participar en tales procedimientos. La Ley establece que se entenderá que tienen en todo caso tal condición las personas jurídicas sin ánimo de lucro que se dediquen a la protección del medio ambiente y cumplan los demás requisitos previstos por la Ley en su artículo 23. Estas garantías en materia de participación serán de aplicación, según dispone el artículo 17, en relación con aquellos planes y programas previstos en la Directiva 2003/35/CE. En cuanto a los procedimientos de elaboración de disposiciones reglamentarias, el artículo 18 incorpora una lista abierta en la que se enumeran las materias en cuya regulación deberán observarse los principios y garantías que en materia de participación establece la Ley. Se excluyen, no obstante, las normas que tengan como único objetivo la defensa nacional o la protección civil, las que persiguen exclusivamente la aprobación de planes y programas y las que supongan modificaciones no sustanciales de normas ya existentes".

to, nos referimos a la reforma de dicha regulación, llevada a cabo por la Directiva 2003/35/CE, de 26 de mayo de 2003.

En relación con el Convenio, debe tenerse presente que el artículo 9 del mismo regula los aspectos relativos al acceso a la justicia. En concreto, el apartado 2 dispone:

"Cada Parte velará, en el marco de su legislación nacional, porque los miembros del público interesado:

- a) que tengan un interés suficiente o, en su caso,
- b) que invoquen la lesión de un derecho, cuando el Código de procedimiento administrativo de una Parte imponga tal condición, podrán interponer recurso ante un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo y en cuanto al procedimiento, de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que entre en el ámbito de las disposiciones del artículo 6 y, si el derecho interno lo prevé y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 infra, de otras disposiciones pertinentes del presente Convenio.

Lo que constituye interés suficiente y lesión de un derecho se determinará con arreglo a las disposiciones del derecho interno y conforme al objetivo de conceder al público interesado un amplio acceso a la justicia en el marco del presente Convenio. A tal efecto, el interés de toda organización no gubernamental que cumpla las condiciones previstas en el apartado 5 del artículo 2 se considerará suficiente en el sentido de la letra a) supra. Se considerará igualmente que esas organizaciones tienen derechos que podrían ser lesionados en el sentido de la letra b) supra".

Como puede apreciarse, en la línea de permitir un amplio acceso a la justicia en materia medioambiental, las organizaciones no gubernamentales que trabajen en favor de la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos exigidos por el derecho interno, deben tener la posibilidad de accionar ante los tribunales en esta materia.

Este mismo planteamiento es el que encontramos en la Directiva 96/61/CE, que regula los aspectos relativos a la contaminación medioambiental, con la reforma operada a la que nos hemos re-

ferido, introdujo el artículo 15 bis en el que se regulan aspectos relativos al acceso a la justicia. 132

En concreto, se dispone la obligación de los Estados parte de garantizar, conforme a su Derecho interno, que quien tenga "un interés suficiente", o quienes "sostengan el menoscabo de un derecho" en materia de contaminación medioambiental, puedan tener la posibilidad de acceder ante los tribunales de justicia o ante otro órgano independiente e imparcial, para impugnar las actua-

- 132 Dicho artículo dispone que "los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con su Derecho interno, los miembros del público interesado:
 - a) que tengan un interés suficiente, o subsidiariamente;
 - b) que sostengan el menoscabo de un derecho, cuando la legislación en materia de procedimiento administrativo de un Estado miembro lo imponga como requisito previo, tengan la posibilidad de presentar un recurso ante un tribunal de justicia o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento, de decisiones, acciones u omisiones que caigan dentro del ámbito de las disposiciones relativas a la participación del público de la presente Directiva.

Los Estados miembros determinarán la fase en la que pueden impugnarse tales decisiones, acciones u omisiones.

Los Estados miembros determinarán, de manera coherente con el objetivo de facilitar al público interesado un amplio acceso a la justicia, lo que constituya el interés suficiente y el menoscabo de un derecho. Se considerará que toda organización no gubernamental que cumple los requisitos contemplados en el apartado 14 del artículo 2 tiene siempre el interés suficiente a efectos de la letra a) del presente artículo o acredita el menoscabo de un derecho a efectos de la letra b).

Las disposiciones del presente artículo no excluirán la posibilidad de un procedimiento de recurso previo ante una autoridad administrativa y no afectarán al requisito de agotamiento de los recursos administrativos previos al recurso a la vía judicial, cuando exista dicho requisito con arreglo a la legislación nacional.

Todos y cada uno de los procedimientos de recurso anteriormente enunciados serán justos y equitativos, estarán sometidos al criterio de celeridad y no serán excesivamente onerosos.

Para aumentar la eficacia de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados miembros garantizarán que se ponga a disposición del público la información práctica relativa a los procedimientos de recurso tanto administrativos como judiciales".

ciones u omisiones contrarias a lo regulado en la Directiva (art. 15 bis párrs. 1, 2, 3 y 4).

En la regulación de esta cuestión, los Estados deben facilitar al público "interesado un amplio acceso a la justicia". Y en esa línea de facilitar el mayor acceso posible a los tribunales, se dispone que cualquier organización no gubernamental que trabaje en favor de la protección del medio ambiente y que cumpla los requisitos establecidos en la legislación nacional, debe tener legitimación activa para poder actuar ante los tribunales (art. 15 bis párr. 6 en relación con el art. 14.2 Directiva 96/61/CE).

Nótese por lo tanto, que la Directiva está exigiendo que las legislaciones nacionales permitan el acceso a los tribunales de las organizaciones no gubernamentales que trabajen defensa del medio ambiente. No obstante, deja en manos del legislador nacional, la concreción de requisitos adicionales para permitir dicho acceso.

Como vamos a analizar, la Ley 27/2006 ha reconocido legitimación activa a las organizaciones no gubernamentales que cumplen con la misión de defender el medio ambiente. No obstante, establece una serie de requisitos adicionales para poder actuar ante los tribunales.

3.4.2. Ubicación sistemática en el ámbito de la Ley 27/2006

Hemos hecho referencia anteriormente a dos pilares sobre los cuales se llevó a cabo la regulación del desarrollo ordinario del artículo 45 CE/1978. Sin embargo, dando cumplimento a las exigencias derivadas del Convenio Aarhus y de la regulación comunitaria, hay un tercer pilar que no podemos pasar por alto. Nos referimos a los aspectos relativos al acceso a la justicia. Sobre esta cuestión, en la exposición de motivos se afirma:

"El tercer y último pilar del Convenio de Aarhus está constituido por el derecho de acceso a la justicia y tiene por objeto garantizar el acceso de los ciudadanos a los tribunales para revisar las decisiones que potencialmente hayan podido violar los derechos que en materia de democracia ambiental les reconoce el propio Convenio. Se pretende así asegurar y fortalecer, a través de la garantía que dispensa la tutela judicial, la efectividad de los derechos que el Convenio de Aarhus reconoce a todos y, por ende, la propia ejecución del Convenio. Finalmente, se introdu-

ce una previsión que habilitaría al público a entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar cualquier acción u omisión imputable, bien a otro particular, bien a una autoridad pública, que constituya una vulneración de la legislación ambiental nacional"

Dando cumplimiento a las exigencias del Convenio, el título IV de la Ley 27/2006 regula el acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales. En concreto, en los artículos 20 a 23 de la Ley. 133

3.4.3. Protección jurisdiccional de los derechos de acceso a la información y de participación pública

3.4.3.1. Cuando la lesión la produce cualquier autoridad pública

El primero de los artículos del Título IV de la Ley 27/2006, regula los aspectos relativos a la tutela de los derechos de acceso a la información y de participación ciudadana. Antes de exponer el contenido del mismo, queremos subrayar que se está reconociendo la posibilidad de actuación al "público" al que se lesione los derechos a los que nos referimos. Desde un lado pasivo, di-

133 Sobre estos arts., en la exposición de motivos se afirma que "el Título IV y último de la Ley se ocupa del acceso a la justicia y a la tutela administrativa y tiene por objeto asegurar y fortalecer, a través de la garantía que dispensa la tutela judicial y administrativa, la efectividad de los derechos de información y participación. Así, el artículo 20 reconoce el derecho a recurrir en vía administrativa o contencioso- administrativa cualquier acto u omisión imputable a una autoridad pública que suponga una vulneración de estos derechos. Estos recursos se rigen por el régimen general; no obstante, el artículo 21 regula un tipo de reclamación específica para las vulneraciones cometidas por sujetos privados sometidos por la Ley a los deberes de suministrar información medioambiental. Asimismo, la Ley incorpora la previsión del artículo 9.3 del Convenio de Aarhus e introduce una especie de acción popular cuyo ejercicio corresponde a las personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección del medio ambiente, que se hubieran constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y desarrollen su actividad en el ámbito territorial afectado por el acto u omisión impugnados. Se consagra definitivamente, de esta manera, una legitimación legal para tutelar un interés difuso como es la protección del medio ambiente a favor de aquellas organizaciones cuyo objeto social es, precisamente, la tutela de los recursos naturales".

cha lesión debe haberla producido cualquier "autoridad pública", por acción u omisión.

A los efectos de lo previsto en el artículo 4.1 de la Ley 27/2006, debe tenerse presente que se consideran autoridad pública:

- 1°. El Gobierno de la Nación
- 2°. Los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas.
- 3º. La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración local y las Entidades que integran la Administración local y las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, a las Comunidades Autónomas o a las Entidades locales
- 4º. Los órganos públicos consultivos.
- 5º. Las Corporaciones de derecho público y demás personas físicas o jurídicas cuando ejerzan, con arreglo a la legislación vigente, funciones públicas, incluidos Notarios y Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.¹³⁴

En este contexto, quien considere que un acto, o una omisión imputable a una de esas autoridades públicas haya vulnerado dichos derechos, puede interponer el correspondiente recurso administrativo regulado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común. En el caso en que dicho recurso administrativo no sea estimado, podrá acceder a la Jurisdicción ordinaria mediante la presentación de una demanda contencioso-administrativa, al amparo de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 20 Ley 27/2006).

134 En negativo, debe tenerse presente que quedan excluidos del concepto de autoridad pública "las entidades, órganos o instituciones cuando actúen en el ejercicio de funciones legislativas o judiciales. En todo caso, cuando actúen en el ejercicio de funciones legislativas o judiciales, quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley las Cortes Generales, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional, los juzgados y tribunales que integran el Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas u órganos de fiscalización externa de las Comunidades Autónomas".

Como puede apreciarse, cualquier persona cuyo derecho haya sido objeto de violación, ya sea por acción u omisión, tiene legitimación activa para solicitar a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, que las autoridades públicas se ajusten a las exigencias de la Ley 27/2006 en lo que se refiere al respeto a los derecho de acceso y participación. Nos encontramos, por lo tanto, ante una modalidad de legitimación activa para accionar ante los tribunales, por titularidad del derecho que ha sido lesionado, ya sea el de acceso a información o el de participación en materia medioambiental.

3.4.3.2. Cuando la lesión la provocan personas físicas o jurídicas que asuman responsabilidades públicas o ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente

El artículo 21.1 Ley 27/2006 dispone que el público que considere que un acto u omisión imputable a las personas a las que se refiere el artículo 2.4.2 de la Ley, que considere que vulnera alguno de los derechos reconocidos en la Ley, puede interponer directamente una reclamación ante la Administración Pública bajo cuta autoridad ejerce su actividad.

En concreto, los sujetos que pueden ser objeto de recurso, integrando el artículo 21.1 con el 2.4.2 de la Ley, son las personas físicas o jurídicas que asuman responsabilidades públicas o ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente. En estos casos, la Administración pública correspondiente debe dictar y notificar la resolución correspondiente, que agotará la vía administrativa y será directamente ejecutiva (art. 21.1 Ley 27/2006).

En caso de incumplimiento de la resolución, la Administración requerirá a la persona objeto de la reclamación, de oficio o a instancia del solicitante, para que la cumpla en los propios términos. Si el requerimiento no fuera atendido, la Administración podrá acordar la imposición de multas coercitivas (art. 21.2 Ley 27/2006). La cuantía de las multas coercitivas se calculará atendiendo al interés público de la pretensión ejercitada (art. 21.3 Ley 27/2006).

3.4.4. Protección de intereses difusos en materia medioambiental

3.4.4.1. Planteamiento general

Hasta ahora, en lo relativo al acceso a los tribunales, nos hemos estado refiriendo a la legitimación activa que se tiene por ser titular del derecho que ha sido lesionado. En concreto, por lesión de los derechos de acceso a la información o del derecho de participación en asuntos medioambientales. Sin embargo, en la exposición d emotivos de la Ley 27/2006, el legislador lleva a cabo un importante anuncio en materia de legitimación activa. En concreto, dispone que dando cumplimiento las exigencias internacionales, se regula en el articulado de la ley, una acción popular para la protección medioambiental. En concreto se afirma que se introduce "una especie de acción popular cuyo ejercicio corresponde a las personas jurídicas sin ánimo de lucro dedicadas a la protección del medio ambiente (...). Se consagra definitivamente, de esta manera, una legitimación legal para tutela un interés difuso como es la protección del medio ambiente a favor de aquellas organizaciones cuyo objeto social es, precisamente, la tutela de los recursos naturales".

Por su parte, el artículo 22, cuando regula el ejercicio de esta acción, también habla de acción popular en asuntos medioambientales. Sin embargo, en este trabajo pretendemos poner de manifiesto que en realidad, no se trata de una acción popular, sino más bien, de un supuesto de legitimación de determinados sujetos, para la tutela de intereses difusos en materia medioambiental. 135

3.4.2. La acción popular en el ordenamiento jurídico español

3.4.2.1. Contexto constitucional y ámbito penal

Si tomamos como punto de partida la regulación constitucional, deberemos tener presente el artículo 125 CE/1978. En él se dispone que "los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y

- 135 Compartimos en este punto la postura de Teso Gamella, M. P., *Legitimación y acción popular...*, cit. págs. 85-86, en las que analiza la naturaleza jurídica de la acción regulada en la Ley 27/2006.
- 136 Sobre este artículo, Gimeno Sendra, V., "El artículo 125 de la Constitución", en I Jornadas sobre el Jurado: celebradas durante los días 26, 27, 28 y 29 de abril de 1994 en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la

participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales". ¹³⁷

Como puede apreciarse, tres son las cuestiones relativas a la participación de los ciudadanos en la Justicia, que se derivan del artículo señalado: el ejercicio de la acción popular; la participación en los tribunales consuetudinarios o tradicionales y en el tribunal del Jurado.

En relación con los sujetos que pueden participar en alguna de esas tres instituciones, queremos subrayar que el texto constitucional está indicando que son "los ciudadanos". Nótese que no atribuye dicha posibilidad a todas las personas, sino solamente a los españoles, por lo tanto, las consideraciones que vamos a realizar en torno a esas tres figuras, van referidas, a los ciudadanos de nacionalidad española.

La primera forma de participación ciudadana en la Justicia, prevista en el artículo 125 CE/1978, es la acción popular. En concreto se dispone que los ciudadanos puedan ejercitar la acción penal, en la forma y en aquellos procesos penales que la ley determine. Es decir, se reconoce que en España, la acción penal sea pública, sin que el Ministerio Fiscal tenga el monopolio en su ejercicio.

En este sentido, queremos subrayar que la acción popular se prevé solamente para el ejercicio de la acción penal. ¹³⁸ No se contempla

Universidad de Sevilla (coord. Del Carpio Delgado, J.; Monge Fernández, A.; Burgos Ladrón De Guevara, J.), 1995, págs. 149-162.

¹³⁷ Sobre esta forma de participación ciudadana, Pérez-Cruz Martín, A., La participación popular en la administración de justicia: el tribunal del jurado. Montecorvo 1992.

¹³⁸ Volviendo al tema de la acción penal popular, dando cumplimiento a las exigencias constitucionales, el artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que "la acción penal es pública". El apartado siguiente añade que "todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la Ley". Esta regulación se completa con lo dispuesto en el artículo 270 Lecrim. En su apartado primero señala que "todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley". El apartado segundo añade que "también podrán querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus

en la CE/1978 un ejercicio popular de la acción de inconstitucionalidad, pues en este ámbito, la legitimación prevista se entiende en sentido restringido.¹³⁹ De igual modo, tampoco está contemplando la acción popular en el ámbito administrativo.

Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que el legislador, si lo ha considerado oportuno, haya ampliado el ámbito de la acción popular. Y así se ha hecho en diferentes sectores a los que vamos a referirnos a continuación.

3.4.2.2. En materia urbanística

El artículo 62.1 del Real Decreto Legislativo núm. 7/2015, de 30 octubre, por el que se aprueba la Ley del Suelo, dispone que "será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observan-

personas o bienes o las personas o bienes de sus representados (...)". Es decir, los sujetos de nacionalidad extranjera también pueden ejercitar la acción penal en España, pero solamente, cuando hayan sido víctimas del delito. En definitiva, y a diferencia de la situación existente en otros ordenamientos jurídicos, en España, el Ministerio Fiscal no tiene el monopolio en el ejercicio de la acción penal.

139 Es indudable la influencia que Kelsen ha tenido sobre los diferentes ordenamientos jurídicos europeos, en relación con la exclusión de la acción popular de inconstitucionalidad. En este sentido, puede verse, Kelsen, H., La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Universidad Nacional Autónoma de México (Tamayo y Salmorán, R., traductor), México 2001, págs. 87-88, en las que afirma que "la más fuerte garantía consistiría, ciertamente, en autorizar un actio popularis: así, el tribunal constitucional estaría obligado a proceder al examen de la regularidad de los actos sometidos a su jurisdicción, en especial las leyes y reglamentos, a solicitud de cualquier particular. Es de esta manera como el interés político que existe en la eliminación de los actos irregulares recibiría, indiscutiblemente la más radical satisfacción. No puede, sin embargo, recomendarse esta solución porque entrañaría un peligro muy grande de acciones temerarias y el riesgo de insoportable congestionamiento de procesos".

Al respecto, el artículo 162.1 a) CE dispone que estén legitimados "para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los 'órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas". Como puede apreciarse, el ciudadano no goza de legitimación para poder plantear una demanda de inconstitucionalidad.

cia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística".

Nos encontramos, obviamente, ante una disposición normativa que claramente está consagrando una acción pública en este sector del ordenamiento jurídico. 140

3.4.2.3. Patrimonio histórico

La Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico español, en su artículo 8.2, también contempla un supuesto de acción pública. En concreto, dispone que "será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español". 141

3.4.2.4. Costas

La Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, también contempla otro supuesto de acción popular. En concreto, su artículo, 109.1 dispone que "será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación". 142

3.4.2.5. Ausencia de acción popular en materia medioambiental

Si nos quedáramos con lo que se dice en la exposición de motivos de la Ley 27/2006 y en el enunciado del artículo 22 de dicha Ley, podríamos sostener que también en materia de medio ambiente se está regulando el ejercicio de una acción popular. Sin

- 140 En el mismo sentido, Teso Gamella, M. P., *Legitimación y acción popular...*, cit. págs. 78-81, si bien referida esta aportación, a la regulación anterior. No obstante, las consideraciones que realza son extrapolables a la regulación actual.
- 141 Véase sobre estas consideraciones, Teso Gamella, M. P., *Legitimación y acción popular...*, cit. págs. 81-82.
- 142 En doctrina, sobre este supuesto de acción popular en el ordenamiento jurídico español, Teso Gamella, M. P., *Legitimación y acción popular...*, cit. págs. 82-83.

embargo, en realidad, no se está regulando una acción pública en esta materia.

La legitimación activa para el ejercicio de las acciones se está reservando a determinadas personas jurídicas que puedan pretender de los tribunales la tutela de intereses difusos en materia medioambiental. No se trata pues de una acción pública, sino de legitimación a personas jurídicas sin ánimo de lucro que cumplan con los requisitos del artículo 23 de la Ley 27/2006, para la tutela de intereses difusos. Así lo subraya claramente la doctrina, ¹⁴³ así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo. ¹⁴⁴

3.4.3. Ámbito de las acciones ejercitables en materia medioambiental para la tutela de intereses difusos

3.4.3.1. Desde un punto de vista objetivo

En concreto, las acciones u omisiones susceptibles de ser impugnadas en vía administrativa en primer lugar, y por vía jurisdiccional posteriormente son las referentes a:

- 1º) Protección de las aguas.
- 2º) Protección contra el ruido.
- 3º) Protección de los suelos.
- 4º) Contaminación atmosférica.
- 5°) Ordenación del territorio rural y urbano y utilización de suelos.
- 6º) Conservación de la naturaleza y de la diversidad biológica.
- 7°) Gestión y aprovechamientos forestales.
- 143 Véase en este sentido, Teso Gamella, M. P., Legitimación y acción popular..., cit. págs. 84-88.
- 144 En este sentido, Teso Gamella, M. P., *Legitimación y acción popular...*, cit. págs. 85-86 recoge la sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de mayo de 2007 (recurso de casación 8001/2003, en la que se afirma que "el ordenamiento jurídico no concede una acción pública en materia de protección del medio ambiente, ni siquiera en la reciente Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, la cual, en su artículo 22, sólo otorga a las personas jurídicas sin ánimo de lucro y sólo cuando cumplen los requisitos de su artículo 23".

- 8°) Productos químicos, incluidos biocidas y los plaguicidas.
- 9º) Biotecnología.
- 10°) Otras emisiones, vertidos y liberación de sustancias en el medio ambiente.
- 11°) Evaluación del impacto medioambiental.
- 12°) Acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en materia de medio ambiente.
- 13°) Otras materias que puedan establecer las normas autonómicas.

3.4.3.2. Ámbito subjetivo

Desde un punto de vista activo, si atendemos al contenido del artículo 22 de la Ley 27/2006, resulta que las personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 23, tienen legitimación activa para recurrir ante los Tribunales las acciones u omisiones de las autoridad públicas que vulneren las normas relacionadas con el medio ambiente que hemos mencionado. 145

Los requisitos que se exigen para poder gozar de esta legitimación activa se concretan en el artículo 23.

En primer lugar es necesario que esa persona jurídica tenga entre los fines acreditados en sus estatutos, la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular (art. 23.1 a) Ley 27/2006).

En segundo lugar, se requiere que la persona jurídica se haya constituido legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y que venga ejerciendo de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos (art. 23.1 b) Ley 27/2006).

En tercer lugar, se precisa, además, que según sus estatutos desarrolle su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación u omisión, en su caso, administrativa (art. 23.1 c) Ley 27/2006).

¹⁴⁵ En doctrina puede verse, Teso Gamella, M. P., Legitimación y acción popular..., cit. págs. 87-88.

Por otro lado, la legitimación pasiva la tienen las autoridades públicas, no los particulares. Ahora bien, dentro de las autoridades, están excluidas, las acciones u omisiones de personas físicas o jurídicas cuando asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de esas entidades, órganos o instituciones públicas¹⁴⁶ (art. 22 párr. 2 en relación con el art. 2.4.2 Ley 27/2006).

4. Bibliografía

- BELLVER CAPELLA, V., El contenido del derecho al medio ambiente. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 34, 2000.
- BRAVO IGLESIAS, J. J., La protección jurisprudencial de los derechos fundamentales: procedimientos específicos de garantía. Los derechos fundamentales y libertades públicas (II). Jornadas de Estudio. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, vol. 1, 1993.
- CALVO ORTEGA, R., Reflexiones sobre los principios rectores de la política social y económica en la Constitución. Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación, núm. 37, 2007.
- CUCARELLA GALIANA, L. A., La dignidad de la persona, los derechos fundamentales, el nuevo paradigma interno y supranacional y las bases del Derecho Procesal Constitucional y Convencional, en "Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional". Doctrina y Ley, Bogotá, 2015.
- Los recursos ante el Tribunal Constitucional español: desafíos, en "Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional", Doctrina y Ley, Bogotá, 2015.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., La defensa de los derechos humanos: Tribunal Constitucional y poder judicial. Actas de las XV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 2010.
- 146 En este sentido, Teso Gamella, M. P., *Legitimación y acción popular...*, cit. pág. 87, afirma que "esta (sic) desdibujada, o ilusoria, acción pública no alcanza a los actos realizados por todos aquellos que se encargan de las funciones relacionadas con el medio ambiente".

- FERNÁNDEZ OUBIÑA, A., Los intereses difusos y la protección del Medio Ambiente. Naturaleza aragonesa: revista de la Sociedad de Amigos del Museo Paleontológico de la Universidad de Zaragoza, núm. 7, 2001.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R., La integración de las exigencias del convenio de Aarhus en el sistema procesal español a través de la Ley 27/2006. Estudios de derecho judicial, núm. 137, 2007.
- GIMENO SENDRA, V., "El artículo 125 de la Constitución", en I Jornadas sobre el Jurado: celebradas durante los días 26, 27, 28 y 29 de abril de 1994 en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla (coord. DEL CARPIO DELGADO, J.; MONGE FERNÁNDEZ, A.; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J.), 1995.
- JORDANO FRAGA, J., Análisis de la Ley 27/2006 en cuanto al acceso a la justicia, en especial el principio de legitimación en los contenciosos ambientales. Estudios de derecho judicial, núm. 137, 2007.
- KELSEN, H., La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Universidad Nacional Autónoma de México (TAMAYO Y SALMORÁN, R., traductor), México 2001.
- LANDONI SOA, A.; GONZÁLEZ MIRAGAYA, S., Medidas cautelares en los procesos colectivos: en particular, en procesos relativos a los derechos del consumidor, medio ambiente y otros intereses difusos. Revista uruguaya de derecho procesal, núm. 4, 2006.
- LEÓN JIMÉNEZ F., Dimensiones del concepto jurídico de "solidaridad colectiva del artículo 45.2 de la Constitución española. Kronos 2000.
- LOZANO CUTANDA, B., Análisis general de la Ley 27/2006 de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Estudios de derecho judicial, núm. 137, 2007.
- MARTÍN MORALES, R., Constitución y medio ambiente. "Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente" (coord. PÉREZ ALONSO, J.), 2012.
- MERINO GIL, A. B., Eficacia del artículo 45.1 de la Constitución sobre el derecho de un medio ambiente adecuado: problemas para su desarrollo legislativo. Revista de derecho urbanístico y medio ambiente, año 39, núm. 2018, 2005.
- ORTELLS RAMOS, M., Derecho Procesal Civil (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.;

- JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILA-PLANA, A.), 14^a edición. Thomson Reuters Aranzadi, 2015.
- PÉREZ CONEJO, L., La defensa judicial de los intereses ambientales: (estudio específico de la legitimación "difusa" en el proceso contencioso-administrativo. Lex Nova, 2002.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A., La participación popular en la administración de justicia: el tribunal del jurado. Montecorvo 1992.
- POSADA ARRUBLA, A. M., Intereses ambientales: reflexiones sobre la aplicación de lo difuso. Revista de Ingenierías: Universidad de Medellín, volumen 8, núm. 14, 2009.
- RUIZ-RICO RUIZ, G., Los principios rectores de la política económica y social en la Constitución Española de 1978. Universidad de Granada 1986.
- SANJURJO REBOLLO, B., Medio ambiente y acción popular, en "Cuestiones actuales de la jurisdicción en España" (coord. MONTOYA MELGAR, A.). 2010.
- TESO GAMELLA, M. P., Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales. Cuadernos de Derecho Público, núm. 36, enero-abril 2009.
- VICENTE GIMÉNEZ, T., Excurso previo: proyección de la justicia ecológica en la ordenación política y jurídica del medio ambiente: el artículo 45 CE como marco constitucional del régimen jurídico de la ecología. Justicia ecológica y protección del medio ambiente, 2002.

Tutela de intereses colectivos y difusos en materia de igualdad entre mujeres y hombres¹⁴⁷*

.....

I. Introducción

El objeto que nos marcamos en este trabajo, es analizar sistemáticamente, el contenido del artículo 11 bis de la LEC, que es el código procesal civil español. Con esta Ley, se apostó claramente por la introducción de un sistema mixto por audiencias en el ámbito procesal civil español. Eran varios los desafíos a los que se quería atender, entre otros, la reducción en la duración del proceso, lograr la efectiva inmediación judicial, y garantizar la publicidad, fruto de la introducción de la oralidad. 148

Además de estos planteamientos que iban ligados a la introducción del sistema mixto por audiencias al que nos referíamos anteriormente, también se aspiraba a la introducción de nuevas formas de legitimación para la protección de derechos e intereses difusos o colectivos. En su redacción originaria, se incluyó el artículo 11, sobre legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios. Posteriormente en 2007, es cuando se adicionó el artículo 11 bis LEC, en el que se regula la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

- 147 * El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación número de referencia DER2015-69722-R (MINECO/FEDER).
 - Ponencia presentada en la XVII Jornada Internacional de Derecho Procesal, desarrollada en la Universidad de Guadalajara, México, los días 17, 18 y 19 de noviembre de 2016.
- 148 Véase en este sentido, Cucarella Galiana, L. A., "Visión general del proceso mixto por audiencias en la Ley de Enjuiciamiento Civil española", en *Derecho Procesal, dinamismo y transformación*. Editorial Hesaka, Paraguay 2015, pp. 167-187.

Aunque sea apartarnos un poco del objeto de este trabajo, solamente con carácter informativo señalamos que el artículo 11 LEC regula aspectos relativos a la defensa de derechos de consumidores y usuarios. ¹⁴⁹ El artículo citado está dividido en cuatro apartados. El apartado 1 dispone que "sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios".

Como puede apreciarse, dejando a salvo la legitimación activa de cada consumidor o usuario a título particular, el artículo 11.1 LEC está reconociendo legitimación activa a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios para que puedan hacer valer en juicio los derechos de sus asociados y los de la misma asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. Como ahora luego estudiaremos, esta misma solución es la que se prevé, por ejemplo, para que los sindicatos puedan hacer valer la defensa del derecho de igualdad entre mujeres y hombres, de sus afiliados.

Por su parte, los apartados siguientes del artículo 11 LEC, contemplan los casos en que el perjudicado por un hecho dañoso sea un grupo de consumidores o usuarios. Si sus componentes están

149 Sobre esta tutela, Almagro Nosete, J., "Protección procesal de los intereses colectivos o difusos en la Ley de Enjuiciamiento". AC núm. 1, 2004, pp. 5-12; González Granda, P., "La tutela de la representación colectiva de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en el proceso civil", Homenaje a don Eduardo Font Serra, tomo II, Madrid, 2004; pp. 633-704; Martorell Zulueta, P., "La protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000", Derecho Privado de Consumo (Reyes López, M. J.), Valencia 2004, pp. 559-574; Samanes Ara, C., "El ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios". AC núm. 18, 2004, pp. 2143-2154; Bujosa Vadell. L., "La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España", El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete (Gimeno Sendra, J. V.; Cabezudo Bajo, M. J.), Madrid, 2007, pp. 599-670; Salgado, J. M., Tutela individual homogénea. Buenos Aires, 2011; Ariza Colmenarejo, M. J., La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios. Thomson Aranzadi 2012.

determinados o son de fácil determinación, debe estarse a lo previsto en el artículo 11.2 LEC en el que se dispone que "cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados".

Ahora bien, si los componentes del grupo de afectados no están determinados o no son de fácil determinación, el artículo 11.3 LEC dispone que "cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminados o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas". En el caso de la defensa del derecho de igualdad entre mujeres y hombres, deberemos analizar la solución que legislativamente se da a este problema.

Como puede apreciarse, en el caso de los consumidores y usuarios, la legitimación se restringe a las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, pero no a cualquiera de ellas. Este artículo exige que "conforme a la Ley, sean representativas". No concreta esta disposición qué se entiende por representativa, pero la LEC se está remitiendo expresamente a lo que diga la ley correspondiente. Es por ello, por lo que ese carácter debemos buscarlo fuera de la LEC.

Por último, el apartado 4 prevé que "asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios".

El párrafo 2 añade que "los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción". 150

¹⁵⁰ Debe tenerse presente que el art. 6 LEC es el que regula la capacidad para ser parte en el proceso. En concreto, el apartado 1, ordinal 8º de dicha disposición, reconocen dicha capacidad a los "entidades habili-

Por último, el apartado 5 del artículo 11 LEC dispone que "el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios".

Como ya hemos anticipado, con posterioridad a la entrada en vigor de la LEC, en el año 2007, se introdujo un nuevo artículo 11 bis LEC, con el que se pasaba a regular la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres. Dicha reforma fue motivada por la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, 22 de marzo, la LOPIMH.

Pues bien, el objetivo que nos marcamos en este trabajo es el de concretar cuál fue el impacto normativo de dicha Ley en la LEC, en la medida en que también se introdujeron otras reformas en ámbitos diferentes, como el de carga probatoria, por ejemplo. Posteriormente, ubicaremos el artículo que analizamos en el contexto de las diferentes formas de legitimación contempladas en la LEC. Por último, prestaremos atención al contenido propiamente dicho del artículo.

II. Impacto normativo de la ley orgánica 3/2007, 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en la LEC

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El artículo 14 CE/1978 proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, entre otros casos. Y por otro lado, no sólo en el ámbito interno, sino en numerosos textos internacionales, se proclama la igualdad entre el hombre y la mujer. Así se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la LOPIEMH. En concreto, indica que "la igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos, entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por Es-

tadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los interés difusos de los consumidores y usuarios".

paña en 1983. En este mismo ámbito procede evocar los avances introducidos por conferencias mundiales monográficas, como la de Nairobi de 1985 y Beijing de 1995.

La igualdad es, asimismo, un principio fundamental en la Unión Europea. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de 1999, la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros".

En el ámbito de la UE, no hay que pasar por alto que en su día se aprobaron dos Directivas que obligaban a los Estados parte a acomodar su regulación interna al contenido de las mismas.

En concreto, por un lado, nos referimos a la Directiva 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la formación profesionales, y a las condiciones de trabajo. ¹⁵¹

Por otro lado, también nos referimos a la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios de suministro. 152

Pues bien, la LOPIEMH respondió a la obligación comunitaria de adecuar el ordenamiento interno. Así se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la ley al afirmarse que "con amparo en el antiguo artículo 111 del Tratado de Roma, se ha desarrollado un acervo comunitario sobre igualdad de sexos de gran amplitud

- 151 Sobre esta Directiva, Lousada Arochena, J. F., "Las exigencias de transposición de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2003, pp. 859-868; Revilla Esteve, "Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, en aplicación del principio de igualdad de trato entre los hombres y mujeres". *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 14, 2003, pp. 20-40.
- 152 Sobre esta Directiva, Avilés, M. A., "Comentario a la Directiva 2004/113/CE". Aequalitas: revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, núm. 17, 2005, pp. 6-14; Lousada Arochena, J. F., "La Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro". La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 2, 2006, pp. 1501-1506.

e importante calado, a cuya adecuada transposición se dirige, en buena medida, la presente Ley. En particular, esta Ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro".

No obstante, hay que indicar que el legislador, al dar cumplimiento a las obligaciones comunitarias, reguló otra serie de cuestiones tendentes a garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres. La aspiración, en definitiva, fue dictar una ley marco, tipo código legal, que contemple las exigencias de igualdad de trato en todos los ámbitos sociales y jurídicos. Así se subraya en la exposición de motivos de la LOPITMH al afirmarse que "la complejidad que deriva del alcance horizontal del principio de igualdad se expresa también en la estructura de la Ley. Ésta se ocupa en su articulado de la proyección general del principio en los diferentes ámbitos normativos, y concreta en sus disposiciones adicionales la correspondiente modificación de las muy diversas leyes que resultan afectadas. De este modo, la Ley nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres".

Efectivamente, la reforma llevada a cabo por la LOPITMH afectó a distintos ámbitos del ordenamiento jurídico, entre los cuales debe incluirse el procesal. No obstante, nosotros vamos a referirnos a las reformas procesales que se efectuaron y que se contemplan en DA 5ªde la citada Ley. 153

Dichas reformas procesales se encuadran en la aspiración de lograr una efectiva tutela del derecho de igualdad. Es por ello, por lo que el artículo 12 LOPITMH, regula los aspectos relativos al derecho a la tutela judicial efectiva. En concreto, el apartado 1 dispone que "cualquier persona podrá recabar de los tribunales la tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de

¹⁵³ A estas reformas se refiere el legislador en la exposición de motivos al indicar que "las disposiciones adicionales recogen las diversas modificaciones de preceptos de Leyes vigentes necesarias para su acomodación a las exigencias y previsiones derivadas de la presente Ley".

acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, incluso tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación". ¹⁵⁴

2. MODIFICACIONES PROCESALES LLEVADAS A CABO

La DA 5ª de la LOPITMH introdujo tres modificaciones en la LEC, entre ellas, la relativa a la legitimación activa para el ejercicio de acciones para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres (art. 11 bis LEC). A esta cuestión nos referimos más adelante, por lo que ahora queremos destacar las otras dos reformas introducidas por la DA 5ª. 155

Por un lado, se modificó el supuesto 5° del apartado 1 del artículo 188 LEC. 156 El artículo 188 LEC regula los casos en los que puede suspenderse la celebración de una vista. Pues bien, el ordinal 5° del apartado 1, párr. 1 pasó a disponer, fruto de la reforma, que puede solicitarse la suspensión de una vista "por muerte, enfermedad o imposibilidad absoluta o baja por maternidad o paternidad del abogado de la parte que pidiere la suspensión, justificadas suficientemente, a juicio del secretario judicial, siempre que tales hechos se hubiesen producido cuando ya no fuera posible solicitar nuevo señalamiento conforme a lo dispuesto en el artículo 183, siempre que se garantice el derecho a la tutela judicial efectiva y no se cause indefensión".

El párr. 2 añade que "igualmente, serán equiparables a los supuestos anteriores y con los mismos requisitos, otras situaciones análogas previstas en otros sistemas de previsión social y por

- 154 Al respecto, recordamos que el artículo 53.2 CE/1978 es el que dispone que "cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del Capítulo 2º ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (...)".
- 155 En general, sobre las reformas procesales efectuadas, Castillejo Llamazares, R., "Aspectos procesales de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres". *Diario La Ley*, núm. 7062-7065, 2008.
- 156 En doctrina, Magro Servet, V., "La suspensión de juicios civiles: especial mención a la reforma del artículo 188.5 LEC por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo". *Diario La Ley*, núm. 6808, 2007.

el mismo tiempo por el que se otorgue la baja y la prestación de los permisos previstos en la legislación de la Seguridad Social".

La otra reforma que también presenta interés guarda relación con las normas sobre carga de la prueba. ¹⁵⁷ La cuestión sobre carga probatoria está regulada con carácter general en los apartados 2 y 3 del artículo 217 LEC. De dichos apartados resulta que el actor tiene la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente. Por su parte, el demandado tiene la carga de probar los hechos que impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos invocados por el actor.

Pues bien, la reforma en lo que a la igualdad de trato se refiere, se contempla en el artículo 217.5 LEC que dispone que "de acuerdo con las leyes procesales en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

El párr. 2 añade que "a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes". 158

- 157 Sobre estas normas en general, Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.). Aranzadi, 14ª edición, 2015, pp. 380-385.
 - Sobre la reforma operada, Pérez Gil, J., "La carga de la prueba en la ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en *Igualdad de género: una visión jurídica, Jornadas Igualdad efectiva: realidad o ficción.* Burgos 11, 12 y 13 de marzo de 2008 (Gómez Campelo, E.; Valbuena González, F., coords.), pp. 249-264.
- 158 El art. 217 LEC contiene otros supuestos de modificación en las normas sobre carga de la prueba. En este sentido, por ejemplo, el apartado 4 de la citada disposición establece que "en los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente".

Nótese por lo tanto, que en este tipo de procesos, y a la vista de la aplicación de las reglas dinámicas sobre carga de la prueba, la mujer demandante no es la que tiene la carga probar la existencia de la discriminación. Es la parte demandada la que debe probar que la ausencia de dicha discriminación.

III. La legitimación como requisito de aptitud de las partes procesales y la legitimación de los sindicatos, asociaciones y organismos públicos, para la defensa de la igualdad entre mujeres y hombres

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Cuando se analizan los requisitos de aptitud de las partes procesales en general, y del proceso civil en particular, junto con los de capacidad para ser parte, capacidad de actuación y postulación, se presta atención a otro diferente que es el de la legitimación. ¹⁵⁹ Todos ellos son requisitos que deben concurrir en las partes procesales, es decir, son requisitos subjetivos. Sin embargo, de todos ellos, nosotros vamos a hacer hincapié en el de la legitimación, que es donde se plantean cuestiones muy interesantes en torno a la protección de los intereses difusos o colectivos. ¹⁶⁰ En este sentido, no hay que pasar por alto que en la protección de estos intereses, aparecen como legitimados una serie de sujetos, entidades o grupos, respecto de los cuales se perfila legal o ju-

- 159 Sobre los requisitos de aptitud de las partes en el proceso, Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pp. 117-160.
- 160 Sobre esta tutela, Lozano-Higuero Pinto, M., "Legitimación, protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos", *El proceso civil y su reforma* (Morón Palomino, M., coord.), Madrid, 1998, pp. 169-190; Falcón, E. M., "Diferencia entre el litisconsorcio y los intereses colectivos y difusos". *Revista de derecho procesal* (Argentina, ejemplar dedicado a: Litisconsorcio, intervención de terceros y tercerías), núm. 2, 2006, pp. 39-57.

risprudencialmente, quiénes pueden instar la actuación jurisdiccional. En esta línea, vamos a analizar el supuesto contemplado en el artículo 11 bis LEC, relativo a la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Pues bien, el precepto señalado legitima a sindicatos, asociaciones o entidades públicas, para el ejercicio de acciones ante los tribunales para la tutela del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres. De esta manera, este precepto contempla un supuesto de legitimación para la tutela de intereses colectivos o difusos. En este trabajo vamos a tener ocasión de analizar hasta qué punto, esta legitimación es compatible con la legitimación individual de la persona que ha sufrido la actuación discriminatoria.

No obstante, antes de entrar en su estudio, queremos hacer referencia, brevemente, a los otros supuestos de aptitud de las partes de un proceso civil. Se trata de delimitar, por contraposición a otros requisitos de aptitud, el de la legitimación. De este modo, una vez que hayamos llevado a cabo esa contraposición, estaremos en condiciones de poder analizar los supuestos especiales de legitimación contemplados en el artículo 11 bis LEC.

Por un lado, la capacidad para ser parte es la aptitud para poder asumir una de las posiciones procesales posibles. ¹⁶¹ Este requisito aptitud está contemplado en el artículo 6 LEC. En concreto, el artículo comienza indicando que "podrán ser parte en los procesos ante los tribunales civiles", los sujetos que a continuación se enumeran. ¹⁶²

- 161 Sobre este requisito de aptitud, Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pp. 118-126.
- 162 Pues bien, es interesante que destaquemos el contenido del apartado 1, ordinal 7º, en el que se reconoce capacidad para ser parte a "los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados". Destacamos este supuesto aunque caiga fuera de lo que va a ser objeto de análisis en este trabajo, en la medida en que resulta de extraordinario interés cuando se trata del ejercicio de las acciones en los procesos colectivos.

En el mismo sentido, debe tenerse presente el art. 6.18º LEC en el que se reconoce capacidad para ser parte a "las entidades habilitadas con-

En relación con el requisito de aptitud de la capacidad de actuación procesal hay que señalar que es la aptitud para poder realizar eficazmente los actos procesales. ¹⁶³ Este requisito de aptitud está regulado en el artículo 7 LEC. ¹⁶⁴

Por su lado, la postulación, que como regla general se suele establecer como obligatoria, hace referencia a la necesidad de que las partes realicen en el proceso, sus actos a través de dos personas técnicas, el abogado y el procurador. 165

Sin embargo, el requisito de la legitimación se refiere a algo distinto a todo lo que llevamos apuntado en relación con los requisitos de aptitud de las partes. En concreto, la legitimación permite concretar "quién puede pretender eficazmente el pronunciamiento judicial sobre la situación jurídica material (legitimación activa) y frente a quién ha de ser pretendido ese pronunciamiento para que sea eficaz (legitimación pasiva)".

Nótese que mientras los requisitos de aptitud correspondientes a la capacidad para ser parte, de actuación procesal y postulación

forme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios".

- 163 Sobre este requisito de aptitud, Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pp. 126-136.
- 164 En el supuesto al que nos hemos referido anteriormente de los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso, la comparecencia en juico se contempla en el apartado 7 al señalarse que "por las entidades sin personalidad a que se refiere el número 7º del apartado 1 (...) del artículo anterior comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros".
- 165 Sobre este requisito de aptitud, Ortells Ramos, M., Derecho Procesal Civil (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pp. 136-144.

Por su parte, el artículo 31.1 LEC, prevé lo mismo en relación la figura del abogado. Al respecto, Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pp. 145-146.

se refieren al proceso en general, el de la legitimación está haciendo referencia a la pretensión concreta que se interpone en un proceso determinado. Por lo tanto, es posible que un proceso lo tengamos válidamente constituido e iniciado, pero sin embargo, la falta legitimación en todas o algunas de las partes, condicione la obtención de la tutela determinada que se solicita. ¹⁶⁶

Teniendo esto presente, y antes de analizar el supuesto de la legitimación especial para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres a que nos hemos referido anteriormente, queremos exponer cuáles son los criterios de clasificación de los diferentes supuestos de legitimación. Con ocasión de esta exposición, expondremos los diferentes tipos de legitimación que se deprenden del artículo 11 bis LEC.

2. Supuestos de legitimación y defensa del derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres

La legitimación es uno de los temas procesales que ha planteado tradicionalmente y sigue planteando en la actualidad, discusiones doctrinales sobre diferentes cuestiones, entre ellas, las relativas a cuál debe ser el tratamiento procesal adecuado, ¹⁶⁷ o los criterios de clasificación de la misma. Nosotros queremos centrarnos en esta última cuestión. Para ello, vamos a seguir el criterio de clasificación utilizado por un sector doctrinal que atiende a la condición del sujeto que insta el proceso. ¹⁶⁸ De este modo, vamos a

- 166 En este sentido, Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. p. 149 afirma que "la legitimación se limita a las condiciones o presupuestos subjetivos para la obtención de la tutela. Estas condiciones o presupuestos son necesarios, pero no suficientes, porque la obtención de la tutela también depende de que se aleguen, prueben y justifiquen en Derecho las condiciones o presupuestos objetivos".
- 167 Sobre esta cuestión, Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pp. 159-160.
- 168 Seguimos la clasificación llevada a cabo por Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sán-

distinguir diferentes supuestos, y con ocasión de ellos, como ya hemos anticipado, haremos hincapié en los diferentes tipos de legitimación activa que se desprenden del artículo 11 bis LEC.

- A) Legitimación de las personas físicas
- a) Legitimación por titularidad del derecho que se hace valer en el proceso

Con carácter general cuando se estudia la legitimación en un proceso civil, este supuesto es el más sencillo de identificar, puesto que nos estamos refiriendo al caso en que es una persona la que tiene legitimación activa para poder solicitar una determinada clase de tutela. De normal, la legitimación activa se tiene por ser titular del derecho que se hace valer en el proceso. Si atendemos a la LEC, podemos ver cómo su artículo 10.1 dispone que "serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso". Obviamente, da lo mismo que el titular de la relación o del objeto sea una persona física o jurídica. En todo caso, la titularidad es la que confiere la legitimación.

Hay otros ámbitos del ordenamiento jurídico en los que expresamente se reconoce la legitimación al titular del derecho. Así ocurre en el caso de la legislación sobre la protección de los derechos de propiedad industrial, en concreto, el derecho de patentes. El artículo 62 de la Ley 11/1986, 20 marzo, LPMU, dispone que "el titular de una patente podrá ejercitar ante los órganos de la jurisdicción ordinaria las acciones que correspondan (...)". 169 No obstante, hay que indicar que no es preciso que la ley prevea expresamente, la legitimación por titularidad del derecho que se hace valer en juicio. Como indica la doctrina "la existencia de un derecho, reconocido por el ordenamiento u originado en él, conlleva que su titular pueda pedir eficazmente su tutela judicial". 170

chez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pp. 150-156.

¹⁶⁹ Al respecto, Cucarella Galiana, L. A., El proceso civil en materia de patentes. Granada 1999.

¹⁷⁰ Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. p. 150.

En el caso que nos ocupa en relación con la defensa del principio de igualdad entre mujeres y hombres, es evidente que la persona afectada, goza, en cuanto tal de legitimación. Así se desprende del artículo 11 bis 1 LEC al señalarse que "para la defensa del derecho de igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados (...)" estarán legitimados otros sujetos. Es decir, la mujer que haya sufrido discriminación por su condición de mujer, tiene legitimación activa.

Si para los anteriores casos, la legitimación activa de la mujer afectada es concurrente con la de otros sujetos o entidades, en los casos concretos de acoso y acoso sexual, la persona acosada es la única que ostenta legitimación activa. Así se desprende del artículo 11 bis 3 LEC y del artículo 12.3 de la LOPIDIMH. En concreto, se dispone que "la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso sexual y acoso por razón de sexo". 171

b) Legitimación por sustitución

Resulta interesante hacer hincapié en los casos en que el ordenamiento jurídico legitima a una persona para hacer valer en juicio, en nombre propio, derechos ajenos. Es el supuesto de la sustitución procesal que en el ordenamiento jurídico español está contemplado en algunos casos. No obstante, brevemente vamos a referirnos a dos.

Por un lado, hay que tener presente el contenido del artículo 1111 del CC. Este artículo dispone que "los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona (...). Es el supuesto de la acción subrogatoria como uno de los casos claros de legitimación activa por sustitución, contemplado en el ordenamiento jurídico español. 172

- 171 Sobre estas cuestiones procesales, Moreno Pérez, J. M., "Algunas cuestiones procesales relativas al acoso sexual y su configuración a la luz de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres". *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 95, 2008, pp. 297-310.
- 172 Sobre este supuesto de sustitución procesal, Lacruz Berdejo, J. L., "Algunas consideraciones sobre el objeto de la acción subrogatoria". ADC, vol. 3, núm. 4, 1950, pp. 1100-1132; Cordón Moreno, F., "Acción subrogatoria y opción de compra". *Revista jurídica de Navarra*, núm. 19,

Por otro lado, también resulta interesante el artículo 124 LPMU. En él se reconoce legitimación activa la licenciatario en exclusiva de una patente, salvo pacto en contrario, para ejercitar las acciones que corresponden al titular de la exclusiva. El licenciatario que no le sea en exclusiva no tiene esta legitimación, pero la puede adquirir si requiere al titular de la patente para que ejercite la acción que le corresponde a éste, sin que lleve a cabo dicho ejercicio en el plazo de tres meses desde que se realizó el requerimiento. 173

En lo que nos interesa analizar, debemos subrayar que la LOPIT-MH no contempla ningún caso de legitimación activa por situación en beneficio de una persona física. Los supuestos de sustitución procesal a los que nos referimos más adelante son los atribuidos a sindicatos y asociaciones.

c) Legitimación por interés jurídico

Como señala la doctrina, podemos hablar de este tipo de legitimación cuando se trate "de alguien para el que, aunque no tenga reconocido por el Derecho un poder de exigir algo de otro, la actuación del Derecho en el caso concreto reporte una ventaja o la evitación de un inconveniente". ¹⁷⁴ Un ejemplo claro lo tenemos en la regulación de la legitimación activa para ejercer la acción de nulidad de un matrimonio. El artículo 74 CC legitima para ello "a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella".

En el caso de la existencia de discriminaciones por razón de género, el artículo 11 bis LEC no contempla este tipo de legitimación activa en beneficio de persona física.

^{1995,} pp. 93-108; Jordano Fraga, F., "La legitimación pasiva en el ejercicio judicial de la acción subrogatoria (art. 1111 CC). ADC vol. 50, núm. 2, 1997, pp. 501-630; Cristobal Montes, A., "Condiciones de la acción subrogatoria". *Revista de Derecho Privado*, año 84, mes 7-8, 2000, pp. 539-610.

¹⁷³ En doctrina, puede verse, Cucarella Galiana, L. A., El proceso civil en materia de patentes, cit. pp. 263-277.

¹⁷⁴ Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pp. 151-152.

B) Legitimación de las Administraciones Públicas y de otras entidades públicas

Cuando se trata de proteger los intereses generales, nos encontramos en el ordenamiento jurídico supuestos en los que la legitimación se atribuye a algún órgano de la Administración pública. Son varios los supuestos que podrían ponerse de manifiesto. No obstante, vamos a hacer referencia, brevemente a dos en concreto.

Por un lado, se encuentran los casos en los que el MF tiene legitimación activa para poner instar el inicio de un proceso civil. Esta legitimación debe encuadrarse en el ámbito de lo previsto en el artículo 124 CE/1978, en el que se indica que el MF "tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (...)". ¹⁷⁵ En este contexto, por ejemplo, debe encuadrarse la legitimación activa que tiene el MF para poder instar el proceso de incapacitación. ¹⁷⁶

Otro supuesto que también resulta interesante, es el de la legitimación activa es el del Instituto Nacional de Consumo, o en su caso, de las entidades asimiladas de las diferentes Comunidades Autónomas, para el ejercicio de las acciones colectivas en materia de condiciones generales de la contratación (arts. 16.4 y 12

- 175 Sobre esta cuestión, Cámara Ruiz, J., *Introducción al Derecho Procesal* (con Ortells Ramos, M.; Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A). Aranzadi, 5ª ed., 2015, pp. 203-209.
- 176 Así se desprende del artículo 757 LEC. En concreto, el apartado 1 de dicho artículo enumera los diferentes particulares que pueden instar la incapacitación de una persona. Pues bien, el apartado 2 añade que "el Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado". Como puede apreciarse, la redacción de este artículo parece dar a entender que la legitimación del MF es subsidiaria respecto de los particulares mencionados en el apartado 1. Sin embargo, no se está entiendo así en la práctica, y ante los tribunales, la legitimación se entiende como concurrente. En este sentido, Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. p. 1105.

de la Ley 7/1988, 13 abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación¹⁷⁷).

Pues bien, en este punto, queremos determinar hasta qué punto el MF, u otros organismos públicos, tienen legitimación activa en el caso de la existencia de una discriminación por motivos de género.

En relación con la legitimación activa del MF, debemos indicar que el artículo 11 bis LEC no la contempla. Sin embargo, no debe perderse de vista que en los procesos sobre violación de derechos fundamentales, el artículo 249.1.2º LEC, dispone que el MF sea siempre parte en dichos procedimientos. ¹⁷⁸ Por lo tanto, deberá dársele traslado de la demanda una vez que la misma haya sido admitida a trámite.

En relación con la legitimación activa de organismos públicos con competencia en materia de igualdad, ésta se prevé para los casos en que los afectados por la conducta discriminatoria "sean una pluralidad de personas indeterminadas de difícil determinación". Este supuesto lo analizaremos más a fondo en el apartado siguiente.

177 El artículo 12 de la ley citada regula las acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa.

En general, sobre las acciones reguladas en esta Ley, Cordón Moreno, F., "La protección de los derechos de los consumidores a partir de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil". *Aranzadi Civil: revista doctrinal*, núm. 2, 1999, pp. 1795-1814; Gimeno Sendra, J. V.; Mira Ros, C., "La legitimación de las asociaciones de consumidores para la impugnación de las condiciones generales de la contratación. *La Ley: revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2005, pp. 1726-1736.

178 El art. 249 LEC es el que establece el ámbito del juicio ordinario en la LEC. Pues bien, el ordinal 2º del apartado 1 dispone que se tramiten a través de este procedimiento las demandas "que pretendan la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación. En estos procesos será siempre parte el Ministerio Fiscal y su tramitación tendrá carácter preferente".

C) Legitimación de personas jurídicas y entidades constituidas para la defensa de intereses sociales

En este supuesto nos estamos refiriendo a los casos en que la tutela que se pretende obtener de los tribunales, además de afectar a una persona determinada, puede afectar a un colectivo de personas. Este caso de legitimación activa resulta determinante para el trabajo que estamos presentando. En concreto, nos referimos a que una entidad que se haya constituido para la defensa de intereses sociales, pueda accionar ante los tribunales con el objeto de solicitar la tutela de ese interés. Son varios los supuestos que podríamos citar. No obstante, vamos a hacer referencia a dos de ellos. El primero, el relativo a la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de los grupos de los mismos. El segundo, el de la legitimación para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

En el caso del ordenamiento jurídico español, resulta muy interesante la legitimación activa que por sustitución se otorga a las asociaciones de consumidores y usuarios, y a los grupos de los mismos, para el ejercicio de las acciones condenatorias por daños a los consumidores y usuarios. ¹⁷⁹ Sin embargo, por el tema

179 Esta regulación se aprecia en el artículo 11.1 LEC en el que se dispone que "sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios".

En el caso en que nos encontremos ante un grupo de consumidores y usuarios, ya hemos visto cómo los artículos 6 y 7 LEC les reconocen capacidad para ser parte y capacidad de actuación procesal. Véase en este sentido, Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. p. 123 y p. 132.

Pues bien, completando esta regulación, el artículo 11 LEC distingue según los componentes del mismo estén o no determinados. Si están determinados o son fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como al propio grupo afectado (art. 11.2 LEC). Sin embargo, cuando los perjudicados por el hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios

que nos ocupa, queremos referirnos a la legitimación de los sindicatos, asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres.

El supuesto de legitimación que contemplamos está recogido en el artículo 11 bis LEC. En relación con esta cuestión, el apartado 1 dispone que "para la defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres, además de los afectados y siempre con su autorización, estarán también legitimados los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, respecto de sus afilados y asociados, respectivamente".

Por lo tanto, cuando la persona afectada esté identificada, para que los sindicatos o asociaciones puedan sustituirla en el proceso, es preciso que aquélla los autorice expresamente. Y por otro lado, una vez indicado por el proceso por el sindicato asociación nada impide que, al amparo de lo previsto en el artículo 13 LEC, la persona afectada pueda solicitar su intervención el proceso en calidad de interviniente litisconsorcial.

El apartado 2 dispone que "cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal".

Como puede apreciarse, en caso de indeterminación de los sujetos afectados, o en el caso en que sean una pluralidad de personas indeterminada, la legitimación de los sindicatos se restringe, pues la tendrán solamente los "sindicatos más representativos". Y por otro lado, también se restringe la legitimación de las asocia-

indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de esos intereses difusos, corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, sean representativas (art. 11.3 LEC). Véase el análisis del art. 11 LEC realizado por Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. p. 154.

ciones. Solamente la ostentan las "asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres".

IV. Análisis sistemático de los supuestos contemplados para el ejercicio de acciones en defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres

1. CUESTIONES GENERALES

Del contenido del artículo 11 bis LEC, se derivan cuatro supuestos de hecho bien diferenciados, que son los casos a que nos vamos a atender en nuestra exposición.

Por un lado, la primera situación es la de que la demanda la presente la persona afectada (art. 11 bis 1 y 3 LEC).

La segunda situación a la que vamos a atender es la de que se pretenda accionar ante los tribunales para la defensa del derecho de igualdad entre mujeres y hombres y los afectados sean personas determinadas o de fácil determinación y no ejerciten ellos la acción correspondiente (art. 11 bis 1 LEC).

En tercer lugar, puede darse que las personas afectadas sean indeterminadas o sean de difícil determinación (art. 11 bis 2 LEC).

2. EJERCICIO DE LA ACCIÓN DIRECTAMENTE POR LA PERSONA AFECTADA

Este supuesto se contempla expresamente en el artículo 11 bis 1 LEC. Al respecto, en caso de una actuación lesiva del derecho de igualdad, la persona afectada puede accionar directamente ante los tribunales.

Lo mismo puede decirse en el caso en que la demanda se presente por motivos de acoso o acoso sexual (art. 11 bis 3 LEC). No obstante, en estos casos, la legitimación la tiene exclusivamente la persona que haya sufrido la lesión.

A los efectos de la LOPITMH, el artículo 7.1 de dicha ley señala que "sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal (...) constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de

atentar contra la dignidad de una persona, en particular cando se crea un entrono intimidatorio, degradante u ofensivo".

Por otro lado, el artículo 7.2 LOPITMH concreta qué se entiende por acoso por razón de sexo. En concreto, "constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo".

Estas aclaraciones conceptuales deben completarse con las previstas en los otros dos apartados del artículo al que nos referimos. En concreto, el artículo 7.3 LOPITMH dispone que "se consideran en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo". El apartado 4 añade que "el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la acepción de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo".

3. DETERMINACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA CUANDO LAS PERSONAS AFECTADAS ESTÉN DETERMINADAS O SEAN DE FÁCIL DETERMINACIÓN

El artículo 11 bis 1 LEC establece con claridad quién tiene legitimación activa para solicitar la tutela del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres. En este caso, en primer lugar, la legitimación activa la tienen las personas afectadas. Se trata de una legitimación directa determinada por el hecho de haber sufrido el perjuicio o lesión en su derecho a la igualdad.

Ahora bien, en segundo lugar, también están legitimados "los sindicatos y las asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, respecto de sus afiliados y asociados, respectivamente".

Si delimitamos con precisión el ámbito de la norma, debemos señalar que la legitimación activa de los sindicatos y asociaciones, en el supuesto que estamos contemplando, se ajusta a las siguientes coordenadas:

1°) Es necesario que el afectado autorice al sindicato o a la asociación para que pueda actuar en el proceso haciendo valer su derecho a solicitar la tutela de la igualdad entre mujeres y hombres. El artículo 11 bis 1 LEC estable claramente que la necesidad de

que "siempre" se autorice por el afectado esa actuación del sindicato o la asociación.

No concreta este artículo cómo y cuándo se debería dar o solicitar dicha autorización. Ahora bien, desde nuestro punto de vista, nada impide que el afectado se ponga en contacto con el sindicato o la asociación correspondiente y les autorice para que ejerciten ese derecho ante los tribunales. En la medida en que el artículo 11 bis 1 LEC es así de tajante, creemos que el demandante debería acompañar a su demanda el escrito en el que el afectado prestara su consentimiento para poder actuar en el proceso.

Por otro lado, tampoco vemos ningún problema para que el sindicato o la asociación tomen la iniciativa y antes de iniciar el proceso, se pongan en contacto con el perjudicado, solicitándole la autorización. En este caso, también creemos que sería preciso que se acompañara a la demanda dicha autorización.

El problema que se nos plantea, sin embargo, es el relativo a cuál debe ser su tratamiento procesal. Es decir, si el secretario judicial debería controlar de oficio la falta de autorización a los efectos de pronunciarse sobre admisión de la demanda, o si el juez debería inadmitirla por no acompañar esta autorización. ¹⁸⁰

Para ello, y ante la falta de regulación expresa en el artículo 11 bis LEC, debemos acudir a la regulación general procesal sobre admisión o inadmisión de la demanda. Y al respecto, el artículo 403.1 LEC dispone que "las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley". De ello resulta que la regla general debe ser la de que las demandas deben ser admitidas, y las causas de inadmisión deben preverse expresamente.

Por otro lado, el apartado 3 de ese mismo artículo añade que "tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a

180 Debe tenerse presente que de acuerdo con lo previsto en la LEC, corresponde al secretario judicial tomar la decisión de admitir a trámite la demanda. Así puede verse, el art. 404.1 LEC para el caso del juicio ordinario, y el art. 440.1 LEC, para el caso del juicio verbal. No obstante, cuando falte algún requisito que pueda provocar la inadmisión, el secretario judicial debe dar cuenta al juez, para que se ésta el que dicte el correspondiente auto de inadmisión. Así puede verse, en el artículo 404.2 LEC para el juicio ordinario, y en el art. 440.1 LEC, para el juicio verbal.

ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales".

A la vista de los dos apartados que acabamos de recoger, podemos concluir que el artículo 11 bis LEC en ningún momento contempla expresamente que la demanda interpuesta por un sindicato o asociación haciendo valer el derecho de un tercero, se pueda inadmitir por no justificar en la demanda que el perjudicado les ha autorizado para el ejercicio de las acciones. Es más, el artículo 11 bis LEC no dice expresamente que para la admisión de la demanda deba acompañarse necesariamente esta autorización. Ello nos lleva a concluir que si dicha autorización otorgada por el perjudicado no se acredita en la demanda, ello no es óbice para que pueda ser admitida. Cuestión distinta es que la falta de autorización, o la falta de justificación de la misma, conducirá a la denegación de la tutela solicitada.

- 2°) Por otro lado, entiéndase bien que la autorización con la que se puede otorgar legitimación activa al sindicato o asociación, no puede referirse a los casos en los que haya habido acoso sexual o acoso por razón de sexo. Como hemos analizado, en estos supuestos el único legitimado activamente es el sujeto que haya sufrido esos actos de acoso.
- 3°) A su vez, cuando se preste la autorización a un sindicato o a una asociación para hacer valer en juicio el derecho del perjudicado, consideramos que éste no pierde su legitimación. Así, si la demanda inicialmente fuera presentada por el sindicato o la asociación correspondiente, no vemos obstáculo ninguno, en la medida en que tiene legitimación, para que el perjudicado solicitara la intervención en dicho proceso en calidad de interviniente litisconsorcial.
- 4°) En el caso en que el perjudicado no haya autorizado al sindicato o a la asociación, aquél es el único legitimado para instar el proceso y solicitar la tutela del derecho a la igualdad de trato.
- 5°) La legitimación se atribuye a cualquier sindicato, siempre y cuando, como hemos apuntado, el perjudicado le autorice para hacer valer el derecho ante los tribunales. A diferencia de lo que ocurre cuando los perjudicados están indeterminados o son de difícil determinación, no es necesario que el sindicato sea representativo.

- 6º) En el caso de las asociaciones, además de la autorización, para que éstas puedan tener legitimación es necesario que se trate de asociaciones cuyo fin primordial sea la defensa de la igualdad de trato entre mujeres y hombres. A diferencia de lo que ocurre cuando los perjudicados sean indeterminados o de difícil determinación, no es necesario que la asociación sea de ámbito estatal.
- 7°) En todo caso, ya se trate de un sindicato o de una asociación, la legitimación de éstos se reconoce para hacer valer en juicio los derechos de sus afiliados o asociados, no de cualquier persona. Por lo tanto, la autorización prestada por un afectado a un sindicato al que no está afiliado, no otorgaría legitimación activa a aquél. ¹⁸¹
- 8°) Debe tenerse presente que las consideraciones que hemos realizado para el caso en que se inicie un proceso civil, pueden extrapolarse al supuesto en que lo que se pretenda sea el inicio de un proceso contencioso-administrativo. En este sentido, debemos indicar que la DA 6ª de la LOPITMH añadió una letra i) al artículo 19.1 de la Ley 29/1988, 13 julio, la LJCA. El párrafo primero de dicho artículo tiene la misma redacción que el artículo 11 bis 1° LEC.

4. Determinación de la legitimación activa cuando las personas afectadas sean indeterminadas o de difícil determinación

Este supuesto está contemplado en el artículo 11 bis 2 LEC en el que se dispone que "cuando los afectados sean una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los sindicatos más representativos y a las asociaciones de ámbito estatal cuyo fin primordial sea la igualdad entre mujeres y hombres, sin perjuicio, si los afectados estuvieran determinados, de su propia legitimación procesal".

Como puede verse, el supuesto que contemplamos ahora es el de que haya un grupo de afectados por una acción o conducta de-

181 Nosotros configuramos este supuesto como un caso de sustitución procesal. No obstante, debe tenerse presente que existen autores que no mantienen esta misma postura. Véase en este sentido, Castillejo Llamazares, R., "Aspectos procesales de la Ley Orgánica 3/2007..., cit. p. 3.

terminante de la lesión del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, y los componentes de ese grupo no se puedan determinar, o sea difícil llevar a cabo dicha determinación.

En este caso, para la tutela de los intereses difusos del grupo, el artículo 11 bis 2 LEC fija una serie de coordenadas para concretar quién o quienes tienen legitimación activa para solicitar a los tribunales la tutela del derecho a la igualdad. Estas coordinadas son las que siguen:

1°) Nada impide que si algún miembro de ese grupo está determinado, éste pueda accionar directamente ante los tribunales. Es decir, la legitimación para la tutela de los intereses difusos no excluye la legitimación individual en el caso en que se pueda individualizar a algún miembro del grupo afectado.

Por este motivo, por otro lado, no vemos ningún obstáculo para que el perjudicado individualizado pudiera solicitar su intervención en el proceso que pueda iniciarse por alguno de los sujetos a los que se refiere el artículo 11 bis 2 LEC.

- 2°) Los sujetos que pueden actuar en juicio para la tutela de los intereses difusos del grupo, a diferencia del supuesto contemplado en el apartado 1 del artículo 11 bis LEC, no requieren ninguna autorización. La legitimación activa se la atribuye directamente el ordenamiento jurídico.
- 3°) De acuerdo con ello, tienen legitimación activa, los organismos públicos con competencia en la materia. Es decir, con competencia en materia de igualdad. El artículo 11 bis 2 LEC no distingue entre estos organismos, por lo tanto, podemos entender que la legitimación activa la tiene un organismo estatal o en su caso, también los autonómicos.
- 4°) Los sindicatos a los que se les atribuye ex lege legitimación son los que sean "más representativos". Por lo tanto, no todos los sindicatos tienen legitimación activa.
- 5°) Las asociaciones, para poder tener legitimación activa, deben cumplir con dos requisitos. El primero, deben tratarse de asociaciones de ámbito estatal. En segundo lugar, el fin primordial de las mismas debe ser el de velar por la igualdad entre mujeres y hombres.
- 6°) Las consideraciones que acabamos de realizar pueden también extrapolarse al supuesto en que el proceso que pretenda ponerse en marcha para la tutela de la igualdad, sea un proceso con-

tencioso-administrativo. En este sentido, hay que señalar que el artículo 19.1 i), párr. 2 de la LJCA, introducido con la DA 6ª LO, tiene la misma redacción que el artículo 11 bis 2 LEC.

V. Bibliografía

- ALMAGRO NOSETE, J., "Protección procesal de los intereses colectivos o difusos en la Ley de Enjuiciamiento". *AC*, núm. 1, 2004.
- ARIZA COLMENAREJO, M. J., La acción de cesación como medio para la protección de consumidores y usuarios. Thomson Aranzadi 2012.
- AVILÉS, M. A., "Comentario a la Directiva 2004/113/CE". Aequalitas: revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, núm. 17, 2005.
- BUJOSA VADELL. L., "La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): estado de la cuestión en España", El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación: estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete (GIMENO SENDRA, J. V.; CABEZUDO BAJO, M. J.), Madrid, 2007.
- CASTILLEJO LLAMAZARES, R., "Aspectos procesales de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres". *Diario La Ley*, núm. 7062-7065, 2008.
- CORDÓN MORENO, F., "La protección de los derechos de los consumidores a partir de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil". *Aranzadi Civil: revista doctrinal*, núm. 2, 1999.
- CUCARELLA GALIANA, L. A., El proceso civil en materia de patentes. Granada 1999.
- "Visión general del proceso mixto por audiencias en la Ley de Enjuiciamiento Civil española", en *Derecho Procesal, dinamis*mo y transformación. Editorial Hesaka, Paraguay 2015.
- DURÁN Y LALAGUNA, P., "La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombre", Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, núm. 20, 2009.

- FALCÓN, E. M., "Diferencia entre el litisconsorcio y los intereses colectivos y difusos". *Revista de derecho procesal* (Argentina, ejemplar dedicado a: Litisconsorcio, intervención de terceros y tercerías), núm. 2, 2006.
- GIMENO SENDRA, J. V.; MIRA ROS, C., "La legitimación de las asociaciones de consumidores para la impugnación de las condiciones generales de la contratación. La Ley: revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 3, 2005.
- GONZÁLEZ GRANDA, P., "La tutela de la representación colectiva de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en el proceso civil", Homenaje a don Eduardo Font Serra, tomo II, Madrid, 2004.
- LOUSADA AROCHENA, J. F., "Las exigencias de transposición de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002", *Aranzadi Social*, núm. 5, 2003.
- "La Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro". La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 2, 2006.
- LOZANO-HIGUERO PINTO, M., "Legitimación, protección jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos", *El proceso civil y su reforma* (MORÓN PALOMINO, M., coord.), Madrid, 1998.
- MAGRO SERVET, V., "La suspensión de juicios civiles: especial mención a la reforma del artículo 188.5 LEC por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo". *Diario La Ley*, núm. 6808, 2007.
- MARTORELL ZULUETA, P., "La protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000", *Derecho Privado de Consumo* (REYES LÓPEZ, M. J.), Valencia 2004.
- Ortells Ramos, M., *Derecho Procesal Civil* (con Mascarell navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bonet Navarro, J.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi, 14ª edición.
- PÉREZ GIL, J., "La carga de la prueba en la ley orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en *Igualdad de género: una visión jurídica, Jornadas Igualdad efectiva: rea-*

- lidad o ficción. Burgos 11, 12 y 13 de marzo de 2008 (GÓ-MEZ CAMPELO, E.; VALBUENA GONZÁLEZ, F., coords.).
- REVILLA ESTEVE, "Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, en aplicación del principio de igualdad de trato entre los hombres y mujeres". *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 14, 2003.
- SALGADO, J. M., Tutela individual homogénea. Buenos Aires, 2011.
- SAMANES ARA, C., "El ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios". Actualidad Civil, núm. 18, 2004.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.; SEMPERE NAVARRO, A. V., Comentarios a la ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Thomson Aranzadi, 2008.

Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el tribunal europeo de derechos humanos¹⁸²*

1. Sistema europeo de protección de los derechos humanos, Consejo de Europa y Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950

A) ÁMBITO DEL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

a) Planteamiento general

Al término de la II guerra mundial, los diferentes Estados europeos entraron en un proceso de reflexión y revisión de sus ordenamientos jurídicos con el objeto de garantizar una efectiva protección de los derechos fundamentales. ¹⁸³ Muchas habían sido las violaciones que se habían producido y que condujeron al estallido de la II guerra mundial. Al término de la misma, se adquirió la conciencia de que debían articularse los mecanismos ne-

- 182 * El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación número de referencia DER2008-03240, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.
 - Ponencia presentada en el VI Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional y XXX Encuentro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional, celebrado en Paipa (Colombia), los días 20, 21 y 22 de mayo de 2015.
- 183 Véase sobre estas consideraciones, Rodríguez, A., *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas. Madrid, 2001; Ripol Carulla, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*. Atelier, Barcelona, 2007, págs. 17-20.

cesarios para que esas violaciones no se repitieran, o en el caso en que tuvieran lugar, que hubiera instrumentos efectivos para la protección y tutela de los derechos de la persona. ¹⁸⁴ Son dos, básicamente, los frentes que se abrieron para conseguir ese objetivo: el interno y el supranacional.

b) Ámbito interno

Es cierto que de acuerdo con la concepción liberal burguesa que había inspirado la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, los jueces estaban llamados a tener muy poca incidencia en el juego político. De acuerdo con esta concepción, los jueces debían quedar limitados a resolver los conflictos de derecho privado, y a imponer las penas correspondientes en los casos de realización de conductas delictivas. Quedaba fuera del ámbito de actuación jurisdiccional, por ejemplo, el control de legalidad de los actos de la Administración pública, o el control de constitucionalidad de las normas. Con el tiempo, el papel de la Jurisdicción se dignificó y se equiparó al de los otros dos poderes del Estado en lo que a incidencia en el juego político se refiere. Pues bien, una vez que se consiguen asentar esas ideas, surge inmediatamente a continuación la reflexión de cuál es el papel o la función de la Jurisdicción en un Estado democrático y de Derecho. Y en este sentido, no cabe ninguna duda de que el rol de los jueces es juzgar, entendida esa labor como la de aplicar el Derecho al caso concreto, de manera irrevocable y por vía de heterotutela. Ahora bien, hay una serie de materias que pertenecen al núcleo duro e irreductible de lo que es labor jurisdiccional, y esa materia está representada, principalmente, por la protección de los derechos fundamentales.

Ésta es la razón que lleva a los diferentes textos constitucionales a llevar a cabo una proclamación de los derechos fundamentales, ¹⁸⁵ surgiendo la necesidad de buscar mecanismos procesales adecua-

¹⁸⁴ Como indica Martín-Retortillo Baquer, L., Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europea. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 29, en la que pone de manifiesto la necesidad de limitar el poder de los Estados frente a los diferentes tipos de abusos y violaciones de los derechos que se habían producido.

¹⁸⁵ En este sentido, Martín-Retortillo Baquer, L., *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos...*, cit. pág. 31, habla del "compromiso de las Constituciones con los derechos fundamentales".

dos para la protección de dichos derechos. En ese caso, está claro que la Jurisdicción está llamada a proteger los derechos fundamentales en caso de violación. Sin embargo, encontramos en los ordenamientos jurídicos internos europeos, un doble tratamiento.

Por un lado, hay ordenamientos en los que se reforzó el papel de la Jurisdicción ordinaria en la protección de estos derechos, pero sin establecer un mecanismo adicional de protección. Sin embargo, hay otros ordenamientos jurídicos en los que además de implicar a la Jurisdicción ordinaria, se atribuye a la Jurisdicción constitucional la función de conocer de las demandas de amparo o tutela de los derechos fundamentales en caso de violación. Nos encontramos, de esta manera, con un sistema reforzado de protección de estos derechos. No obstante, debemos subrayar que el recurso a la Jurisdicción constitucional solamente es posible cuando se han agotado todos los procesos o recursos ante la ordinaria.

c) Ámbito supranacional: el Consejo de Europa

Los diferentes Estados de Europa, a la vez que la sociedad de Naciones, adquirieron conciencia de la necesidad de articular mecanismos realmente efectivos de protección de los derechos fundamentales en el ámbito internacional. De este modo, se concibe la idea de la creación de una Jurisdicción supranacional de carácter permanente, a la que puedan recurrir los ciudadanos de un Estado cuando éste les haya violado sus derechos.

a') Origen

Hemos señalado anteriormente, que el fin de la II guerra mundial supuso la concienciación de que era preciso articular algún mecanismo supranacional para la protección de los derechos fundamentales. Se pretendía ir más allá del límite territorial de las fronteras nacionales, para fijar un verdadero mecanismo supranacional de protección de los derechos. ¹⁸⁶ En ese contexto, fueron esenciales las labores que se llevaron a cabo para la creación del CE, cuyo Estatuto está hecho en Londres con fecha 5 de mayo de 1949.

186 Sobre el proceso de formación del CE, Linde, E.; Ortega, L. I.; Sánchez Morón, M., El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (García De Enterría, E., coordinador). Civitas, Madrid, 1979, págs. 55-64.

Los trabajos preparatorios comenzaron en el Congreso de La Haya de 1948 y en él intervinieron una veintena de países europeos. Son varias las resoluciones adoptadas, pero en lo que nos interesa, se tomó la decisión de crear "una unión económica y política con el fin de garantizar la seguridad, la independencia económica y el progreso social, la convocatoria de una asamblea consultiva elegida por los parlamentos, la elaboración de una carta europea de derechos humanos y de un tribunal para aplicar sus decisiones". Sin embargo, el enfrentamiento político e ideológico entre los países orientales y occidentales de Europa, determinó que los primeros, quedaran descolgados de este proceso.

El 5 de mayo de 1949, en Londres, tuvo lugar la firma del tratado constitutivo del CE. Son diez los países que finalmente lo firmaron: los Reinos de Bélgica, Dinamarca; Países Bajos; Noruega; Suecia y Gran Bretaña e Irlanda del Norte, así como las Repúblicas francesa, irlandesa y el Gran Ducado de Luxemburgo. A día de hoy, son un total de cuarenta y siete países europeos los que forman parte del CE. 187

b') Finalidad

La finalidad del CE aparece claramente expresada en el artículo 1 ECE. Así, en la letra a) del mismo se subraya que la misma "consiste en 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". ¹⁸⁸ Como se indica a continuación en la letra b), esta fi-

- 187 Así, a los diez a los que nos hemos referido anteriormente, hay que sumar los que siguen: Albania, Armenia, Andorra, Austria, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, república Checa, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, república de Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, Rumanía, Federación Rusa, San Marino, Serbia, República eslovaca, Eslovenia, España, Suiza, Macedonia, Turquía y Ucrania. Tienen la condición de Estados observadores, la Santa Sede, Canadá, México, Estados Unidos de Norteamérica, Israel y Japón.
- 188 En este contexto, creemos que deben tenerse presentes las palabras que preceden al articulado del ECE, pues claramente se subraya la finalidad que se persigue. Así, se afirma que "convencidos de que la consolidación de la paz, basada en la justicia y la cooperación internacional, es de interés vital para la preservación de la sociedad humana y de la civilización:

nalidad se pretende alcanzar "a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales".

B) EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES, HECHO EN ROMA EL 4 DE NOVIEMBRE DE 1950

a) Carácter limitado del ámbito de los derechos reconocidos

Pues bien, en el ámbito de esos acuerdos a los que se refiere este artículo, se elaboró el CEDH, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, que entró en vigor en 1953. Este Convenio posibilitó el nacimiento del TEDH.

Para alcanzar los objetivos de la protección real y efectiva de los derechos humanos, el artículo 3 ECE añade que "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".

Reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia.

Persuadidos de que para salvaguardar y hacer que se realice progresivamente este ideal y en interés del progreso social y económico, se impone una unión más estrecha entre todos los países europeos animados de los mismos sentimientos;

Considerando que, para responder a esa necesidad y a las aspiraciones manifiestas de sus pueblos, a partir de este momento se requiere crear una organización que agrupe a los Estados europeos en una asociación más íntima.

Han decidido, en consecuencia, constituir un Consejo de Europa, compuesto de un Comité de representantes de los Gobiernos y de una Asamblea Consultiva, y con tal propósito han adoptado el presente Estatuto".

El último párrafo de los considerandos que preceden al articulado del CEDH dispone que el objetivo que se persigue con este Convenio sea adoptar "las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal". Este carácter limitado del ámbito del CEDH ha sido confirmado por el TEDH, 190 al sostener que "el Convenio no protege los derechos humanos en general, sino tan sólo "algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal". 191 Nótese por lo tanto, que el articulado del

189 Los Considerandos del CEDH disponen que "considerando que esta declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ellas enunciados;

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;

Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan;

Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal".

- 190 Sobre este carácter, Rodríguez, A., Integración europea y derechos fundamentales, cit. págs. 99-105.
- 191 Así lo puso de manifiesto, por ejemplo, en su sentencia de 21 de febrero de 1975, caso Golder contra Reino Unido. En el párrafo 34 de la misma se afirma que "como establece el artículo 31.2, del Convenio de Viena, el preámbulo de un tratado constituye parte integrante del contexto. Además, el preámbulo es generalmente muy útil en la determinación del objeto y del fin del instrumento que se interpreta.

En el presente caso, el texto más significativo del preámbulo del Convenio Europeo es la declaración de los gobiernos signatarios, declarándose "resueltos, como gobiernos de Estados europeos, animados de un mismo espíritu y poseedores de un patrimonio común de ideales, tradiciones políticas, respeto a la libertad y preeminencias del derecho a adoptar las primeras medidas tendentes a asegurar la garantía colecti-

CEDH tiene una regulación de derechos que es más limitada que la contenida en la Declaración Universal de los Derechos de 10 de diciembre de 1948. Quedan fuera del ámbito del CEDH, otra serie de derechos que en este primer momento no se consideraron esenciales para garantizar el correcto funcionamiento de las democracias políticas. ¹⁹² Como señala la doctrina, lo que se pretendió inicialmente fue el establecimiento de un "estándar mínimo de derechos fundamentales que debía ser respetado por todos los Estados europeos que aspiraran a ingresar en el Consejo de Europa". ¹⁹³

b) Ámbito de los derechos

Para la exposición del ámbito de los derechos reconocidos, la doctrina clasifica los derechos del CEDH distinguiendo entre derechos que se reconocen al individuo en tanto que persona, derechos que corresponden al individuo en sus relaciones con los grupos sociales a los que pertenece, y derechos encaminados a permitir que la persona pueda contribuir a la formación de los órganos del Estado y a participar en sus actividades. ¹⁹⁴ Sin embargo, nosotros creemos que puede ser más sencillo clasificar los derechos

va de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal" de 10 de diciembre de 1948.

Para el Gobierno, este párrafo ilustra el "proceso selectivo" seguido por los redactores. El Convenio no protege los derechos humanos en general, sino tan sólo "algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal". Los artículos 1 y 19 irían en este mismo sentido".

- 192 Véase sobre estas consideraciones, Ripol Carulla, S., *El sistema europeo de protección...*, cit. pág. 22 en la que afirma que "este esfuerzo por concentrarse en los <derechos mínimos que son absolutamente indispensables para determinar los principios cardinales del funcionamiento de la democracia política>, supuso renunciar por el momento a la definición y protección de las libertades profesionales y los derechos sociales".
- 193 Ripol Carulla, S., El sistema europeo de protección..., cit. pág. 27.
- 194 En este sentido, Cassin, R., La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'homme. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International vol. 79, 1951-II, págs. 241-365.

Esta sistemática, con referencia al autor que acabamos de señalar utiliza también, Ripol Carulla, S., *El sistema europeo de protección...*, cit. pág. 27.

contenidos en el CEDH desde dos puntos de vista. El primero, derechos que se reconocen a la persona en cuanto tal, y por otro lado, derechos que se reconocen al individuo pero vistos desde una perspectiva social. ¹⁹⁵

a') Derechos que se reconocen al individuo en su condición de persona

Dentro de esta categoría deben incluirse los siguientes derechos. ¹⁹⁶ En primer lugar, el derecho a la vida. El artículo 2 CEDH consagra este derecho con las siguientes palabras: ¹⁹⁷

- "1. El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. Nadie podrá ser privado de su vida intencionadamente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena.
- 2. La muerte no se considerará infligida con infracción del presente artículo cuando se produzca como consecuencia de un recurso a la fuerza que sea absolutamente necesario:
- a) En defensa de una persona contra una agresión ilegítima.
- b) Para detener a una persona conforme a derecho o para impedir la evasión de un preso o detenido legalmente
- c) Para reprimir, de acuerdo con la ley, una revuelta o insurrección". 198
- 195 En general, sobre los derechos reconocidos en la CEDH, Linde, E.; Ortega, L. I.; Sánchez Morón, M., El sistema europeo de protección de los derechos humanos... (García De Enterría, E., coordinador), cit. págs. 65-108.
- 196 En este punto coincidimos con el planteamiento realizado por, Ripol Carulla, S., El sistema europeo de protección..., cit. pág. 27.
- 197 Sobre el ámbito de este derecho, Angoitia Gorostiaga, V.; Lasagabaster Herrarte, I., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009, págs. 40-45.
- 198 Son muchas las cuestiones que suscitan la lectura e interpretación de este artículo. Sin embargo, por motivos de espacio no podemos entrar a realizarlas. Sin embargo, creemos importante hacer referencia a una

Por su parte, el artículo 3 CEDH dispone que "nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". ¹⁹⁹ El artículo 4 CEDH, en relación con esta prohibición, dispone: ²⁰⁰

- "1. Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.
- 2. Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.
- 3. No se considera como «trabajo forzado u obligatorio» en el sentido del presente artículo:
- a) Todo trabajo exigido normalmente a una persona privada de libertad en las condiciones previstas por el artículo 5 del presente Convenio, o durante su libertad condicional.
- b) Todo servicio de carácter militar o, en el caso de objetores de conciencia en los países en que la objeción de conciencia sea reconocida como legítima, cualquier otro servicio sustitutivo del servicio militar obligatorio.
- c) Todo servicio exigido cuando alguna emergencia o calamidad amenacen la vida o el bienestar de la comunidad.
- d) Todo trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales".

consideración. Como puede apreciarse, el artículo que estudiamos da cobertura a la pena de muerte. No obstante, hay que añadir que en virtud del protocolo número 6 del CEDH de 28 de abril de 1983, por parte del CE se suprime esta pena. En concreto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 de dicho protocolo, queda abolida la pena de muerte, por lo que nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado en aplicación de la misma. Sin embargo, hay que señalar que los Estados miembros del CE pueden vincularse de manera voluntaria a éste y a los otros protocolos que se han elaborado con posterioridad al CEDH.

- 199 Sobre el ámbito de este derecho, Santamaría Arinas, R., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 46-80.
- 200 Sobre el ámbito de esta disposición, Sarasola Gorriti, S., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 81-96.

El artículo 5 CEDH, consagra el derecho a la libertad y a la seguridad. En relación con este derecho, dispone:²⁰¹

- "1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:
- a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.
- b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley.
- c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.
- d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
- e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
- f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

²⁰¹ Sobre el ámbito de este derecho, Arrese Iriondo, M. N., *Convenio Euro*peo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 97-169.

- 2. Toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella.
- 3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.
- 4. Toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal.
- 5. Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación".

También está consagrada en el CEDH, la prohibición de la tortura. En este sentido, el artículo 14 CEDH dispone que "el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".²⁰²

b') Derechos que se reconocen al individuo en el ámbito social Desde nuestro punto de vista, estos derechos se pueden a su vez clasificar atendiendo a tres perspectivas distintas: familiar, social y política, y procesal.

²⁰² Sobre el ámbito de esta prohibición, Santamaría Arinas, R., *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 674-705.

En el primero de los ámbitos hay que incluir el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 CEDH, con las siguientes palabras:²⁰³

- "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
- 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

También debemos hacer referencia al derecho a contraer matrimonio reconocido en el artículo 12 CEDH en el que se dispone que "a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho". ²⁰⁴

En el ámbito social y político de los derechos se incluye, en primer lugar, la libertad de pensamiento, conciencia y de religión, del artículo 9 CEDH, consagrado con las siguientes palabras:²⁰⁵

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente,

- 203 Sobre el ámbito de este derecho, Arzoz Santisteban, X., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 293-389.
- 204 Sobre este derecho, Arrese Iriondo, M. N., *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 618-638.
- 205 Sobre el ámbito de esta libertad, García Ureta, A., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 390-451.

en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás".

También se incluye la libertad de expresión, reconocida en el artículo 10 CEDH con las siguientes palabras:²⁰⁶

- "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.
- 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

Y a su vez, debemos hacer referencia a la libertad de reunión y asociación. El artículo 11 CEDH establece:²⁰⁷

²⁰⁶ Sobre el ámbito de esta libertad, Lazcano Brotóns, I., *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 452-566.

²⁰⁷ Sobre estas libertades, Lasagabaster Herrarte, I., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster He-

- "1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar con otras sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.
- 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado".

Desde una perspectiva procesal, los derechos reconocidos son, en primer lugar, el derecho a un proceso equitativo que queda consagrado en el artículo 6 CEDH, con las siguientes palabras:²⁰⁸

"1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

rrarte, I., director, cit. págs. 568-617.

²⁰⁸ Sobre este derecho, Esparza Leibar, I.; Etxebarria Guridi, F., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 170-256.

- 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.
- 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:
- a) A ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él.
- b) A disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa.
- c) A defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.
- d) A interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.
- e) A ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".

También se lleva a cabo la proclamación de que no hay pena sin ley. Al respecto, el artículo 7 CEDH dispone:²⁰⁹

- "1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.
- 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, consti-

²⁰⁹ Sobre el ámbito de este artículo, Landa Gorostiza, J. M.; Garro Carrera, E., *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 258-292.

tuía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas".

Y en el ámbito de los derechos de índole procesal, también se incluye el derecho a un recurso efectivo. Sobre este derecho, el artículo 13 CEDH dispone que "toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales". ²¹⁰

c) Ampliación del número de derechos protegidos en virtud de los Protocolos anexos al CEDH y otros Convenios

Como hemos señalado anteriormente, el número de derechos fundamentales que resulta protegido en el CEDH es limitado si lo confrontamos con la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sin embargo, con el tiempo, el CE ha ido añadiendo al CEDH una serie de protocolos adicionales con los que se ha ampliado el listado de los derechos protegidos, o se ha delimitado mejor el ámbito de los que ya estaban reconocidos. Así, debe tenerse en cuenta el Protocolo adicional primero al CEDH de 20 de marzo de 1952,²¹¹ en el que se reconoce el derecho a la propie-

²¹⁰ Sobre este derecho, Arrese Iriondo, M. N., *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 639-673.

²¹¹ Sobre este Protocolo, Lasagabaster Herrarte, I., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 763-839.

dad (art. 1^{212}), el derecho a la instrucción, referido al ámbito de la educación (art. 2^{213}) y el derecho a elecciones libres (art. 3^{214}).

También el protocolo número 4, hecho en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963,²¹⁵ ha ampliado el ámbito de los derechos protegidos, al reconocer la prohibición de la prisión por deudas (art. 1²¹⁶); libertad de circulación (art. 2²¹⁷); prohibición de la ex-

- 212 El art. 1 dispone que "toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas".
- 213 Este art. dispone que "a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción.
 - El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas".
- 214 El art. dispone que "las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo".
- 215 Sobre este Protocolo, Lazcano Brotóns, I., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 843-864.
- 216 El art. 1 dispone que "nadie puede ser privado de su libertad por la única razón de no poder ejecutar una obligación contractual".
- 217 El art. 2 dispone que "1. toda persona que se encuentra en situación regular sobre el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente en él y a escoger libremente su residencia.
 - 2. Toda persona es libre de abandonar un país cualquiera, incluso el suyo.
 - 3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas en la ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención de infrac-

pulsión de los nacionales (art. 3^{218}) y la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4^{219}).

El protocolo adicional número 6, hecho en Estrasburgo el 28 de abril de 1983, ²²⁰ regula los aspectos relativos a la abolición de la pena de muerte (art. 1²²¹), si bien, permite la pena de muerte en tiempo de guerra (art. 2²²²). No obstante, este último aspecto es abordado y modificado en el posterior protocolo número 13, hecho en Vilnius, el 3 de mayo de 2002, sobre la abolición de la pena de muerte, incluso en tiempos de guerra. ²²³

ciones penales, la protección de la salud o de la moral o la salvaguardia de los derechos y libertades de un tercero.

- 4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones previstas por la ley y que estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática".
- 218 El art. dispone que "1. nadie puede ser expulsado, en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual sea ciudadano.
 - 2. Nadie puede verse privado del derecho de entrar en el territorio del Estado del cual sea ciudadano".
- 219 El art. dispone que "quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros".
- 220 Sobre este Protocolo, Lazcano Brotóns, I., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 867-877.
- 221 El art. 1 dispone que "queda abolida la pena de muerte. Nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado".
- 222 Este art. señala que "un Estado podrá prever en su legislación la pena de muerte por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra; dicha pena solamente se aplicará en los casos previstos por dicha legislación y con arreglo a lo dispuesto en la misma. Dicho Estado comunicará al Secretario General del Consejo de Europa las correspondientes disposiciones de la legislación de que se trate".
- 223 Sobre este Protocolo, Lazcano Brotóns, I., *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 927-929.

El protocolo adicional número 7, hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, 224 regula los aspectos relativos a las garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros (art. 1^{225}); derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal (art. 2^{226}); derecho a indemnización en caso de error judicial (art.

- 224 Sobre este Protocolo, Urrutia Libarona, Í., *Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 881-913.
- 225 El art. 1 dispone que "1. todo extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado del mismo más que en ejecución de una decisión adoptada conforme a la ley y debe poder:
 - a) hacer valer las razones que existan contra su expulsión;
 - b) hacer que su caso sea revisado;
 - c) ser representado para estos fines ante la autoridad competente o ante la persona o personas designadas por esta autoridad.
 - 2. Todo extranjero puede ser expulsado sin que haya podido ejercitar los derechos enunciados en el apartado 1, a), b) y c) de este artículo cuando dicha expulsión sea necesaria en interés del orden público o esté fundada en motivos de seguridad nacional".
- 226 El art. 2 dispone que "1. toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercitado, serán regulados por la ley.
 - 2. Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley, así como en los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un tribunal superior o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución".

 3^{227}); derecho a no ser juzgado o castigado dos veces (art. 4^{228}) y la igualdad entre esposos (art. 5^{229}).

El protocolo adicional número 12, hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000,²³⁰ regula los aspectos relativos a la prohibición de discriminación.²³¹

- 227 El art. 3 dispone que "cuando una condena penal firme sea posteriormente anulada o sea acordada una medida de gracia en base a que un hecho nuevo o revelado ulteriormente pruebe que se ha producido un error judicial, la persona que ha sufrido una pena en razón de esta condena deberá ser indemnizada, conforme a la ley o a la práctica vigente en el Estado correspondiente, a menos que sea probado que la no revelación en el momento procesalmente oportuno del hecho desconocido le sea imputable en todo o en parte".
- 228 El art. 4 dispone que "1. nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales de un mismo Estado por una infracción por la que haya sido absuelto o condenado mediante sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento de ese Estado.
 - 2. Las disposiciones del párrafo anterior no impiden la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento del Estado interesado, si hay evidencia de hechos nuevos o revelados ulteriormente o un vicio fundamental en el procedimiento precedente de tal naturaleza que pudiera afectar a la sentencia adoptada.
 - 3. No cabe derogación alguna de este artículo invocando el artículo 15 del Convenio".
- 229 El art. 5 dispone que "los cónyuges gozan de igualdad de derechos y deberes de carácter civil, entre ellos y en sus relaciones con sus hijos, por lo que se refiere al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. El presente artículo no impide que los Estados adopten las medidas necesarias en interés de los hijos".
- 230 Sobre este Protocolo, Lazcano Brotóns, I., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), Lasagabaster Herrarte, I., director, cit. págs. 917-923.
- 231 Así, el art. 1 del protocolo, establece que "1.- el goce de cualquier derecho previsto por la ley debe ser asegurado, sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.
 - 2.- Nadie puede ser objeto de discriminación por una autoridad pública, especialmente por alguno de los motivos enunciados en el párrafo 1".

Esta regulación, finalmente, debe completarse con la que se desprende de otros tratados internacionales impulsados y adoptados en el ámbito del CE.²³²

2. EL TEDH

A) Marco normativo

El CEDH tras la enumeración de los derechos que resultan protegidos, incluye en el capítulo II (arts. 19-51) la regulación relativa al mecanismo de control que se prevé. En concreto, se regulan los aspectos relativos al TEDH. En este sentido, el artículo 19 CEDH dispone que "con el fin de asegurar el respeto a los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo sucesivo denominado <el Tribunal>. Funcionará de manera permanente".

Como puede apreciarse el CEDH ha llevado a la instauración de un órgano jurisdiccional al que le compete el conocimiento de las demandas por violación de los derechos fundamentales protegidos en el ámbito del CEDH y sus protocolos adicionales.

- B) Características del TEDH y su jurisdicción
- a) El respeto al principio del juez legal o predeterminado

El hecho de que nos encontremos ante un Tribunal permanente, es un presupuesto esencial para que se respeten las exigencias derivadas del derecho a un juez ordinario predeterminado por el ordenamiento jurídico.²³³ Nótese, por lo tanto, que no se trata de un Tribunal que se crea ex post facto, es decir, para el enjuicia-

- 232 Nos referimos, por ejemplo, al Convenio europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987; así como a la Convención para la protección de las minorías nacionales, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995.
- 233 Sobre este principio, Ortells Ramos, M., Introducción al Derecho Procesal (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.). Aranzadi, 2015, 5ª edición, págs. 109-115.

miento de un hecho cuando éste ya se ha producido. Su carácter permanente permite que se trate de un órgano que preexiste a los asuntos que va a juzgar. Nos encontramos, por lo tanto, ante un tribunal que no puede ser considerado como de excepción.²³⁴

b) El carácter supranacional

El TEDH es un órgano que se constituye en el ámbito del CEDH y que por lo tanto, tiene el carácter de supranacional. Presupuesto para que este órgano pueda conocer de los diferentes asuntos que le competen y sus decisiones puedan surtir eficacia en cada uno de esos Estados, es que se le reconozca jurisdicción. Es decir, ningún poder fuera de la soberanía de cada uno de los Estados de Europa, puede configurar la Jurisdicción de esos Estados. Ahora bien, nada impide que en el ejercicio de su poder soberano, los Estados renuncien a parte de su soberanía para reconocer jurisdicción al TEDH.²³⁵

- c) Ámbito competencial
- a') El proceso de amparo europeo

La referencia a las labores jurisdiccionales del TEDH nos conduce a plantearnos cuáles son las funciones que el CEDH le atribuye. Es decir, tenemos que concretar si nos encontramos ante un verdadero órgano jurisdiccional.

De entrada, el hecho de que el CEDH denomine a este órgano como "tribunal", sumado al hecho de que, se refiera a los integrantes del mismo como "jueces", pone de relieve el carácter ju-

- 234 Se evitan así, los problemas que desde un punto de vista procesal, plantearon en su día los tribunales de Nüremberg, o el Tribunal penal internacional constituido para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra cometidos en la antigua Yugoslavia.
 - Sobre los problemas relativos al primero de los tribunales citados, Gimeno Sendra, J. V., *La experiencia de los "juicios de Nüremberg" y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional*. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 1, 1998, págs. 1766-1768.
- 235 El problema está, como luego veremos, en que creemos que no basta con se reconozca jurisdicción a dicho Tribunal. Los Estados deben ir más allá, y articular mecanismos efectivos para que las sentencias dictadas por este Tribunal puedan surtir eficacia directa en el ámbito interno. Posteriormente analizaremos este problema.

risdiccional del órgano. Ahora bien, no basta con la denominación que se le dé, o las palabras que se utilicen, sino que debemos constatar si al TEDH se le atribuyen verdaderas funciones jurisdiccionales.

Para resolver esta cuestión, debe tenerse presente el artículo 32 CEDH que dispone que "la competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidas en las condiciones previstas en los arts. 33, 34, 46 y 47". La integración de los citados artículos, evidencia cuáles son las funciones del TEDH. Así, conoce de las demandas que den origen a un proceso declarativo por violación de derechos fundamentales. ²³⁶ Dicha demanda puede presentarla cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares "que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos" (art. 34 CEDH²³⁷).

Se trata efectivamente, de una actuación del TEDH en la que se "juzga" si ha habido una violación de un derecho reconocido en el CEDH o sus protocolos. La actuación del Tribunal es con desinterés objetivo, es decir, actuando por vía de heterotutela, ²³⁸ y con eficacia de cosa juzgada, ya que sus decisiones no son revisadas por ninguna otra instancia nacional o supranacional. ²³⁹ Es el demandante el que determina subjetivamente el proceso y el que lo dota de objeto. Por lo tanto, cuando el asunto llega al TEDH,

- 236 Sobre esta competencia, Sánchez Legido, A., La reforma del mecanismo de protección del Convenio europeo de derechos humanos. Colex 1995, págs. 175-179.
- 237 Esta disposición añade que "las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho".
- 238 Sobre esta nota característica de la actuación jurisdiccional, Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 135-141.
- 239 En general, sobre esta eficacia de la actuación jurisdiccional, Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L. A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. págs. 130-132.

éste es ajeno a la cuestión sobre la que juzga. No se trata, por lo tanto, de un órgano administrativo que por vía de autotutela imponga su decisión.²⁴⁰

b') En relación con el incumplimiento por un Estado de las obligaciones derivadas del CEDH o de sus Protocolos

El artículo 33 CEDH pone de manifiesto que el TEDH también tiene competencia para conocer de las demandas que un Estado parte interponga con otro, cuando se incumpla alguna de las obligaciones derivadas del CEDH o de sus protocolos.²⁴¹

c') No tiene funciones jurisdiccionales ejecutivas

Si se presta atención al artículo 46.1 CEDH, se constata que las "las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencia definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes". Y el apartado 2 añade que "la sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución". Nótese que el TEDH carece de instrumentos coercitivos para poder exigir, por la fuerza, el cumplimiento de sus decisiones. Es decir, se atribuye al Tribunal la competencia para poder "juzgar", pero no para poder "ejecutar lo juzgado". Es el Comité de Ministros, el que de acuerdo con las funciones que tiene atri-

240 Existen posiciones doctrinales que sostienen que el TEDH, en ocasiones, acaba actuando como un verdadero tribunal constitucional europeo. Se subraya esta posibilidad, sobre la base de que el Tribunal, ha permitido que pueda interponerse una demanda por quien potencialmente sea víctima de una violación que pueda producirse en una norma interna de un Estado. Por esta vía, se sostiene que el TEDH acaba asumiendo una función de control de constitucionalidad de la normas, llevando a cabo recomendaciones al Estado para la reforma de su ordenamiento interno. Véase en este sentido, Rodríguez, A., *Integración europea y derechos fundamentales*, cit. págs. 121-122.

También puede verse, Rollnert Liern, G., El protocolo nº11 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo? Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadriuque Furió Ceriol, núm. 13, 1995, págs. 239-257

241 Sobre esta competencia, Sánchez Legido, A., La reforma del mecanismo de protección del Convenio..., cit. págs. 171-175.

buidas, debe velar por la ejecución de las sentencias.²⁴² Sin embargo, la ejecución forzosa queda en manos del Estado condenado.

3. CARACTERES DEL PROCESO DESARROLLADO EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 34 CEDH

El artículo 34 CEDH permite que cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación de alguno de los derechos del CEDH o de sus Protocolos, presente una demanda ante el TEDH, contra alguno de los Estados parte del CEDH. Al respecto, el proceso que solicita esa persona reúne una serie de caracteres que brevemente vamos a exponer.

A) Se trata de un proceso de amparo

La finalidad de la demanda presentada ex artículo 34 CEDH, es que el TEDH otorgue la tutela o protección de un derecho fundamental o libertad reconocido en el CEDH o en algunos de sus Protocolos.²⁴³ La pretensión interpuesta en este proceso por lo tanto, va dirigida a la obtención de una tutela condenatoria frente al Estado que ha violado el derecho. Para ello, obviamente el Tribunal deberá declarar previamente que ha habido una lesión de un derecho o una libertad.²⁴⁴

- 242 El art. 46.3 CEDH añade que "cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá remitir el asunto al Tribunal con el objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de remisión al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité".
- 243 Téngase en cuenta, Gambino, S., La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Revista de Derecho constitucional europeo, núm. 8, 2007, págs. 189-241; Díaz Barrado, C. M., El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: órgano garante de los derechos humanos en Europa. Diario La Ley, núm. 7075, 2008; Kotzur, M., El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: un actor regional al servicio de los derechos humanos universales. Anuario de justicia constitucional, núm. 16, 2012, págs. 225-249.
- 244 Por este motivo, creemos que la pretensión que se interpone es de carácter condenatorio, pues toda condena siempre debe llevar implícita

En el caso en que la pretensión interpuesta sea estimada, se impone al Estado demandado, un deber de prestación. ²⁴⁵ En concreto, la constatación de la violación lleva consigo la obligación del Estado infractor "de la restitución o reposición del recurrente en la situación jurídica anterior a la vulneración de su derecho". ²⁴⁶ La forma de llevar a cabo la *restitutio in integrum*, se deja en manos del Estado infractor. No obstante, el Tribunal emite una serie de directrices o sugerencias al respecto. ²⁴⁷ No obstante, la restitución al demandante debe hacerse de acuerdo con lo previsto en el ordenamiento jurídico interno del Estado que haya sido condenado, lo que origina graves dificultades en la práctica.

Pues bien, si la satisfacción no fuera in natura, el demandante vencedor tiene derecho a una justa compensación económica. Sobre ésta puede llegar a pronunciarse el TEDH en la sentencia que se ejecuta, si el actor así lo hubiera solicitado y si ha quedado probada la existencia y extensión del daño sufrido. 248

una previa declaración. Véase en este sentido, Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.). Colex, Madrid 2007, cit. pág. 842, cuando afirma que "el objeto del proceso encierra siempre una pretensión mixta, declarativa de la violación de un derecho y de condena a la reparación por la lesión causada al Estado demandado".

- 245 En este sentido, Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 842.
- 246 Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 843.
- 247 En este sentido, Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 843, afirma que "la restitutio in integrum del derecho vulnerado se deja en las manos del Estado causante da la misma, sin que quepa, desde el punto de vista del Derecho internacional, la posibilidad de que el Tribunal de Estrasburgo provoque con su actividad una <injerencia en el orden interno del Estado > y, por tanto, el Tribunal no dirige mandatos u órdenes, sino directrices o sugerencias de lo que el Estado concernido ha de hacer para esa restitución o para prevenirlas en el futuro".
- 248 En este sentido, Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 843 afirma que "es, pues posible que la Sentencia estimatoria de la vulneración alegada obligue al Estado a abonar una determina suma de dinero. Ello sólo sucederá si tras la comprobación del carácter irreme-

B) De ámbito internacional

Ya hemos señalado al principio de este trabajo, que el TEDH se constituye en virtud de un tratado internacional elaborado en el marco del CE. Este Tribunal es una instancia internacional que se sitúa fuera de la organización judicial interna de cada uno de los Estados parte. Por lo tanto, la fundamentación jurídica de la pretensión interpuesta no se hace sobre la base de la vulneración de un derecho fundamental reconocido en la Constitución interna de un Estado. El fundamento se encuentra en un Tratado internacional, el CEDH, en el que se reconocen una serie de derechos y libertades, que pueden coincidir a no con los reconocidos en la Constitución interna del Estado infractor.²⁴⁹

C) Subsidiariedad

La nota de la subsidiariedad se desprende con claridad del artículo 35.1 CEDH.²⁵⁰ En él se dispone que "al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos (...)".

La necesidad de agotar los "recursos internos", debe entenderse en sentido amplio o impropio. Es decir, comprende los recursos propiamente dichos, entendidos como los instrumentos que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las partes de un proceso para atacar resoluciones judiciales que no sean firmes, así como a los procesos propiamente dichos. Así debería ocurrir, por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos en los que cabe solicitar un proceso de amparo ante su Tribunal constitucional. Este

diable de la lesión causada por la violación, el actor acredita la existencia y extensión del daño (material y moral)".

²⁴⁹ Como indica Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 837, refiriéndose al caso español, el proceso ante el TEDH se "sitúa fuera del sistema jurisdiccional español, lo que excluye, en principio, su naturaleza casacional e incluso de <recurso>, ya que no se interpone contra las resoluciones de los tribunales o autoridades nacionales, sino objetivamente por la vulneración de un derecho fundamental garantizado por un Tratado internacional".

²⁵⁰ Sobre la misma, Ripol Carulla, S., El sistema europeo de protección..., cit. págs. 40-45.

proceso de amparo ordinario, no es sentido estricto un recurso, sino un proceso en el que se pide la tutela de un derecho fundamental lesionado. Una vez que haya habido pronunciamiento por el tribunal constitucional correspondiente, es cuando podría acudirse ante el TEDH.

D) Temporalidad

Este requisito también se desprende del artículo 35.1 CEDH. Como se indica en el mismo, la demanda ante el TEDH debe presentarse "en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva".

4. SUJETOS DE LOS PROCESOS

A) Las partes y sus requisitos de aptitud

Para la concreción de algunos aspectos relativos a los requisitos de aptitud de las partes, debemos atender al contenido de los artículos 33 y 34 CEDH.

De esta manera, en primer lugar, resulta que tienen capacidad para ser parte los Estados firmantes del CEDH.²⁵¹

Las personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares, también tiene capacidad para ser parte, pero solamente para ocupar la posición activa en los procesos en los que se presenten demandas individuales (art. 34 CEDH).

Las personas físicas que actúen como demandantes deben tener capacidad de actuación procesal. Es decir, deben encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles. No obstante, debemos se-

251 Téngase en cuenta que su capacidad es tanto para ocupar la posición activa en el proceso, cosa que ocurre cuando un Estado demanda a otro por incumplir alguna de las obligaciones derivadas del Convenio, o para ocupar la posición pasiva. Esta última situación se daría en las demandas interestatales (art. 33 CEDH), así como en las que un individuo interpone frente a un Estado por violación de alguno de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos (art. 34 CEDH).

ñalar que en el cumplimiento de este requisito, el TEDH adopta una actitud muy flexible. ²⁵²

Los aspectos relativos a la postulación procesal no están del todo tratados en el CEDH. No obstante, sí que hay alguna disposición de la que se deprende que las partes deben actuar ante el Tribunal por medio de representante, ya sea en el CEDH, ²⁵³ como en el RTEDH.

En cuanto a la legitimación, entendida como la posición jurídica que habilita para poder interponer una pretensión (legitimación activa) o la posición jurídica que habilita para que se pueda interponer contra alguien una pretensión procesal (legitimación pasiva), debemos acudir a los artículos 33 y 34 CEDH, para concretarla.²⁵⁴

- 252 En el caso de que se detectara que alguna de la parte no tiene debidamente integrada su capacidad de actuación procesal, el Tribunal otorga a ese sujeto la posibilidad de subsanar, y en el caso en que no lo haga, incluso procede a nombrar de oficio un representante. En este sentido, Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales..., cit. pág. 855, afirma que "en relación con la capacidad de las personas físicas, el Tribunal (y antes la Comisión) interpreta este concepto de manera antiformalista. Poco importa la edad de la persona, su capacidad de obrar, ya que, en todo caso, el Tribunal invitaría a la parte a subsanar esta falta de capacidad procesal, nombrando a un representante, incluso de oficio".
- 253 Así se aprecia, por ejemplo, en el artículo 38 CEDH en el que se dispone que "el Tribunal procederá al examen del asunto con los representantes de las partes (...)".
- 254 En el caso de las pretensiones interestatales, la legitimación activa y la pasiva la tienen exclusivamente los Estados parte. Ello no podía ser de otra manera, en la medida en que estamos hablando de demandas que un Estado dirige frente a otro por violar alguno de los derechos del CEDH o sus protocolos, o por incumplir alguna de las obligaciones derivadas del Convenio. En el primero de los casos mencionados, el Estado demandante no requiere la condición de víctima, tal y como se da en el caso de las demandas individuales a las que luego nos referimos. Basta con que constate con otro Estado parte no respeta los derechos contenidos en el CEDH.

En este sentido, Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 860, afirma que "el mencionado art. 33 legitima activamente a uno o varios Estados para acudir al Tribunal (...) para denunciar el incumplimiento del compromiso adquirido de reconocer en su Jurisdicción el

En las demandas individuales, la legitimación activa la tiene la persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares "que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos". Por lo tanto, las Administraciones públicas no tienen reconocida legitimación activa al amparo de este artículo. ²⁵⁵ Tampoco la tendrían, por ejemplo, otros organismos creados en el marco del CE, como el Comité para la prevención de la tortura o las penas inhumanas o degradantes. Hacemos esta consideración porque a pesar de que se trata de un proceso dirigido a la protección de derechos o libertades fundamentales, no está previsto un supuesto de legitimación activa por titularidad de un interés general o público. ²⁵⁶

La legitimación pasiva en las demandas individuales, la tiene exclusivamente el Estado parte en cuyo territorio se haya producido la violación del derecho o la libertad. Como indica la doctrina "el particular causante de la violación carece de legitimación pasiva en este recurso y la víctima de esa vulneración, carece, sin embargo, según el CEDH, de <acción internacional> contra aquél". ²⁵⁷

respeto del derecho o libertad reconocido a los individuos dentro de la jurisdicción de ese Estado. No necesita, a diferencia de los particulares, ser una víctima de la violación, sino que la constancia de que por otro Estado parte se incumple su obligación internacional de respetar los derechos fundamentales que el CEDH garantiza objetivamente, le confiere legitimación para denunciar este incumplimiento del Tratado ante el TEDH".

- 255 Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 859.
- 256 En relación con la legitimación activa, debemos subrayar que es preciso que el sujeto que presente la demanda sea víctima de la violación, potencial o real, pero es necesario que sufra o pueda sufrir un menoscabo en el ámbito de algún derecho o libertad reconocido en el CEDH o en sus Protocolos. Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 859 afirma que "en efecto, <víctima>, en el sentido del art. 34 CEDH, es primordialmente quien se siente lesionado, de modo efectivo y real, en el goce de su derecho fundamental por el acto u omisión invocada, ya sea de manera directa o indirectamente (...)".
- 257 Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 861.

B) Intervención de terceros

Entendemos como tercero procesal, en sentido negativo, aquél que no es parte en un proceso seguido ante el TEDH. Pues bien, el artículo 36.1 CEDH establece que "en cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte Contratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista". Para delimitar el ámbito de adecuación de este párrafo, debemos realizar las siguientes precisiones.

En primer lugar, el supuesto de hecho del que se parte es el de que un particular haya presentado una demanda individual por violación de un derecho o libertad reconocidos en el CEDH o en sus Protocolos.

En segundo lugar, la demanda debe haberse presentado contra un Estado distinto al que es nacional el demandante. En este caso, el Estado del que es nacional el particular que demanda, puede intervenir en el proceso para realizar las observaciones a las que se refiere el artículo 36.1 CEDH.²⁵⁸ Se trata de un supuesto de intervención voluntaria.²⁵⁹

El artículo 36.2 CEDH también contempla un supuesto de llamamiento al proceso de un tercero, realizado por el Presidente del Tribunal. En concreto, "en interés de la buena administración de la justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista". 260

- 258 Como indica Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 862, para "la efectividad de este derecho, el Secretario notifica la resolución de admisibilidad a ese Estado".
- 259 Si el particular hubiera dirigido contra el Estado del que es nacional, la solicitud de intervención no tendría sentido, pues en la medida en que es ese Estado ya es parte demandada, no es tercero procesal. Su intervención en el proceso ya se ha producido desde el momento en que se admitió la demanda contra él.
- 260 Y a su vez, debe tenerse presente que "en cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista" (art. 36.3 CEDH).

C) Principios relativos a las partes

Como hemos señalado, el TEDH tiene básicamente competencia para conocer dos tipos de procesos en virtud de lo regulado en los artículos 33 y 34 CEDH. Por su importancia, y en la medida en que el objeto de este trabajo es analizar la protección de los derechos fundamentales en el ámbito europeo, vamos a centrarnos en el análisis de las cuestiones procesales relativas al proceso iniciado en virtud de lo previsto en el artículo 34 CEDH.

a') Dualidad de posiciones

Como hemos señalado más arriba, el TEDH desempeña una labor jurisdiccional que se desarrolla necesariamente a través de un proceso. Este proceso es un instrumento de carácter heterocompositivo en el que el Tribunal lleva a cabo la aplicación de las disposiciones del CEDH y de sus Protocolos, al caso concreto. Pues bien, en la medida en que estamos hablando de un proceso, es obvio que debe haber una dualidad de posiciones procesales. Es decir, quien intervenga ante el TEDH o bien ocupará la posición activa o la pasiva, pero en todo caso, deben ocupar alguna de esas dos posiciones.

Nótese, por otro lado, que estamos hablando de dualidad de posiciones y no de dualidad de partes, pues si bien es ineludible la existencia de dos posiciones para que el proceso pueda desarrollarse, puede haber en el mismo más de dos partes.

b') Contradicción o audiencia

El proceso seguido ante el TEDH, obviamente, debe desarrollarse con todas las garantías para las partes que en él intervengan. Así, por ejemplo, es preciso dar al demandado la posibilidad de conocer las alegaciones y peticiones formuladas por el demandante. Por este motivo, todas las partes procesales deben conocer y poder contradecir, todos los materiales de hecho y de Derecho que puedan influir en la decisión judicial. En definitiva, de igual manera que por exigencias constitucionales se sostiene que los procesos seguidos ante los tribunales de un Estado deben desarrollarse con todas las garantías, lo mismo debe decirse del proceso que se siga ante el TEDH. El CEDH y el RTEDH así lo evidencian.

c') Igualdad

Todas las partes en el proceso seguido ante el TEDH deben actuar teniendo las mismas posibilidades procesales de actuación. Así, por ejemplo, no sería razonable que el Estado demandado,

tuviera unas prerrogativas o privilegios que el particular demandante no tuviera.

d') Principio dispositivo

El proceso seguido ante el TEDH es un proceso en el que está en juego un interés público: garantizar el debido respeto a los derechos y libertades fundamentales en el seno de la CE. Sin embargo, a pesar de ese interés implicado, el CEDH estructura el proceso seguido ante el TEDH sobre la base del principio dispositivo, si bien de no de manera plena. En este sentido, el artículo 39.1 CEDH permite que "en cualquier fase del procedimiento, el Tribunal podrá ponerse a disposición de las partes interesadas para conseguir una transacción sobre el asunto inspirándose para ello en el respeto a los derechos humanos tal como los reconocen el Convenio y sus Protocolos". ²⁶¹

También es posible que el procedimiento pueda terminar por desistimiento, tal y como se desprende de lo previsto en el artículo 37.1 a) CEDH.²⁶²

5. PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO

A) Forma de las actuaciones

La fase de enjuiciamiento propiamente dicha, está estructurada sobre la base del principio de oralidad. No ocurre lo mismo, con la fase previa, que es escrita.²⁶³

- 261 Sobre este arreglo amistoso, Sánchez Legido, A., La reforma del mecanismo de protección del Convenio..., cit. págs. 242-246.
- 262 Ese art. dispone que en cualquier momento del procedimiento el Tribunal podrá decidir cancelar una demanda del registro de entrada cuando las circunstancias permitan comprobar "que el demandante ya no está dispuesto a mantenerla".
 - Sobre estas consideraciones en doctrina, Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 839.
- 263 Al respecto, Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 875 afirma que "con sus lógicas excepciones, es posible afirmar que el principio de escritura rige en la fase de instrucción, que comprende la de iniciación y de admisibilidad, en la que las partes se relacionan

B) Idioma

El artículo 12 ECE dispone que los idiomas oficiales del Consejo sean el francés y el inglés. Pues bien, estas lenguas son las que también son oficiales en el proceso seguido ante el TEDH (art. 34.1 RTEDH). No obstante, en la fase inicial del procedimiento hasta que se dicte la resolución sobre la admisibilidad de la demanda, la comunicación con el demandante y las observaciones que haga, pueden realizarse en inglés o francés o en cualquiera de las lenguas oficiales de un Estado parte²⁶⁴ (art. 34.2 RTEDH). Admitida la demanda, las actuaciones del actor deben realizarse en cualquiera de los dos idiomas oficiales, salvo que el presidente de la Sala autorice a "continuar utilizando la lengua oficial de una Parte Contratante".²⁶⁵

Si nos referimos a las actuaciones de los Estados parte que hayan sido demandados, éstas deben llevarse a cabo en alguna de las dos lenguas oficiales.

C) Publicidad

En la fase inicial del procedimiento, como norma general, rige el principio de publicidad. Así se desprende del artículo 40.2 CEDH en el que se dispone que "los documentos depositados en la Secretaría serán accesibles al público, a menos que el Presidente del Tribunal decida de otro modo. ²⁶⁶ En lo que se refiere a la fase de enjuiciamiento propiamente dicha, el artículo 40.1 CEDH dispone que "la vista es pública, a menos que el Tribunal decida otra cosa por circunstancias excepcionales". ²⁶⁷

con el Tribunal a través de escritos (demanda del actor, observaciones y memoria de las partes, informes del Juez Ponente, resoluciones del Tribunal). Superada dicha barrera, la fase de enjuiciamiento está inspirada por el principio de oralidad (Capítulo VI del RTEDH rubricado <De la Vista>)".

- 264 Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 876.
- 265 Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág. 876.
- 266 Estos aspectos son desarrollados en el art. 33 RETDH.
- 267 En este sentido, Morenilla Allard, P., Los derechos fundamentales... (con Gimeno Sendra, V.; Torres Del Moral, A.; Díaz Martínez, M.), cit. pág.

6. Bibliografía

- ANGOITIA GOROSTIAGA, V.; LASAGABASTER HERRARTE, I., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009.
- ARRESE IRIONDO, M. N., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009.
- CASSIN, R., La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'homme. Recueil des Cours de l'Academie de Droit International vol. 79, 1951-II.
- DÍAZ BARRADO, C. M., El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: órgano garante de los derechos humanos en Europa. Diario La Ley, núm. 7075, 2008.
- ESPARZA LEIBAR, I.; ETXEBARRIA GURIDI, F., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009.
- GAMBINO, S., La protección de los derechos fundamentales: el parámetro de los principios y de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Revista de Derecho constitucional europeo, núm. 8, 2007.
- GARCÍA URETA, A., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009.
- GIMENO SENDRA, J. V., La experiencia de los "juicios de Nüremberg" y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional. La Ley: Re-

⁸⁷⁵ sostiene que "excepcionalmente, el acceso a la sala de audiencia podrá prohibirse para la prensa y el público en los mismos casos previstos en el art. 6.1 CEDH (protección de los valores o intereses de la sociedad, de los menores o de la vida privada de las personas)".

- vista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 1, 1998.
- KOTZUR, M., El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos: un actor regional al servicio de los derechos humanos universales. Anuario de justicia constitucional, núm. 16, 2012.
- LANDA GOROSTIZA, J. M.; GARRO CARRERA, E., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009.
- LAZCANO BROTÓNS, I., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009.
- LINDE, E.; ORTEGA, L. I.; SÁNCHEZ MORÓN, M., El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., coordinador). Civitas, Madrid, 1979.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europea. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006.
- MORENILLA ALLARD, P., Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional (con GIMENO SENDRA, V.; TORRES DEL MORAL, A.; DÍAZ MARTÍNEZ, M.). Colex, Madrid 2007.
- ORTELLS RAMOS, M., Introducción al Derecho Procesal (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L. A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi, 2015, 5ª edición.
- RIPOL CARULLA, S., El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español. Atelier, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ, A., Integración europea y derechos fundamentales. Civitas. Madrid. 2001.

- ROLLNERT LIERN, G., El protocolo nº11 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo? Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadriuque Furió Ceriol, núm. 13, 1995.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., La reforma del mecanismo de protección del Convenio europeo de derechos humanos. Colex 1995.
- SANTAMARÍA ARINAS, R., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009.
- SARASOLA GORRITI, S., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009.
- URRUTIA LIBARONA, Í., Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático (AAVV), LASAGABASTER HERRARTE, I., director. Segunda edición. Civitas. Thomson Aranzadi 2009.

Nuevas vías para la protección colectiva de derechos ante el tribunal europeo de derechos humanos²⁶⁸*

I. Introducción

En el presente trabajo pretendemos prestar atención a las nuevas vías de tutela colectiva de derechos humanos que se van abriendo paso en el sistema europeo de protección de este tipo de derechos.

En concreto, el TEDH ha ido evolucionando en su jurisprudencia en lo relativo a la concreción de las medidas generales que pueden imponerse al Estado condenado. Y por otro lado, se ha ido consolidando la figura de las sentencias piloto, con las que pretende darse respuesta a violaciones colectivas de derechos humanos.

No obstante, antes de analizar estos dos mecanismos, creemos interesante hacer referencia al origen y características del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Posteriormente, prestaremos atención a los dos supuestos a los que nos hemos referido.

II. Crisis del modelo clásico de justicia

La II guerra mundial y los hechos y circunstancias que la desencadenaron, provocaron la crisis del modelo clásico de Justicia. Una jurisdicción limitada a las fronteras de los diferentes Estados, se había manifestado claramente insuficiente para dar una respuesta adecuada a las graves violaciones de los derechos humanos que se produjeron, antes y durante el desarrollo del conflicto bélico.

268 * El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación número de referencia.

Ponencia presentada en el V Congreso Panameño de Derecho Procesal Constitucional, celebrado en la ciudad de Panamá, los días 20, 21 y 22 de julio de 2016.

El modelo de Justicia liberal decimonónica se caracterizó por limitar el ámbito de actuación jurisdiccional, a dos esferas: la penal –circunscrita al ámbito territorial de cada Estado–; y la del Derecho privado. Es decir, el papel de la Justicia quedaba limitado a imponer las penas por delito, así como resolver los conflictos de intereses en materia civil o mercantil.²⁶⁹

No se concebía que la Administración pública pudiera estar sometida a control jurisdiccional, ni tampoco, se admitía que las disposiciones del parlamento pudieran ser sometidas a control jurisdiccional de constitucionalidad. ²⁷⁰ A ello hay que sumar que los jueces y magistrados permanecían de espaldas a la protección de los derechos humanos.

El conflicto bélico al que nos referimos, evidenció que el modelo de Justicia que hemos descrito era claramente insuficiente para poder llevar a cabo la reconstrucción jurídica y política de Europa. Y sobre todo, ahora sí, cuando empiezan a introducirse con mayor fuerza los regímenes democráticos en Europa, era preciso reordenar el papel de los diferentes poderes del Estado. En defi-

269 Esta distribución descansa en la teoría de la división de la teoría de la división de poderse formulada por Montesquieu, C. L., *El espíritu de las leyes*. Ediciones Istmo 2002.

Es verdad que esta teoría se formuló con el objeto de repartir el poder y garantizar la libertad. Para ello, era preciso despojar al monarca del poder absoluto y repartirlo. El reparto se pretendía llevar a cabo de la siguiente manera: el poder ejecutivo quedaba en manos del monarca y su gobierno; el poder legislativo, en manos de la burguesía que estaría representada en el parlamento, y el poder judicial, en manos del pueblo que actuaría a través de tribunales ocasionales que se constituirán para el enjuiciamiento de hechos criminales y para la resolución de controversias privadas (Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.). Aranzadi, 4ª edición, 2014, pág. 80.

270 Hay que esperar a principios del siglo XX para que tengan lugar las primeras discusiones teóricas sobre los aspectos relativos a control de constitucionalidad de las leyes. En las mismas, encontramos dos posiciones claramente diferenciadas. Véase, Schmitt, C., La defensa de la Constitución. Tecnos, Madrid 1983, págs. 225-250; Kelsen, H., La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Universidad Nacional Autónoma de México (Tamayo Y Salmorán, R., traductor), México 2001, págs. 55-56.

nitiva, se adquiere conciencia de que los jueces no deben permanecer al margen del juego político. Comienza así el largo camino para someter a control jurisdiccional los actos de la Administración pública. Y por otro lado, comienza extenderse el modelo de control jurisdiccional de constitucionalidad que muy tímidamente se había ensayado en el periodo de entreguerras en algunos países como Austria, Checoslovaquia, o España.

Sin embargo, en el ámbito de los derechos humanos, era preciso adquirir conciencia de que pertenece al núcleo duro e irreductible de la labor jurisdiccional, proteger los derechos fundamentales en caso de violación. Y no solo eso, sino que además, era preciso superar los límites territoriales de los Estados. Este planteamiento llevó la concienciación de que era preciso articular algún mecanismo supranacional para la protección de los derechos fundamentales. Se pretendía ir más allá del límite territorial de las fronteras nacionales, para fijar un verdadero mecanismo supranacional de protección de los derechos.²⁷¹

III. El Consejo de Europa como institución para el reconocimiento y protección de los derechos humanos

A) ORIGEN

En el contexto a que nos referimos, fueron esenciales las labores que se llevaron a cabo para la creación del CE, cuyo Estatuto está hecho en Londres el 5 de mayo de 1949.

El 5 de mayo de 1949, en Londres, tuvo lugar la firma del tratado constitutivo del CE. Son diez los países que lo firmaron: los Reinos de Bélgica, Dinamarca; Países Bajos; Noruega; Suecia y Gran Bretaña e Irlanda del Norte, así como las Repúblicas fran-

271 Sobre la gestación de este planteamiento, Linde, E.; Ortega, L. I.; Sánchez Morón, M., El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (García De Enterría, E., coordinador). Civitas, Madrid, 1979, págs. 55-64; Casadevall J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, págs. 25-26.

cesa, irlandesa y el Gran Ducado de Luxemburgo. A día de hoy, son un total de cuarenta y siete países europeos los que forman parte del CE.²⁷²

Como órgano del CE se encuentra el TEDH. Son muchos los aspectos que pueden tratarse de dicho órgano jurisdiccional. Así, por ejemplo, podría ser objeto de estudio los principios sobre la base de los cuales se estructura el proceso seguido ante el mismo, ²⁷³ o los aspectos relativos a los medios de impugnación que proceden. ²⁷⁴ Sin embargo, en este trabajo vamos a centrarnos, sobre todo, en los aspectos relativos a las sentencias que emite el Tribunal con el objeto de tutelar colectivamente derechos humanos.

B) Notas estructurales del TEDH

a) Tribunal permanente

El hecho de que nos encontremos ante un Tribunal permanente, es un presupuesto esencial para que se respeten las exigencias derivadas del necesario respeto al derecho a un juez ordinario predeterminado por el ordenamiento jurídico. Nótese, por lo tanto, que no se trata de un Tribunal que se crea *ex post facto*, es decir, para el enjuiciamiento de un hecho cuando éste ya se ha producido. Su carácter permanente permite que se trate de un

- Así, a los diez a los que nos hemos referido anteriormente, hay que sumar los que siguen: Albania, Armenia, Andorra, Austria, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, república Checa, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, república de Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, Rumanía, Federación Rusa, San Marino, Serbia, República eslovaca, Eslovenia, España, Suiza, Macedonia, Turquía y Ucrania. Tienen la condición de Estados observadores, la Santa Sede, Canadá, México, Estados Unidos de Norteamérica, Israel y Japón.
- 273 Sobre los mismos, Cucarella Galiana, L.A., Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Constitucional (Velandia Canosa, E. A., dir.), con otros. Universidad de Santo Tomás. Legis, Colombia 2015, págs. 181-203.
- 274 Al respecto, Cucarella Galiana, L. A., Recursos y medios de impugnación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Constitucional (Velandia Canosa, E. A., dir. científico), con otros. VC editores, Legis. Colombia 2014, págs. 739-762.

órgano que preexiste a los asuntos que va a juzgar. Nos encontramos, por lo tanto, ante un tribunal que no puede ser considerado como de excepción.

b) Jurisdicción supranacional

El TEDH es un órgano que se constituye en el ámbito del CEDH y que por lo tanto, tiene el carácter de supranacional.

c) Funciones jurisdiccionales declarativas

De entrada, el hecho de que el CEDH denomine a este órgano como "tribunal", sumado al hecho de que, se refiera a los integrantes del mismo como "jueces", pone de relieve el carácter jurisdiccional del órgano. Ahora bien, no basta con la denominación que se le dé, o las palabras que se utilicen, sino que debemos constatar si al TEDH se le atribuyen verdaderas funciones jurisdiccionales. Para resolver esta cuestión, debe tenerse presente el artículo 32 CEDH que dispone que "la competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidas en las condiciones previstas en los arts. 33, 34, 46 y 47". La integración de los citados artículos, evidencia cuáles son las funciones del TEDH. Así, conoce de las demandas que den origen a un proceso declarativo por violación de derechos fundamentales. 275 Dicha demanda puede presentarla cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares "que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos" (art. 34 CEDH²⁷⁶).

Se trata efectivamente, de una actuación del TEDH en la que se "juzga" si ha habido una violación de un derecho reconocido en el CEDH o sus protocolos. La actuación del Tribunal es con desinterés objetivo, es decir, actuando por vía de heterotutela, y con eficacia de cosa juzgada, ya que sus decisiones no son revisadas por ninguna otra instancia nacional o supranacional. Es el de-

²⁷⁵ Sobre esta competencia, Sánchez Legido, A., La reforma del mecanismo de protección del Convenio europeo de derechos humanos. Colex 1995, págs. 175-179.

²⁷⁶ Esta disposición añade que "las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho".

mandante el que determina subjetivamente el proceso y el que lo dota de objeto. Por lo tanto, cuando el asunto llega al TEDH, éste es ajeno a la cuestión sobre la que juzga. No se trata, por lo tanto, de un órgano administrativo que por vía de autotutela imponga su decisión.²⁷⁷

d) La función del TEDH no se extiende a la actividad ejecutiva

Si se presta atención al artículo 46.1 CEDH, se constata que las "las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes". Y el apartado 2 añade que "la sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución". Nótese que el TEDH carece de instrumentos coercitivos para poder exigir, por la fuerza, el cumplimiento de sus decisiones. Es decir, se atribuye al Tribunal la competencia para poder "juzgar", pero no para poder "ejecutar lo juzgado". Es el Comité de Ministros, el que de acuerdo con las funciones que tiene atribuidas, debe velar por la ejecución de las sentencias. Sin embargo, la ejecución forzosa queda en manos del Estado condenado, así como la elección de los medios idóneos para dar cumplimiento a la sentencia, tal y como analizamos más adelante.

- 277 Existen posiciones doctrinales que sostienen que el TEDH, en ocasiones, acaba actuando como un verdadero tribunal constitucional europeo. En este sentido, Rodríguez, A., Integración europea y derechos fundamentales. Civitas 2001, págs. 121-122; Rollnert Liern, G., El protocolo nº 11 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo? Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadriuque Furió Ceriol, núm. 13, 1995, págs. 239-257.
- 278 El art. 46.3 CEDH añade que "cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá remitir el asunto al Tribunal con el objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de remisión al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité".

V. Medidas generales impuestas en sentencia y la tutela indirecta de intereses difusos

A) PLANTEAMIENTO GENERAL

Anteriormente hemos señalado que en la jurisprudencia del TEDH, se deja en manos del Estado condenado la elección del medio particular o general para logar la restitutio in integrum. Curiosamente, este planteamiento también lo encontramos en pronunciamientos en los que el TEDH ha constatado que la violación del derecho humano viene determinada por la aplicación de una norma nacional de rango constitucional. Como en cualquier otro caso en que hay una norma que provoca la violación de un derecho, si se constatara dicha situación, lo razonable sería que el TEDH condenara al Estado parte a reformar o derogar dicha disposición normativa. Sin embargo, el TEDH no se ha atrevido a llegar a ese extremo. Es por ello, por lo que el Estado condenado decide libremente si modifica o no su texto constitucional para adecuarlo al CEDH. Desde nuestro punto de vista, ésta es una gravísima carencia del sistema europeo. No entendemos cómo el TEDH solamente puede limitarse condenar por violación, sin que pueda exigir al Estado que modifique su ordenamiento interno.

B) CASO DEMICOLI CONTRA MALTA

Este caso lo encontramos en la STEDH de 27 de agosto de 1991.²⁷⁹ En concreto, Demicoli era el redactor jefe una revista política satírica de Malta. En su día, publicó un artículo satírico contra unos diputados. El artículo 34 de la Constitución de Malta permitía que el Parlamento pudiera juzgar e imponer penas de reclusión y multas a quien ultrajara al Parlamento.

Demicoli fue juzgado ante el Parlamento y se le impuso una pena de multa. El TEDH entendió que se había vulnerado el artículo 6.1 CEDH, al no haber sido juzgado y condenado por un tribunal independiente e imparcial. En este sentido, afirma:

"En este caso, la Cámara de Representantes ejerció sin duda una función jurisdiccional resolviendo sobre la culpabilidad del demandante. La clave consiste en saber si se cumplió con la exigencia de imparcialidad. A efectos del artículo 6.1, ésta se aprecia subjetivamente, basándose en la convicción o el interés personales de un juez concreto en una situación concreta, y objetivamente determinando si ofrece las garantías suficientes para excluir a este respecto toda duda legítima. En la propia materia las apariencias pueden ser importantes, sobre todo en lo penal (ver, entre otras, la Sentencia Hauschildt de 24 mayo 1989 [TEDH 1989, 8], serie A núm. 154, pg. 21, ap. 46-48).

Los dos diputados cuyo comportamiento en el Parlamento criticaba el artículo enjuiciado, y que denunciaron a la Cámara un atentado contra los privilegios (apartado 11 supra), participaron en el procedimiento dirigido contra el acusado, incluida la constatación de culpabilidad y –salvo uno de ellos, que falleció en el intervalo– la fijación de la pena.

Por este motivo, la imparcialidad del órgano de decisión está sujeta a caución y se justifican en la materia los temores del señor Demicoli (Sentencia Hauschildt, previamente citada, serie A núm. 154, pg. 23, ap. 52".

Entre otros aspectos, el demandante solicitó que el TEDH se pronunciarse sobre la necesidad de reformar la Constitución maltesa en relación con los privilegios o prerrogativas del Parlamento. El TEDH, en la línea que hemos señalado más arriba, sostuvo que el CEDH no le permitía realizar dicha condena. Así en el párr. 45 afirma:

"El demandante solicita al Tribunal que obtenga, con ayuda del Gobierno, el voto en el Parlamento de una resolución revocando las que le declararon culpable y condenaron a una multa, la derogación del artículo 11.1k por vía de enmienda a la ordenanza y la supresión, en la Constitución maltesa, de toda referencia a las diligencias por atentado a los privilegios. El Gobierno se opone a ello.

El Tribunal señala que el Convenio no le habilita a admitir esta solicitud. Recuerda que es al Estado a quien corresponde esco-

ger los medios a utilizar en su orden jurídico interno para reparar una situación que ha llevado consigo una violación (ver, mutatis mutandis, la Sentencia Zanghi de 19 febrero 1991 [TEDH 1991, 21], serie A núm. 194-C, pg. 48, ap. 26)".

No obstante, la sentencia, de manera indirecta, acabó provocando una reforma constitucional.²⁸⁰

En el tema que nos ocupa, Demicoli era víctima directa de la violación y por ello, tenía legitimación activa para acudir ante el TEDH. Él fue el condenado por el Parlamento maltés y por lo tanto, tenía legitimación activa para poder presentar la demandada de amparo ante el TEDH. Con su demanda, indirectamente, consiguió que se modificara la Constitución y por lo tanto, se evitaron nuevas violaciones del mismo derecho.

C) Caso Sejdic et Finci contra Herzegovina

El caso al que nos referimos lo encontramos en la STEDH (Gran Sala) de 22 de diciembre de 2009, ²⁸¹ y es un ejemplo en el que el Tribunal declara que un precepto de la Constitución de una nación no cumple con el nivel de protección del CEDH.

En concreto, la demanda ante el TEDH la presentaron el señor Sedjic, de origen romaní, y el señor Finci, de origen judío, contra el Estado de Bosnia-Herzegovina. La demanda se fundamentaba en el hecho de que estas personas, atendida la etnia a la que pertenecían, no podían concurrir a las elecciones de la Cámara de los Pueblos y a las elecciones presidenciales en el país indicado.

280 Véase en este sentido, Casadevall, J., El Convenio europeo de derechos humanos..., cit. pág. 115, nota 147.

Consideraciones semejantes podemos hacer si prestamos atención a la sentencia de 28 de octubre de 1998, caso Çiraklar contra Turquía (BDAW TEDH 1998\100). Esta sentencia acabó provocando, también de manera indirecta, la reforma de la constitución de Turquía en relación con la composición de los Tribunales de Seguridad del Estado. Se concedió el amparo porque un juez militar juzgó a un civil por haber participado en una manifestación en la vía pública no autorizada previamente y haber hecho uso de la violencia contra las fuerzas del orden.

En doctrina, Casadevall, J., El Convenio europeo de derechos humanos..., cit. pág. 115, nota 147.

281 BDAW TEDH JUR\2009\493814.

La prohibición de intervención tiene su fundamento en la misma Constitución política de Bosnia-Herzegovina. Dicha Constitución establece una clara distinción entre los "pueblos constituyentes" y los "otros" pueblos. En concreto, entre los primeros, se incluyen a las personas que pertenecen al grupo de los bosniacos, al de los croatas o al de los serbios. Los "otros" son los miembros de cualesquiera otras minorías étnicas y personas que declaran que no pertenecen a ningún grupo en particular, por ejemplo, porque han contraído matrimonio con una persona de otro origen étnico, o porque los padres son de origen étnico distinto, o por otras razones. Los demandantes pertenecían a dicha categoría de "otros" grupos étnicos.

Para comprender adecuadamente esta distinción y clasificación en grupos étnicos, debe tenerse presente que en la antigua Yugoslavia, la pertenencia a un grupo étnico era decidida por las mismas personas, en virtud de un "sistema de autoclasificación". ²⁸² Como indica el TEDH en los antecedentes del caso, "no se requería el cumplimiento de ningún criterio objetivo, como el conocimiento de una lengua determinada o la pertenencia a una religión concreta. Tampoco se requería la aceptación por los demás miembros del grupo étnico en cuestión". Este sistema de autoclasificación es el que hereda Bosnia-Herzegovina. De esta manera, los demandantes que afirmaban ser de étnica romaní y de etnia judía quedaban excluidos de los grupos constituyentes.

El TEDH reconoce que se buscaba el restablecimiento de la paz en el momento en que se aprueba la texto constitucional como anexo al Acuerdo Marco General para la Paz en Bosnia-Herzegovina (Acuerdo de Paz de Dayton), aprobado en Dayton el 21 de noviembre de 1995²⁸³ (párr. 45²⁸⁴).

- 282 Véase la STEDH, circunstancias del caso, párr. 11.
- 283 Debe tenerse presente, como subraya el TEDH en el párr. 6 de los hechos de la sentencia, que "la Constitución fue redactada y aprobada sin que se aplicaran los procedimientos que habrían podido conferirle la legitimidad democrática. Negociada y publicada en una lengua extranjera, el inglés, representa el único caso de Constitución que nunca ha sido publicada formalmente en las lenguas oficiales del país en cuestión".
- 284 "Volviendo al presente caso, el Tribunal señala que para poder concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina es necesario declarar la pertenencia a uno de los «pueblos constituyentes». Los demandantes que manifiestan ser de origen romaní y

Sin embargo, el TEDH considera que la diferencia de trato y la exclusión del sufragio pasivo a los "otros" ciudadanos, supone una clara violación del derecho reconocido en el artículo 14 del CEDH. En la línea de lo que hemos indicado, el TEDH no condenó al Estado a modificar su texto constitucional, sino simplemente, a indemnizar a los demandados. En concreto, 1.000 euros de indemnización en favor del primero de los demandantes, y 20.000 euros, a favor del segundo. El concreto de los demandantes, y 20.000 euros, a favor del segundo.

judío, respectivamente, y que no declaran pertenecer a ningún «pueblo constituyente», carecen pues de esta posibilidad (apartado 11 supra). El Tribunal señala que esta regla de exclusión perseguía al menos un fin globalmente compatible con los objetivos generales del Convenio reflejados en su Preámbulo, el restablecimiento de la paz. Cuando se adoptaron las disposiciones constitucionales enjuiciadas, imperaba en el país un frágil alto el fuego. Las disposiciones en cuestión pretendían poner fin a un conflicto brutal marcado por actos de genocidio y de «depuración étnica». La naturaleza del conflicto era tal que era necesaria la aprobación de los «pueblos constituyentes» (bosníacos, croatas y serbios) para garantizar la paz. Ello explica, sin necesariamente justificarla, la ausencia de representantes de las otras comunidades (especialmente las comunidades romaní y judía locales) en las negociaciones de paz y el deseo de los negociadores de velar por la igualdad efectiva entre los «pueblos constituyentes» en la sociedad post-conflicto".

- 285 Sobre esta sentencia y su análisis, Kucukalic Ibrahimovic, E., El lugar de "los Otros" en la Constitución de Bosnia y Herzegovina. La representación constitucional de las minorías y sus consecuencias sobre los derechos individuales, en Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núms. 67-68, 2009, págs. 135-152.
- 286 Así, se prestamos atención al fallo de la sentencia podremos ver que el TEDH "1. Decide, por unanimidad, acumular las demandas;
 - 2. Declara admisibles, por mayoría, las quejas principales relativas a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia-Herzegovina;
 - 3. Declara admisibles, por unanimidad, las quejas principales relativas a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones presidenciales de Bosnia-Herzegovina;
 - 4. Declara, por unanimidad, admisible el resto de las demandas;
 - 5. Declara, por catorce votos contra tres, que ha habido violación del artículo 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo núm. 1, en lo referente a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia-Herzegovina;

En este caso, de nuevo, la legitimación activa la ostentan determinadas personas que tenían la condición de víctimas directas de una violación. Sin embargo, si el TEDH hubiera condenado al Estado demandado a modificar su Constitución, indirectamente se hubieran protegido los intereses de cualquier otra persona perteneciente a las otras etnias no constituyentes, las cuales, podrían haber concurrido al proceso electoral.

El hecho de que la Constitución política de Bosnia Herzegovina no fuera objeto de modificación para acomodarlo al sistema europeo de protección de los derechos humanos, posibilitó, unos años después, que el TEDH volviera a pronunciarse sobre un asunto semejante, fundado en la misma violación.

- 6. Declara, por unanimidad, que no ha lugar a examinar la misma queja desde el punto de vista del artículo 3 del Protocolo núm. 1 considerado aisladamente o del artículo 1 del Protocolo núm. 12;
- 7. Declara, por dieciséis votos contra uno, que ha habido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 12 en lo referente a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones presidenciales de Bosnia-Herzegovina;
- 8. Declara, por unanimidad, que la constatación de violación constituye en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por todo el daño moral que pudieran haber sufrido los demandantes.

9. Declara

- a) Por dieciséis votos contra uno, que el Estado demandado deberá abonar al primer demandante, dentro del plazo de tres meses, 1.000 EUR (mil euros) en concepto de gastos y costas, cantidad a convertir en marcos convertibles al cambio aplicable en el momento del pago, más las cargas fiscales correspondientes
- b) Por quince votos contra dos, que el Estado demandado deberá abonar al segundo demandante, dentro del plazo de tres meses, 20.000 EUR (veinte mil euros) en concepto de gastos y costas, cantidad a convertir en marcos convertibles al cambio aplicable en el momento del pago, más las cargas fiscales correspondientes;
- c) Por unanimidad, que estas sumas se verán incrementadas por un interés simple anual equivalente al tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco central europeo incrementado en tres puntos a partir de la expiración del antedicho plazo de tres meses y hasta el pago;
- 10. Rechaza, por unanimidad, el resto de la solicitud de indemnización del segundo demandante".

D) Caso Zornic contra Bosnia Herzegovina

La STEDH de 15 de julio de 2014,²⁸⁷ evidencia cómo la actuación de un determinado miembro de un grupo o colectivo afectado por una disposición constitucional violatoria de derechos humanos, puede conseguir un pronunciamiento del TEDH que beneficie de manera indirecta a otras personas.

La demanda ante el TEDH que dio origen a esta sentencia, fue presentada por una ciudadana bosnia-herzegovina, que no se adscribió a ninguno de los pueblos constituyentes de dicho país. Por lo tanto, fue excluida de la participación en el proceso electoral a la presidencia y a la casa del pueblo. En esta sentencia, el TEDH reconoce que el pronunciamiento que en su día dictó en la sentencia del caso Sejdic y Finci, implicaba que el Estado condenado adoptara medidas que acabaran protegiendo a todas las personas que se encontraban en la misma situación que los demandantes. Así se pronuncia en el párr. 39 de la sentencia:

"El Tribunal recuerda que el artículo 46 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572), interpretado a la luz del artículo 1, impone al Estado demandado la obligación legal de aplicar, bajo la supervisión del Comité de Ministros, medidas adecuadas generales y/o individuales para garantizar el derecho del demandante que el Tribunal ha considerado violado. Dichas medidas deben ser tomadas también respecto del resto de personas en la situación del demandante, en especial solventando los problemas que han llevado a las conclusiones del Tribunal (véase Scozzari y Giunta contra Italia [GS] [TEDH 2000, 391], núms. 39221/98 y 41963/98, ap. 249, TEDH 2000 VIII; Karanović contra Bosnia-Herzegovina, núm. 39462/03, ap. 28, 20 de noviembre de 2007 [JUR 2007, 334165]; Colić y otros contra Bosnia-Herzegovina, núms. 1218/07 v otros, ap. 17, 10 de noviembre de 2009 [JUR 2009, 448860]; Burdov contra Rusia (núm. 2) [JUR 2009, 123], núm. 33509/04, ap. 125, TEDH 2009 ...; y Greens y M.T. contra el Reino Unido [JUR 2010, 382394], núms. 60041/08 y 60054/08, ap. 106, TEDH 2010 (extractos)".

En el párr. 41 hace referencia a las medidas de ejecución forzosa que deberían haberse adoptado en relación con la anterior sentencia que hubieran evitado que se repitiera una demanda ante el TEDH. En concreto, reconoce, que de acuerdo con lo fijado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, debería haberse procedido a realizar una reforma constitucional en dicho país. Así afirma:

"Conforme al artículo 46.2, Sejdić y Finci está actualmente bajo la supervisión del Comité de Ministros, quien ha examinado regularmente los desarrollos internos y busca un rápido final a la situación de incumplimiento. Siempre ha considerado que deberían adoptarse una serie de enmiendas a la Constitución de Bosnia-Herzegovina y a la legislación electoral para la ejecución de la presente sentencia. El Comité de Ministros aprobó tres resoluciones provisionales instando a las autoridades de Bosnia-Herzegovina a tomar todas las medidas necesarias para la plena ejecución de esa sentencia mediante la adopción de medidas encaminadas a eliminar la discriminación contra quienes no están afiliados con un pueblo constituyente para poder presentarse a las elecciones a la Casa del Pueblo y a la Presidencia de Bosnia-Herzegovina y establecer la conformidad de su Constitución y de su legislación electoral conforme a los requisitos del Convenio sin más dilación (véase el apartado 12: Ver también las resoluciones núms. 1701 (2010), 1725 (2010) y 1855 (2012) y Recomendación núm. 2025 (2013) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa). En su tercera resolución en particular el Comité de Ministros hace un llamamiento al Estado demandado "a garantizar inmediatamente que el marco legislativo y constitucional sea conforme con los requisitos del Convenio y que por tanto las elecciones de octubre de 2014 se celebren sin ninguna discriminación contra aquellos ciudadanos que no estén afiliados con ninguno de los "pueblos constituyentes" (véase apartado 12)".

Y con ello, en el párrafo 43 llega a la conclusión de que Bosnia-Herzegovina debe proceder a modificar su constitución política para acomodarla al CEDH. En concreto, afirma: "En Sejdić y Finci el Tribunal observó que cuando se establecieron las disposiciones constitucionales impugnadas estaba en vigor un muy frágil alto el fuego y que las disposiciones fueron diseñadas para poner fin a un brutal conflicto marcado por el genocidio y la "limpieza étnica" (véase ibíd., ap. 45). La naturaleza del conflicto era tal que la aprobación de los "pueblos constituyentes" se hacía necesaria para garantizar la paz (ibíd.). No obstante, ahora, más de dieciocho años después del final del trágico conflicto, ya no existiría ninguna razón para el mantenimiento de las controvertidas disposiciones constitucionales. El Tribunal espera que los acuerdos democráticos se realicen sin demora. Habida cuenta de la necesidad de garantizar la efectiva democracia política, el Tribunal considera que ha llegado el momento de un sistema político que proporcione a todos los ciudadanos de Bosnia-Herzegovina el derecho a presentarse a las elecciones a la Presidencia y a la Casa del Pueblo de Bosnia-Herzegovina sin discriminación basada en la pertenencia étnica y sin otorgar derechos especiales a los pueblos constituyentes excluyendo a las minorías o a los ciudadanos de Bosnia-Herzegovina".

Nótese que el TEDH no se pronuncia expresamente sobre la obligación del Estado demandado de modificar su Constitución. Sin embargo, puede apreciarse un ligero cambio en su jurisprudencia, pues expresamente indica que es hora de que Bosnia Herzegovina modifique su texto constitucional, habida cuenta de que las circunstancias políticas han cambiado desde el fin de la guerra. Desde nuestro punto de vista, supone un paso adelante en relación con la posibilidad de que una persona directamente afectada por una disposición constitucional, pueda conseguir un pronunciamiento del TEDH que acabe beneficiando a otras personas que potencialmente podrían sufrir una lesión en su derecho.

VI. La sentencia piloto

El segundo mecanismo procesal de protección colectiva de derechos humanos es el de la sentencia piloto. En concreto, el Comité de Ministros, en su sesión de 12 de mayo de 2004, adoptó una resolución en virtud de la cual invitaba al TEDH, cuando cono-

ciera de las demandas de amparo, a identificar, cuando fuera posible, el problema estructural subyacente. Esta invitación se efectuó, sobre todo, cuando se tratara de problemas que pudieran dar origen a numerosas demandas, y con el objetivo de ayudar a los Estados parte a buscar una solución adecuada a dicho problema, y su vez, facilitar la labor de control del cumplimiento, por parte del Comité de Ministros.²⁸⁸

El Reglamento del TEDH, en su artículo 61 contempla la posibilidad de dictar estas sentencias piloto. El TEDH ha entendido que las mismas se pueden dictar cuando se trata de supuestos de violaciones repetitivas y a gran escala, ocasionadas por "carencias o disfunciones estructurales y sistemáticas en el orden jurisdiccional de ciertos Estados". ²⁸⁹ Se trata de introducir una medida de lucha contra la saturación del Tribunal, a la vez que evita "repetir una y otra vez el mismo mensaje y de atribuir una satisfacción equitativa caso por caso". ²⁹⁰

De esta manera, el TEDH ha puesto el foco de atención en el artículo 46 CEDH en el que se establece la obligación de acatar las sentencias del Tribunal, en vez de en el artículo 41 CEDH, regulador del arreglo equitativo.

La sentencia pionera en este ámbito fue la STEDH de 22 de junio de 2004, caso Broniowski contra Polonia. ²⁹¹ En esta sentencia se analiza la situación en la que se encontraban los propietarios de bienes inmuebles situados a un lado del río Boug, que debieron abandonar sus propiedades en 1944, tras el fin de la segunda guerra mundial. Esos perjudicados no habían recibido las compensaciones económicas que el Estado se comprometió a darles. ²⁹²

²⁸⁸ Véase, Casadevall, J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos..., cit. pág. 115.

²⁸⁹ Casadevall, J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos..., cit. pág. 116.

²⁹⁰ Casadevall, J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos..., cit. pág. 116.

²⁹¹ BDAW JUR 2004\178964.

²⁹² Véase, Casadevall, J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos..., cit. pág. 116.

La sentencia dictada va más allá del caso individual, en la medida en que podía haber un total de 80.000 personas afectadas.²⁹³ En formación de Gran Sala decide suspender el examen de todas las demás demandas pendientes contra Polonia por la misma causa, a la espera de las decisiones de carácter general que el Estado polaco pueda adoptar a la vista de la sentencia dictada. En concreto, afirma:

- "3. Dit que la violation constatée ci-dessus résulte d'un problème structurel lié au dysfonctionnement de la législation et de la pratique internes occasionné par l'absence d'un mécanisme effectif visant à mettre en œuvre le « droit à être crédité » des demandeurs concernés par des biens abandonnés au-delà du Boug;
- 4. Dit que l'Etat défendeur doit garantir, par des mesures légales et des pratiques administratives appropriées, la mise en œuvre du droit patrimonial en question pour les autres demandeurs concernés par des biens abandonnés au-delà du Boug, ou fournir à ceux-ci en lieu et place un redressement équivalent, conformément aux principes de la protection des droits patrimoniaux énoncés à l'article 1 du Protocole no 1".²⁹⁴
- 293 En este sentido, Casadevall, J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos..., cit. pág. 116, nota 151.
- 294 Tomamos la traducción de la sentencia hecha en Casadevall, J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos..., cit. págs. 116-117, al afirmarse "que la violación constatada resulta de un problema estructural inherente a la disfunción de la legislación y de la práctica internas causado por la falta de un mecanismo efectivo que permita la puesta en práctica del derecho ("droit à être crédité") de los demandantes afectados por bienes abandonados más allá del Boug;
 - 4. Que el Estado demandado debe garantizar, mediante las medidas legales y administrativas apropiadas, la puesta en práctica del derecho patrimonial en cuestión para los demás demandantes afectados por bienes abandonados más allá del Boug o, en su caso, otorgarles el resarcimiento equivalente, de conformidad con los principios de protección de los derechos patrimoniales enunciados en el artículo 1 del Protocolo núm. 1"

Para lograr estos objetivos, el Tribunal concedió a las partes un plazo de seis meses para que lograran un arreglo amistoso.²⁹⁵

En parecidos términos se pronuncia en la STEDH 22 de febrero de 2005, caso Hutten-Czapska contra Polonia, ²⁹⁶ en un supuesto de deficiencias estructurales en el alquiler de viviendas, que podría estar afectando a 100.000 personas. ²⁹⁷ En concreto, dicha disfunción implicaba que lo cobrado en concepto de alquiler fuera insuficiente para cubrir "el mantenimiento de los inmuebles" y el pago de "los impuestos exigidos en concepto de propiedad". ²⁹⁸

La solución adoptada fue la misma. Constatada la violación en la sentencia piloto, se suspendieron las demás causas fijando un plazo para que las partes llegaran a un arreglo amistoso.

También es una sentencia piloto, la STEDH de 22 de diciembre de 2005, caso Xenides-Arestis contra Turquía. ²⁹⁹ En dicha sentencia, el Tribunal reconoce que tiene pendientes unas 1.400 demandas con las que se le plantea el mismo o similar problema. ³⁰⁰ Al respecto, dispone que el Estado demandado "debe poner a disposición de los afectados un remedio efectivo que permita hacer cesar y reparar las violaciones identificadas", fijando un plazo para ello.

En la parte dispositiva de la sentencia se afirma:

"Declarada, por unanimidad, que el Estado demandado deberá introducir una vía de satisfacción que garantice la protección efectiva de los derechos establecidos en los artículos 8 del Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572) y 1 del Protocolo núm. 1 en relación tanto con la presente demanda como con todas las demandas similares que se encuentran pendientes ante el Tribunal. Tal vía de satisfacción deberá estar

- 295 Casadevall, J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos..., cit. pág. 117.
- 296 BDAW JUR 2005\62008.
- 297 Véase, Casadevall, J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos..., cit. pág. 117.
- 298 Casadevall, J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos..., cit. pág. 117.
- 299 BDAW TEDH 2005\138.
- 300 Al respecto, Casadevall, J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos..., cit. pág. 117.

disponible en un plazo de tres meses a partir de la fecha en que esta sentencia sea firme y la reparación deberá hacerse tres meses después".

VII. Bibliografía

- CASADEVALL J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia. Tirant lo Blanch, Valencia 2012.
- CUCARELLA GALIANA, L. A., Recursos y medios de impugnación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Constitucional (VELANDIA CANOSA, E. A., dir. Científico), con otros. VC editores, Legis. Colombia 2014
- Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Constitucional (VELANDIA CANOSA, E. A., dir.), con otros. Universidad de Santo Tomás. Legis, Colombia 2015.
- KELSEN, H., La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Universidad Nacional Autónoma de México (TAMAYO Y SALMORÁN, R., traductor), México 2001.
- KUCUKALIC IBRAHIMOVIC, E., El lugar de "los Otros" en la Constitución de Bosnia y Herzegovina. La representación constitucional de las minorías y sus consecuencias sobre los derechos individuales, en Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núms. 67-68, 2009.
- LINDE, E.; ORTEGA, L. I.; SÁNCHEZ MORÓN, M., El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., coordinador). Civitas, Madrid, 1979.
- MONTESQUIEU, C. L., El espíritu de las leyes. Ediciones Istmo 2002.
- ORTELLS RAMOS, M., Introducción al Derecho Procesal (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi, 4ª edición, 2014.

- SÁNCHEZ LEGIDO, A., La reforma del mecanismo de protección del Convenio europeo de derechos humanos. Colex 1995.
- RODRÍGUEZ, A., Integración europea y derechos fundamentales. Civitas 2001.
- ROLLNERT LIERN, G., El protocolo nº 11 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo? Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadriuque Furió Ceriol, núm. 13, 1995.
- SCHMITT, C., La defensa de la Constitución. Tecnos, Madrid 1983.

Contenido y requisitos de las sentencias y decisiones del tribunal europeo de derechos humanos³⁰¹*

.....

I. Sistema europeo de protección de los derechos humanos

Al término de la II guerra mundial, los diferentes Estados europeos entraron en un proceso de reflexión y revisión de sus ordenamientos jurídicos con el objeto de garantizar una efectiva protección de los derechos fundamentales. Muchas habían sido las violaciones que se habían producido y que condujeron al estallido de la II guerra mundial. Al término de la misma, se adquirió la conciencia de que debían articularse los mecanismos necesarios para que esas violaciones no se repitieran, o en el caso en que tuvieran lugar, que hubiera instrumentos efectivos para la protección y tutela de los derechos de la persona. Son dos, básicamente, los frentes que se abrieron para conseguir ese objetivo: el interno y el supranacional. 100 de sus proteccións de la persona. 100 de supranacional. 100 de supranacional. 100 de sus protectivos para conseguir ese objetivo: el interno y el supranacional. 100 de supranacional. 100 de sus protectivos para conseguir ese objetivo: el interno y el supranacional. 100 de supranacional. 100 de supranacional 100 de supranacio

- 301 *Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derechos Humanos y XVI Jornada Internacional de Derecho Procesal, celebrada los días 12, 13 y 14 de noviembre de 2015, en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, México.
- 302 Véase sobre estas consideraciones, Rodríguez, Ángel, Integración europea y derechos fundamentales. Civitas. Madrid, 2001; Ripol Carulla, Santiago, El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español. Atelier, Barcelona, 2007, pp. 17-20.
- 303 Como indica Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europea.* Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 29, en la que pone de manifiesto la necesidad de limitar el poder de los Estados frente a los diferentes tipos de abusos y violaciones de los derechos que se habían producido.
- 304 Véase sobre estas consideraciones, Cucarella Galiana, Luis-Andrés, La dignidad de la persona, los derechos fundamentales, el nuevo paradigma interno

Es cierto que de acuerdo con la concepción liberal burguesa que había inspirado la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, los jueces estaban llamados a tener muy poca incidencia en el juego político.305 De acuerdo con esta concepción, los jueces débian quedar limitados a resolver los conflictos de derecho privado, y a imponer las penas correspondientes en los casos de realización de conductas delictivas. Quedaba fuera del ámbito de actuación jurisdiccional, por ejemplo, el control de legalidad de los actos de la Administración pública, o el control de constitucionalidad de las normas. Con el tiempo, el papel de la Jurisdicción se dignificó y se equiparó al de los otros dos poderes del Estado en lo que a incidencia en el juego político se refiere. 306 Pues bien, una vez que se consiguen asentar esas ideas, surge inmediatamente a continuación la reflexión de cuál es el papel o la función de la Jurisdicción en un Estado democrático y de Derecho. Y en este sentido, no cabe ninguna duda de que el rol de los jueces es juzgar, entendida esa labor como la de aplicar el Derecho al caso concreto, de manera irrevocable, 307 y por vía de heterotutela. 308 Ahora bien, hay una serie de materias que pertenecen al núcleo duro e irreductible de lo que es labor jurisdiccional, y esa materia está representada, principalmente, por la protección de los derechos fundamentales. 309

Ésta es la razón que lleva a los diferentes textos constitucionales a llevar a cabo una proclamación de los derechos fundamentales, ³¹⁰ surgiendo la necesidad de buscar mecanismos procesales adecua-

y supranacional y las bases del Derecho Procesal Constitucional y el Convencional. Bogotá, Colombia, Doctrina y Ley, 2015, Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional, pp. XIX-XXXVI.

³⁰⁵ Véase sobre estas consideraciones, Cucarella Galiana, Luis-Andrés, Constitución, Jurisdicción y derechos fundamentales, ibídem, pp. 5-12.

³⁰⁶ Cucarella Galiana, Luis-Andrés, ibídem, cit. p. 6.

³⁰⁷ Cucarella Galiana, Luis-Andrés, ibídem, cit. p. 8.

³⁰⁸ Cucarella Galiana, Luis-Andrés, ibídem, cit. pp. 8-9.

³⁰⁹ Ortells Ramos, Manuel, et. al., Introducción al Derecho Procesal. Cizur Menor, 4ª edición, 2014, pp. 133-134.

³¹⁰ En este sentido, Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *op. cit.*, nota 2, p. 31, habla del "compromiso de las Constituciones con los derechos fundamentales".

dos para la protección de dichos derechos. En ese caso, está claro que la Jurisdicción está llamada a proteger los derechos fundamentales en caso de violación. Sin embargo, encontramos en los ordenamientos jurídicos internos europeos, un doble tratamiento.

Por un lado, hay ordenamientos en los que se reforzó el papel de la Jurisdicción ordinaria en la protección de estos derechos, pero sin establecer un mecanismo adicional de protección. Sin embargo, hay otros ordenamientos jurídicos en los que además de implicar a la Jurisdicción ordinaria, se atribuye a la Jurisdicción constitucional la función de conocer de las demandas de amparo o tutela de los derechos fundamentales en caso de violación. ³¹¹ Nos encontramos, de esta manera, con un sistema reforzado de protección de estos derechos. No obstante, debemos subrayar que el recurso a la Jurisdicción constitucional solamente es posible cuando se han agotado todos los procesos o recursos ante la ordinaria. ³¹²

Si prestamos atención al ámbito supranacional, los diferentes Estados de Europa adquirieron conciencia de la necesidad de articular mecanismos realmente efectivos de protección de los derechos fundamentales en el ámbito internacional. De este modo, se concibe la idea de crear una organización supranacional, el Consejo de Europa, en el marco de la cual, se acabó creando el TEDH. Éste es un tribunal permanente, de carácter supranacional, llamado a proteger los derechos y libertades reconocidos en el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y en sus Protocolos adicionales.

- 311 Véase el estudio más completo en Cucarella Galiana, Luis-Andrés, Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo (Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, coord.). México 2014, Sistemas regionales de protección de derechos humanos, pp. 23-44.
- 312 Sobre el sistema europeo de Justicia Constitucional, Cucarella Galiana, Luis-Andrés, Recursos ante los tribunales constitucionales europeos: desafíos históricos (Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, dir. Científico; Carrasco Soulé, Hugo, coord.). México 2013, Reflexiones y desafíos de la Justicia constitucional, pp. 173-196.

II. Delimitación del objeto de estudio

Son muchos los aspectos que pueden ser objeto de estudio relacionados con el sistema europeo de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, es interesante analizar cómo se estructura el proceso seguido ante el TEDH, o cuáles son los principios sobre la base de los cuales intervienen las partes en el proceso. De igual modo, presenta interés concretar los medios de medios de impugnación que proceden contra las sentencias dictadas por este Tribunal. O también, es interesante, concretar cuáles son los principales desafíos que presenta el sistema europeo de protección de los derechos, sobre todo, en lo referente a la ejecución de las sentencias dictadas por el TEDH. Sa la elecución de las sentencias dictadas por el TEDH.

Sin embargo, en esta ponencia vamos a centrarnos en otro aspecto que es igualmente relevante. Nuestro objetivo es analizar las distintas resoluciones que puede dictar el TEDH para poner fin al procedimiento que esté tramitando, concretando los momentos en que pueden dictarse, y a su vez, indicando cuáles son los requisitos y contenido que deben tener.

Para ello, en primer lugar, vamos a establecer los supuestos en que el proceso termina de manera normal o anormal, identificando el tipo de resolución que debe dictarse en ese momento. Al respecto, hay que indicar que las resoluciones que pueden dictarse o bien son sentencias o bien son decisiones. Nuestro primer objetivo fijar con claridad en qué casos se dictan unas u otras.

Después, concretaremos el contenido y los requisitos que debe cumplir cada una de esas resoluciones.

- 313 Cucarella Galiana, Luis Andrés, Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Derecho Procesal Constitucional (Velandia Canosa, Eduardo Andrés, dir. Científico). Legis. Bogotá, 2015, Derecho Procesal Constitucional, pp. 181-203.
- 314 Cucarella Galiana, Luis-Andrés, Recursos y medios de impugnación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, op. cit. nota 3, pp. 123-153.
- 315 Cucarella Galiana, Luis-Andrés, Los desafíos del sistema europeo de protección de derechos humanos, op. cit., nota 3, pp. 27-58.

III. Modos anormales de terminación del proceso

1. ACLARACIÓN CONCEPTUAL

A efectos meramente aclaratorios, entendemos como modos anormales de terminación del proceso, los supuestos en los que el TEDH pone fin al proceso que está tramitando, sin entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Es decir, el procedimiento no sigue el curso normal contemplado en el CEDH y en el Reglamento del Tribunal.

Los casos de terminación anormal se engloban en dos categorías diferenciadas. Por un lado, los casos de "cancelación de la demanda" contemplados en el artículo 37 CEDH. Por el otro, el supuesto de terminación del proceso con arreglo o transacción, regulado en el artículo 39 CEDH.

A pesar de que en ambos casos se debe poner fin al procedimiento de modo anticipado, en los supuestos de terminación por cancelación de la demanda, la resolución que debe dictarse es una sentencia. Sin embargo, en el caso de terminación por transacción, la resolución a dictar, debe ser una decisión. Vamos a analizar a continuación cada uno de los supuestos, concretando el fundamento normativo para poder identificar el tipo de resolución que debe dictarse.

2. Supuestos en que se cancela la demanda y que implican emisión de sentencia

Los supuestos de cancelación de la demanda, como ya hemos indicado, se contemplan en el artículo 37 CEDH.³¹⁶ Dicha regulación se completa con el artículo 43 RTEDH.

En concreto, en cualquier momento del procedimiento, el TEDH puede decidir archivar una demanda admitida, en los tres casos

316 Sobre el mismo, Casadevall, Josep, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 109-110. En la p. 109, nota 128, recoge la decisión de la Gran Sala Association SOS attentats contra Francia, de 4 de octubre de 2006, en la que se decidió el archivo.

que se contemplan: cuando el demandante no esté dispuesto a mantenerla; cuando el litigio haya sido ya resuelto; cuando ya no esté justificada la prosecución de la demanda. En los tres casos, como vamos a poner de manifiesto, se pone fin al procedimiento con la emisión de una sentencia. Vamos a estudiar cada supuesto por separado.

A) Por falta de mantenimiento de la demanda: el desistimiento

Este supuesto se prevé en el artículo 37.1 a) CEDH. En concreto, "en cualquier momento del procedimiento el Tribunal podrá decidir cancelar una demanda del registro de entrada cuando las circunstancias permitan comprobar (...) que el demandante ya no está dispuesto a mantenerla".

Que el demandante no esté dispuesto a mantener la demanda, se trata, desde nuestro punto de vista, de un supuesto de desistimiento. Ten este caso, el procedimiento termina de manera anticipada, con la emisión de una sentencia en la que no habría pronunciamiento sobre el fondo del asunto. La necesidad de emisión de la sentencia se desprende del artículo 43.3 RTEDH que prevé, para este supuesto –de igual modo que para los demás de cancelación de la demanda del artículo 37 CEDH– que la resolución que se dicte sea una sentencia.

De normal, en un proceso, el desistimiento, al dejar imprejuzgada la cuestión litigiosa, permite que el demandante pueda volver a presentar la demanda en un futuro. Nosotros creemos que esta situación podría darse también en el proceso seguido ante el TEDH, si existieran circunstancias excepcionales que lo justificaran. De hecho, el artículo 43.5 RTEDH establece que el TEDH puede decidir la reinscripción en el registro de una demanda archivada si considera que existen circunstancias excepcionales que lo justifican. Por lo tanto, creemos que el demandante, si quiere que la demanda sea reinscrita, debe poner de manifiesto la concurrencia de dichas circunstancias excepcionales. Entendemos que dado el contenido de la disposición a la que nos hemos referido, la reinscripción tiene claramente un carácter restrictivo.

³¹⁷ Así lo entiende también Morenilla Allard, Pablo, et. al, Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Colex, Madrid, 2007, p. 882.

B) Por resolución del litigo

Este supuesto de cancelación se contempla en el artículo 37.1 b) CEDH. En concreto, "en cualquier momento del procedimiento el Tribunal podrá decidir cancelar una demanda del registro de entrada cuando las circunstancias permitan comprobar (...) que el litigio ha sido ya resuelto".

La doctrina concluye que este supuesto concurre en los casos en que el TEDH detecte la existencia de cosa juzgada. ³¹⁸ Por la misma razón, debería reconducirse a este supuesto, la existencia de litispendencia. Sin embargo, cuando nos acercamos a la jurisprudencia del TEDH, detectamos que a este supuesto se reconducen los casos en que el proceso pierde su objeto. Es decir, cuando fuera del proceso, por actuaciones llevadas a cabo por el Estado demandado, el demandante obtiene lo que pretendía obtenerse a través del proceso.

Así puede apreciarse en la STEDH (Gran Sala), de 24 de octubre de 2002, caso Pisano contra Italia, ³¹⁹ párr. 42:

"Para concluir que el litigio ha sido resuelto en el sentido del artículo 37.1 b) y que el mantenimiento de la demanda por el recurrente ya no se justifica objetivamente, el Tribunal considera que es necesario examinar, por un lado, la cuestión de si los hechos de los que el demandante se queja directamente persisten o no y, por otro, si las consecuencias que pueden resultar de una eventual violación del Convenio debido a estos hechos han sido también eliminadas. Este enfoque refleja la estructura del mecanismo de control del Convenio que prevé a la vez una decisión, o una sentencia motivada, sobre si los hechos impugnados son conformes a las exigencias del Convenio (artículo 45) y, si tal fuese el caso, la concesión de una indemnización justa (artículo 41)".

En este caso, se decidió cancelar la demanda, en la medida en que el Estado demandado había procedido a la revisión del proceso, a la cancelación de la condena, previa audiencia del testigo de des-

³¹⁸ Morenilla Allard, Pablo, Ibídem, p. 882.

³¹⁹ BDAW TEDH 2002\59.

cargo al que no se interrogó en su día y tras la concesión de una indemnización al demandante.

Otro supuesto de resolución del litigio que conduce a la cancelación de la demanda por estar ya resuelto el litigio ex artículo 37.1 b) CEDH, tiene lugar cuando una determinada conducta estuviera impedida por una disposición normativa, y la misma es derogada y modificada en el sentido de permitir lo que hasta ese momento no era posible realizar.³²⁰

En todos los supuestos que se engloben en el ámbito del artículo 37.1 b) CEDH, el proceso debe terminar con la emisión de sentencia (art. 43.3 RTEDH).

- C) Cuando por cualquier otro motivo ya no esté justificada la prosecución del examen de la demanda
- a) Carácter residual o de cierre de esta causa de cancelación

El supuesto de que ya no esté justificada la prosecución del examen de la demanda, se contempla como causa de cancelación, en el artículo 37.1 c) CEDH). En concreto, "en cualquier momento del procedimiento el Tribunal podrá decidir cancelar una demanda del registro de entrada cuando las circunstancias permitan comprobar (...) que, por cualquier otro motivo verificado por el Tribunal, ya no está justificada la prosecución del examen de la demanda".

Tal y como está redactado este supuesto, consideramos que tiene carácter residual o de cierre. Es decir, se debe cancelar la demanda por cualquier otro motivo distinto a los dos anteriores,

320 Así puede apreciarse en la STEDH (Sección 4ª), de 24 de abril de 2003, caso Víctor Manuel de Saboya contra Italia (BDAW JUR 2003\252979). Durante la pendencia del proceso, el Estado demandado derogó la disposición normativa que impedía la entrada de dicha persona en Italia. Este hecho, sumado al dato de que el demandante ya había entrado en Italia, llevan al TEDH a cancelar la demanda. Así afirma que "dado que los párrafos 1 y 2 de la XIII disposición han quedado sin efecto en derecho interno, que el Gobierno ha retirado su exigencia y que el demandante puede de ahora en adelante entrar en Italia – y que por otro lado ya lo ha hecho – el Tribunal considera que ya no se justifica la prosecución del examen de la demanda [Artículo 37.1 c) del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) ".

que ponga de manifiesto que no tiene sentido o justificación continuar con el proceso.

Esta causa de cancelación, según la doctrina, engloba los supuestos en los que la conducta del demandante evidencie esa falta de interés, o el fallecimiento de la víctima, por ejemplo.³²¹ Sin embargo, nosotros consideramos que la falta de interés del demandante debe reconducirse al ámbito del artículo 37.1 a) CEDH, puesto que el demandante no está dispuesto a mantener la demanda.

En todo caso, el TEDH puede decidir que prosiga el examen de la demanda si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos (art. 37.2 CEDH). Esta disposición evidencia que el TEDH no se encuentra vinculado a la petición de cancelación de la demanda y que puede llevar a cabo una valoración de si interesa continuar con la tramitación de la misma. Así, por ejemplo, en el caso de fallecimiento del demandante sin herederos, podemos encontrar supuestos en los que el TEDH no cancela la demanda si considera que en ese asunto se plantea una cuestión de interés general para todos los Estados miembros.³²²

En el supuesto en que decida cancelar la demanda, el TEDH debe dictar sentencia poniendo fin al procedimiento. Así se contempla en el artículo 43.3 RTEDH, al disponer que en "los casos previstos por el artículo 37 del Convenio, la decisión de archivar una demanda declarada admisible adopta la forma de sentencia. Cuando esta sentencia se convierte en definitiva, el presidente de la Sala informa de ello al Comité de Ministros para que, en virtud del artículo 46.2 del Convenio, pueda supervisar el cumplimiento de los requisitos a los que esté supeditada la renuncia o la solución del litigio".

- 321 Morenilla Allard, Pablo, op. cit., nota 19, pág. 882.
- 322 Así puede verse en la STEDH (Sección 1^a), de 24 de julio de 2003, *caso Karner contra Austria* (BDAW TEDH 2003\50), en la que aprecia una discriminación legislativa en el la subrogación en los arrendamientos urbanos, por motivos de orientación sexual.

Sin embargo, en la STEDH (Sección 3ª), de 18 de septiembre de 2001, *caso S. G. contra Francia* (BDAW TEDH 2001\537), acuerda la cancelación de la demanda por fallecimiento de la parte actora. Considera que a la persona jurídica a la que nombró legataria, no tenía el interés jurídico necesario que justificar la continuación del procedimiento.

b) El supuesto especial de cancelación por declaración unilateral del Estado demandado

Si seguimos prestando atención a la jurisprudencia del TEDH, podemos detectar un supuesto que el Tribunal reconduce al ámbito del artículo 37.1 c) CEDH. Nos referimos al supuesto de terminación del proceso por declaración unilateral del Estado demandado.³²³

Para que pueda entenderse este supuesto de cancelación, debemos hacer referencia al artículo 39 CEDH que estudiamos más adelante. Esta disposición permite que el TEDH pueda ponerse a disposición de las partes para conseguir una transacción sobre el asunto. Pues bien, en concreto, la situación que contemplamos es la de que el TEDH ha intentado un arreglo por transacción y dicho acuerdo no se logra.

En este caso, en principio, en la medida en que el acuerdo no se ha alcanzado, y sigue subsistiendo la controversia, el proceso de-

323 Puede verse en este sentido, STEDH de 6 de mayo de 2003 (Gran Sala), caso Tashin Acar contra Turquía (BDAW TEDH 2003\21), en la que decide no cancelar la demanda a pesar de la petición formulada por el Estado demandado. Al respecto, en el párr. 84 afirma que "el Tribunal admite que no se puede considerar una condición «sine qua non» para estar dispuesto a cancelar una demanda del registro de entrada sobre la base de una declaración unilateral de un gobierno demandado, que éste reconozca plenamente su responsabilidad respecto a las acusaciones que un demandante formula en el marco del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). Sin embargo, en los casos de personas desaparecidas o que han sido asesinadas por personas desconocidas y cuando figuran en el sumario iniciaciones de prueba apoyando las alegaciones según las cuales la investigación llevada a cabo en el plano interno ha sido inferior a lo que exige el Convenio, una declaración unilateral debe al menos contener una concesión en ese sentido, así como el compromiso, por parte del Gobierno demandado, de emprender, bajo la vigilancia del Comité de Ministros en el marco de las obligaciones que le confiere el artículo 46.2 del Convenio, una investigación que sea plenamente conforme a las exigencias del Convenio, tal y como las ha definido el Tribunal en casos anteriores similares (ver, por ejemplo, Sentencia Kurt contra Turquía de 25 mayo 1998 [TEDH 1998, 76], Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-III; Çakici contra Turquía [TEDH 1999, 91] [GS], núm. 23657/1994, TEDH 1999-IV; Ertak contra Turquía [TEDH 2000, 234] núm. 20764/1992, TEDH 2000-V; Timurtas contra Turquía [TEDH 2000, 251], núm. 23531/1994, TEDH 2000-VI, y Tas contra Turquía [TEDH 2000, 585], núm. 24396/1994, TEDH 2000-XI".

bería seguir para que el TEDH valorara si se ha producido o no la violación denunciada por el demandante.

Sin embargo, no debemos pasar por alto la existencia de una jurisprudencia consolidada del TEDH en la que, en ocasiones, a pesar de que todas las partes no logran el acuerdo, el TEDH acaba homologando la propuesta de arreglo amistoso realizada por el Estado demandado. Nos estamos refiriendo a los supuestos en que el acuerdo no se alcanza, pero el Estado demandado envía al TEDH una declaración unilateral en la que reconoce la violación, anuncia medidas para evitar que nuevas violaciones se produzcan en el futuro y hace una propuesta de compensación económica.

Es decir, se ha intentado el arreglo amistoso, pero por desacuerdo del demandante, por ejemplo, en el monto de la indemnización, no se logra el acuerdo. A pesar de ello, si se dan los presupuestos que hemos apuntado, el TEDH puede entrar a valorar si se debe proseguir con la demanda.³²⁴

En jurisprudencia, puede verse la Decisión del TEDH de 16 de septiembre de 2014 (Sección 5ª), caso Igor Suberviola Zumalde y Jon Salaberria Sansinenea contra Francia. En la misma, se pone de manifiesto que los demandantes no habían aceptado una indemnización por una duración excesiva de la medida cautelar de prisión preventiva. Sin embargo, el TEDH acepta dicha cuantía propuesta por el Estado demandado y decide poner fin al proceso. Así, afirma:

"Tras el fracaso de la tentativa de un arreglo amistoso, el Gobierno, por cartas de 4 de septiembre de 2014, hizo llegar al Tribunal declaraciones unilaterales con el fin de resolver la cuestión planteada por

324 Casadevall, Josep, *op. cit.*, nota18, p. 109 afirma que "se han presentado situaciones en las cuales, constatada la imposibilidad de pactar un arreglo amistoso (por oposición de una de las partes, bien sea por discrepancias en la redacción del texto transaccional, bien por el *quantum* de la indemnización propuesta o solicitada), el Gobierno ha enviado al TEDH una declaración unilateral en virtud de la cual reconoce la violación alegada por el demandante, anuncia –si procede- las medidas que entiende adoptar a fin de evitar nuevas violaciones, propone una satisfacción económica y solicita la homologación de la declaración y el archivo del expediente".

325 BDAW TEDH 2015\14.

las demandas. Así mismo, invitó al Tribunal a que las cancelara del registro de entrada en aplicación del artículo 37 del Convenio.

Por estas declaraciones, el Gobierno reconoció que la duración de la prisión preventiva sufrida por los demandantes habría sido excesiva teniendo en cuenta las exigencias del plazo razonable planteadas por el artículo 5.3 del Convenio. El Gobierno propuso abonar a cada demandante la cuantía de 5.400 euros (cinco mil cuatrocientos euros). Para el resto, las declaraciones recogían lo siguiente:

«Esta cuantía no será sometida a ningún impuesto y será abonada en la cuenta bancaria indicada por el demandante dentro de los tres meses a partir de la fecha de la sentencia de cancelación dictada por el Tribunal de acuerdo con el artículo 37.1 c) del Convenio. El pago será el arreglo definitivo de la causa.»

Por una carta de 29 de septiembre de 2014, los demandantes indicaron que no se habían satisfecho los términos de las declaraciones unilaterales y que no aceptaban la cuantía de la compensación propuesta. Insistieron en que sus demandas fueras examinadas por el Tribunal, siendo la queja planteada del artículo 5.3 el reflejo de un problema estructural en Francia".

Como hemos señalado más arriba, los casos de declaración unilateral del Estado demandado, el TEDH los reconduce al ámbito del artículo 37.1 c) CEDH. Por lo tanto, permite al Tribunal valorar si existe causa que justifique que prosiga el examen de la demanda. Obviamente, en los términos previstos en el artículo 37.1 párr. 2 CEDH, el TEDH no está vinculado a la petición del Estado demandado y puede ordenar la continuación en el examen de la demanda si así lo exige el respeto a los derechos humanos reconocidos en el CEDH y en sus Protocolos.

De entrada, si el proceso termina por declaración unilateral del Estado demandado, en la medida en que el TEDH reconduce ese supuesto al ámbito del artículo 37.1 c) CEDH, a la vista de lo previsto en el artículo 43.3 RTEDH, la resolución a dictar sería una sentencia. Sin embargo, de manera contradictoria con su planteamiento, podemos encontrar pronunciamientos en los que el TEDH dicta una decisión en los términos previstos en el artículo

39.3 CEDH. Es decir, limitándose a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada.

3. Terminación por transacción y emisión de decisión

El artículo 39 CEDH contempla la posibilidad de que las partes puedan llegar a un arreglo amistoso que acabe provocando el fin anticipado del proceso. ³²⁶ En concreto, en cualquier fase del procedimiento, el TEDH puede ponerse a disposición de las partes interesadas para conseguir una transacción sobre el asunto inspirándose en el respeto a los derechos humanos tal como se reconocen en el CEDH y en los Protocolos adicionales (art. 39.1 CEDH).

En la práctica, esta previsión normativa se traduce en que declarada admisible la demanda, se abre la fase de negociación con la que pueda lograrse el acuerdo amistoso.³²⁷ Esta función de intentar un arreglo amistoso es desempeñada por la Secretaría de la Sala, la cual asume una función mediadora.³²⁸ Nótese, por lo tanto, que no es la misma Sala la que desempeña esta función. Si así ocurriera, quedaría gravemente comprometida su imparcialidad, pues en el procedimiento de negociación habría llevado a cabo propuestas de solución de la controversia que supondrían un anticipo del eventual fallo que pudiera dictarse si la negociación no tuviera éxito.

Por lo tanto, la Secretaría asume el papel de tercero objetivo e imparcial que ayuda a las partes a llegar a un acuerdo. No debemos perder de vista que estamos hablando de una fórmula autocompositiva, por lo tanto, son las partes las que en pie de igualdad deciden solucionar sus diferencias. Nada impide, desde nuestro

- 326 Sobre este modo de terminación, Morenilla Allard, Pablo, *op. cit.*, nota 19, pp. 108-109.
- 327 En este sentido, Casadevall, Josep, *op. cit.*, nota 18, pp. 107-108, afirma que "si la demanda es declarada admisible, se abre la vía de negociación para intentar un arreglo amistoso (...). En defecto de un arreglo, la Sala o bien la Gran Sala– se pronuncia sobre el fondo mediante una sentencia. antes, decide sobre la oportunidad de celebrar una audiencia y, en cualquier caso, invita las partes a presentar eventuales elementos probatorios, observaciones escritas complementarias, así como su posición respecto a la satisfacción equitativa del artículo 41".
- 328 *Ibídem*, p. 108 afirma que "a tal fin, la Secretaría de la Sala se pone a disposición de las partes y asume una función mediadora en orden al arreglo".

punto de vista, que la Secretaría pueda asumir un papel activo en el que no se limite solamente a aproximar las posiciones de las partes enfrentadas, sino incluso, que pueda hacer propuestas. Obviamente, dichas propuestas pueden aceptarse o rechazarse libremente por las partes.

Las disposiciones normativas a las que hay que atender en la regulación de este arreglo, son los artículos 38 y 39 del CEDH y el 62 del RTEDH. Si atendemos a esta última disposición, debemos tener en cuenta que una vez admitida la demanda, el secretario de la Sala, por indicación de la misma Sala o de su presidente, contacta con las partes con el fin de intentar lograr dicho acuerdo (art. 62.1 RTEDH).

El carácter confidencial de las negociaciones se constata de nuevo en el artículo 62.2 RTEDH. En concreto, se dispone que "de conformidad con el artículo 39.2 del Convenio, las negociaciones establecidas para alcanzar un acuerdo amistoso son confidenciales, sin perjuicio de las observaciones presentadas por las partes. A lo largo del procedimiento contencioso no puede alegarse ni mencionarse ninguna comunicación oral o escrita ni ninguna oferta no concesión acontecida en el transcurso de dichas negociaciones".

El intento de arreglo amistoso puede terminar de dos maneras: con acuerdo o sin acuerdo. En el caso de que termine sin acuerdo, siempre cabe la posibilidad que ya hemos analizado, de que el Estado demandado haga una propuesta unilateral al Tribunal, que pueda provocar la cancelación de la demanda.

La otra posibilidad es que se logre el acuerdo. Normalmente ese acuerdo se logra desde un punto de vista económico, comprometiéndose el Estado demandado a compensar al particular demandante. No obstante, el acuerdo puede incluir la asunción de otro tipo de obligaciones por parte del Estado. Como indica la doctrina, dichas obligaciones pueden ser la de adoptar "el compromiso de otorgar al demandante cierta autorización o bien anular una determinada orden, sanción o prohibición". ³²⁹

329 Ibídem, p. 108, nota 123.

En esta misma página, en el cuerpo de la misma afirma que "el procedimiento de amigable composición (...) consiste esencialmente en una propuesta de compensación económica por los pretendidos perjuicios sufridos por el demandante, sin excluir otras posibilidades que puedan poner remedio a la situación litigiosa objeto de la demanda". En jurisprudencia, pueden verse diferentes sentencias de homologación de arreglos amistosos. Así, por ejemplo, la STEDH de 21 de enero de 1999, caso *Tsavachidis contra Grecia*.³³⁰

También es interesante la STEDH de 27 de marzo de 2001 (Gran Sala), caso *Sutherland contra Reino Unido*. ³³¹ En ella se pronuncia sobre la demanda de un ciudadano británico contra el Reino Unido presentada ante la Comisión el 15-9-1997, por discriminación en la fijación legal de la edad mínima para el consentimiento en las relaciones homosexuales masculinas respecto de las femeninas. El demandante denuncia que el hecho de establecer en dieciocho años la edad mínima para las relaciones sexuales entre hombres, contra la de dieciséis para las mujeres, vulneraba su derecho al respeto de su vida privada garantizado por el artículo 8 del Convenio y era discriminatorio con respecto a dicho artículo en relación con el artículo 14.

El contenido del arreglo amistoso que se alcanza, además de carácter indemnizatorio, fue el de modificar la legislación interna para equiparar la edad mínima para el consentimiento en las relaciones homosexuales.

También resulta interesante la sentencia de 9 de abril de 2015, caso GVA contra España. En ella, se homologa un acuerdo de solución amistosa en la que el Estado demandado, España, se comprometía a anular la orden de expulsión del extranjero que había presentado la demanda, así como a abonar una indemnización. En concreto, en la decisión se afirma:

"Tras varias negociaciones infructuosas con el fin de llegar a un arreglo amistoso, por carta de 27 de noviembre de 2014, el Gobierno informó al Tribunal que proponía formular una declaración relativa a la resolución de las cuestiones planteadas en la demanda.

El Gobierno reconoció la violación de los derechos de la demandante de acuerdo con los artículos 8 y 13 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572). El Gobierno se comprometió a «dejar sin efecto el acto jurídico administrativo por el que [se había] decidido

330 BDAW TEDH 1999\78.

331 BDAW TEDH 2001\234.

332 DDAW TEDH 2015\12.

la expulsión de la demandante del territorio nacional» y a abonar a la demandante la cuantía de 19.104,73 euros (diecinueve mil ciento cuatro euros con setenta y tres céntimos) «en concepto de indemnización equitativa». Se abonaría dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la notificación de la decisión del Tribunal. En ausencia de acuerdo dentro de este plazo, el Gobierno se comprometía a abonar, a contar desde el vencimiento del antedicho plazo hasta el pago efectivo de la cuantía en cuestión, un interés simple a un tipo equivalente al de la facilidad de préstamo del Banco central europeo aplicable durante este período, incrementado en tres puntos. El Gobierno afirma que, «en el futuro, la interpretación del artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72, 209), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social se haría en relación con los criterios recogidos en el artículo 57.5 b) de esta misma Ley Orgánica, conforme al artículo 8 del Convenio bajo la vigilancia efectiva de la jurisdicción ordinaria, el Tribunal Constitucional que así lo ordenó en su Sentencia 186/2013, de 4 noviembre (RTC 2013, 186), dictada por recurso de amparo concerniente a este caso». Por otro lado, el Gobierno solicitó al Tribunal que cancelara la demanda del registro de entrada".

En el caso de homologación de un acuerdo bilateral, el TEDH elimina el asunto del registro mediante una resolución en la que se limita a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada (art. 39.3 CEDH). Para tomar esas decisiones, el Tribunal debe valorar si el acuerdo o la propuesta de acuerdo respetan los derechos humanos tal y como los reconocen el CEDH y sus Protocolos. Si es así, como hemos señalado, se archiva la demanda.

En estos casos de archivo de la demanda por acuerdo amistoso, se dicta una decisión. Así se desprende del artículo 43.3 RTEDH en el que se dispone que "en caso de acuerdo amistoso, el archivo de una demanda adopta la forma de una decisión".

Dicha decisión es transmitida al Comité de Ministros, que supervisará la ejecución de los términos del acuerdo amistoso (art. 39.4 CEDH en relación con el art. 43.3 RTEDH).

IV. Requisitos formales y de contenido de las decisiones en el caso de arreglo amistoso

Para la concreción de este tipo de requisitos, debemos atender principalmente a dos preceptos del RTEDH y a un artículo del CEDH. Los artículos 56 y 57 RTEDH, que regulan las decisiones con carácter general, y el artículo 39.3 CEDH, sobre el contenido de la decisión de archivo tras aprobar un arreglo amistoso.

Atendiendo a las disposiciones de carácter general, el artículo 56 dispone que las decisiones que adopte el Tribunal, deban indicar si ha sido adoptada por unanimidad o por mayoría. De igual modo, debe ser siempre motivada. (art. 56.1 RTEDH).

Como esta decisión se toma una vez que el Estado se ha personado en el proceso, y en su caso, puede haber tenido lugar la intervención de terceros, la decisión de archivo por arreglo amistoso debe comunicarse a las partes y a los terceros que eventualmente puedan haber intervenido en el proceso (art. 56.2 RTEDH).

Todas las decisiones deben estar redactadas en francés o en inglés, salvo que el Tribunal decida redactar una decisión en ambos idiomas (art. 57.1 RTEDH). No obstante, las decisiones contenidas en la recopilación oficial del TEDH, deben publicarse en sus dos idiomas (art. 57.2 RTEDH).

En lo concerniente a la decisión de archivo por arreglo amistoso, el artículo 39.3 CEDH dispone que "en caso de alcanzarse una transacción, el Tribunal eliminará el asunto del registro mediante una resolución que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada".

V. Terminación normal del proceso y emisión de sentencia

La manera normal de terminación del proceso seguido ante el TEDH tiene lugar cuando el Tribunal se pronuncia sobre la adecuación de la pretensión interpuesta, al CEDH y a sus protocolos adicionales.³³³ Es decir, cuando el TEDH se pronuncia sobre el fondo del asunto. Para ello, la resolución que debe dictar es una sentencia.

En este apartado pretendemos estudiar las clases de sentencias que pueden dictarse. Al respecto, podemos manejar diferentes criterios de clasificación de las sentencias que emite el TEDH.

1. SENTENCIAS DE FONDO O PROCESALES

Así, en primer lugar, hemos dicho que cuando el TEDH se pronuncia sobre el fondo del asunto, debe dictarse una sentencia. Así, el pronunciamiento sobre el fondo del asunto en sentencia, lo encontramos en los artículos 28.1 b) CEDH para el caso de los Comités de tres magistrados; 29.1 CEDH, para el caso de las sentencias dictadas por las Salas; y 31 CEDH, para las sentencias dictadas por la Gran Sala.

Sin embargo, no sería correcto decir que todas las sentencias que dicta el Tribunal son de fondo. Nos podemos encontrar con sentencias de carácter meramente procesal. Al respecto, debemos recordar que el pronunciamiento relativo al archivo de una demanda admitida en los casos del artículo 37 CEDH, debe revestir la forma de sentencia³³⁴ (art. 43.3 RTEDH). Solamente el caso de archivo de la demanda por declaración unilateral del Estado demandado, reviste la forma de decisión y no de sentencia (art. 43.3 RTEDH).

- 333 Al respecto, hay que tener presente que ésa es la tutela que puede solicitarse y la que condiciona que pueda desarrollarse el proceso ante este Tribunal. De hecho, el artículo 35.3 a) CEDH contempla como causa de inadmisión de una demanda que sea "incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos".
- 334 Nos referimos a los casos en que el demandante no esté dispuesto a mantener la sentencia (art. 37.1 *a*) CEDH); que el litigio haya sido ya resuelto (art. 37.1 CEDH); o que por cualquier otro motivo verificado por el TEDH, ya no esté justificada la prosecución del examen de la demanda (art. 37.1 c) CEDH).

2. Sentencias condenatorias o absolutorias

Un segundo criterio de clasificación es el que atiende al tipo de pretensión que haya interpuesto, y en función de la misma, la sentencia será de una clase u otra. Sin embargo, este criterio de clasificación solamente nos permite hablar de la existencia de sentencias de carácter condenatorio o absolutorio. En este sentido, debe tenerse presente el contenido del artículo 34 CEDH que regula el ejercicio de las acciones individuales.

Nosotros no compartimos las posiciones doctrinales que sostienen que las sentencias del TEDH no sean de carácter condenatorio. Se apoyan en su argumentación diciendo que el Tribunal carece de poder coercitivo. Sin embargo, nosotros creemos que se están confundiendo dos cosas distintas. Por un lado, el Tribunal puede condenar si considera que se ha producido la violación del CEDH o de los Protocolos. Es decir, el TEDH "declara", en la sentencia dictada al final del proceso, que se ha producido la violación de un derecho del CEDH o de sus Protocolos, pero "condena" al Estado demandado a restituir al demandante en el goce pacífico de su derecho. Es verdad, como luego veremos, que el Tribunal no suele concretar las medidas para restituir al afectado. De igual modo, es cierto que dicho Tribunal no puede ejecutar lo que ha juzgado. Ahora bien, la ausencia de concreción de las medidas y del poder coercitivo, no desnaturaliza el carácter condenatorio del pronunciamiento. Existe un deber de prestación que se impone al Estado cuyo incumplimiento puede llevar aparejada una serie de consecuencias.

Dicha sentencia condenatoria se impone como cosa juzgada al Estado que ha sido condenado.³³⁵ Como indica la doctrina, debe entenderse Estado en sentido amplio, es decir, la condena "se impone a todas las autoridades nacionales con independencia de la separación de poderes".³³⁶

- 335 Casadevall, Josep, *op. cit.*, nota 18 p. 110, en la que afirma que "la sentencia del TEDH es declarativa y se impone como cosa juzgada al Estado que ha sido parte en el caso concreto".
- 336 Ibídem, p. 110, nota 135.

Ahora bien, si directamente el Estado condenado es el que resulta afectado, indirectamente, todos los Estados parte del CE también deben tener en cuenta el contenido de dicha sentencia, aunque con carácter relativo. Al respecto, debe tenerse presente que con dicha sentencia se

3. SENTENCIAS DEFINITIVAS O NO DEFINITIVAS

Como tercer criterio a tener en cuenta, hay que atender al régimen de impugnación de la sentencia. Así, si la misma no es impugnable, viene a denominarse, sentencia definitiva. Al respecto, son definitivas o firmes las sentencias que dictan los Comités de tres magistrados aplicando jurisprudencia bien establecida del Tribunal (art. 28.1 y 28.2 CEDH). Contra dichas sentencias no procede medio de impugnación alguno.

También son definitivas las sentencias dictadas por la Salas integradas por siete magistrados en los siguientes casos³³⁷ (art. 42 en relación con el art. 44.2 CEDH):

- 1°) Cuando las partes hayan declarado que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala (art. 44.2 a) CEDH).
- 2°) Cuando no haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala tres meses después de la emisión de la sentencia (art. 44.2 b) en relación con los arts. 31 c) y 43 CEDH).
- 3°) Cuando el colegio de cinco magistrados de la Gran Sala rechace la remisión del asunto (art. 44.2 c) CEDH). Al respecto, hay que subrayar que remitido el asunto a la Gran Sala en el plazo de tres meses desde que se dictó la sentencia, un colegio de cinco jueces de la Gran Sala debe pronunciarse sobre la aceptación de la demanda a trámite. Para ello, se tiene en cuenta que el asunto platee una "cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o una cuestión grave de carácter general" (art. 43.2 CEDH).

La doctrina ha calificado a este colegio de cinco jueces, como "un órgano de filtraje", ³³⁸ que debe valorar "la excepcionalidad de los casos y decidir si el asunto, ya juzgado antes por una Sala, plantea una cuestión importante sobre la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o incluso una cuestión seria de carácter general que justifique el reenvío, un segundo examen y el pronunciamiento de una nueva sentencia". ³³⁹

están interpretando y delimitando el contenido de los derechos reconocidos en el CEDH y en su protocolos. En este sentido, Ibídem, p. 110.

³³⁷ Véase al respecto, Ibídem, p. 110.

³³⁸ Ibídem, p. 83.

³³⁹ Ibídem, p. 83.

Por último, también es definitiva la sentencia que dicte la Gran Sala a partir de su pronunciamiento³⁴⁰ (art. 44.1 CEDH).

VI. Requisitos de las sentencias

1. FORMALES

No encontramos en el CEDH una referencia explícita a los requisitos formales que desde un punto de vista general, deban cumplir las sentencias dictadas por el TEDH. No obstante, el artículo 45.2 CEDH recoge que si hubiera votos u opiniones disidentes de algún magistrado, éstas deberán recogerse por separado en la sentencia. En concreto, el artículo citado indica que "si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los Jueces, cualquier Juez tendrá derecho a unir a ella su opinión por separado".³⁴¹

Es más completa la regulación de los requisitos formales en el artículo 74.1 RTEDH. Al respecto, en cualquier sentencia, ya sea dictada por el Comité de tres magistrados, por la Sala o por la Gran Sala, deben figurar:

- a) El nombre del presidente y del resto de jueces que componen la Sala o el Comité, así como el nombre del secretario o del secretario adjunto.
- b) La fecha en que se adopta la sentencia y la fecha en que se hace pública.
- c) La indicación de las partes.
- d) El nombre de los agentes, los abogados y los asesores de las partes.
- e) Una exposición del procedimiento.
- f) Los hechos que han originado la demanda.
- g) Un resumen de las conclusiones de las partes.
- 340 Véase en este sentido, Ibídem, p. 110.
- 341 El art. 74.2 RTEDH dispone que "los jueces que hayan participado en el examen del asunto por parte de una Sala o de la Gran Sala pueden adjuntar al texto de la sentencia la exposición de su opinión separada, concordante o disidente, o una simple declaración de disentimiento".

- h) Los fundamentos de Derecho.
- i) La parte dispositiva.
- j) Si procede, la decisión adoptada en relación con las costas y los gastos.
- k) La indicación del número de jueces que han constituido la mayoría.
- l) Si procede, indicación del texto fehaciente.

Dicha sentencia es dictada en inglés o en francés, salvo que el Tribunal decida dictar la sentencias en ambos idiomas (art. 76.1 RTEDH). No obstante, la sentencias incluidas en la recopilación oficial del Tribunal, se publican en los dos idiomas oficiales³⁴² (art. 76.2 RTEDH).

Esta sentencia debe ser firmada por el presidente de la Sala o del Comité, y por el secretario (art. 77.1 RTEDH).

Las sentencias pueden ser leídas en audiencia pública por el presidente de la Sala o por el magistrado en que aquél haya delegado. Para ello, los representantes de las partes deben ser debidamente informados de la fecha de la audiencia. En el caso en que no se lea en audiencia pública, o se trate de una sentencia dictada por el Comité de tres jueces, la sentencia debe notificarse a las partes por escrito (art. 77.2 RTEDH). Para ello, el secretario debe transmitir una copia de la sentencia a la partes, al Secretario General del Consejo de Europa, a los terceros que hayan intervenido en el proceso, y al Comisario de Derechos Humanos y a cualquier otra persona directamente implicada. De igual modo debe notificarse al Comité de Ministros (art. 77.3 RTEDH).

El ejemplar original, debidamente firmado y sellado, debe depositarse en los archivos del Tribunal (art. 77.3 in fine RTEDH).

342 Al respecto, el art. 78 RTEDH dispone que "de conformidad con el artículo 44.3 del Convenio, las sentencias definitivas del Tribunal son publicadas en la forma que convenga, bajo la autoridad del secretario, que es asimismo responsable de la publicación de la recopilación oficial que contiene una selección de sentencias y decisiones, así como cualquier otro documento que el presidente del Tribunal decida publicar".

2. Contenido

Presenta gran interés el análisis de los requisitos de contenido de la sentencia, pues nos va a permitir poner de manifiesto, desde nuestro punto de vista, uno de los puntos débiles del sistema europeo de protección de los derechos.

Como hemos señalado más arriba, si la sentencia del TEDH fuera estimatoria, se declara la existencia de la violación, pero además, se impone al Estado condenado "la obligación de poner fin a la situación constitutiva de la violación y seguidamente la de reparar las consecuencias del hecho ilícito y adoptar las medidas pertinentes para evitar la reproducción". ³⁴³ Obviamente, el fallo que se dicte debe ser siempre motivado (art. 45.1 CEDH).

Sin embargo, es importante destacar que el TEDH sostiene que el CEDH no le faculta para dar dictar instrucciones o directrices al Estado condenado para que cumpla la sentencia que ha dictado. Tes por ello por lo que el Estado parte dispone de una "libertad de elección de medios" para cumplir con la condena impuesta. En definitiva, se deja en manos del Estado condenado, la decisión de cuáles son las medidas que debe adoptar para cumplir con la condena impuesta. Estado el que decide adoptar unas medidas u otras de carácter individual o general. 347

- 343 Casadevall, Josep; op. cit., nota 18, p. 111.
- 344 En este sentido, Ibídem, p. 111 afirma que "el Tribunal recuerda que el Convenio no le confiere competencia para dictar instrucciones o directrices a las Partes contratantes".
- 345 Ídem.
- 346 Al respecto, *Îdem*, p. 111 afirma que "la jurisprudencia del TEDH reitera que el Estado demandado, declarado responsable de una violación, debe adoptar las disposiciones pertinentes en su orden jurídico interno, sean generales o individuales, que permitan poner fin a la violación constatada y borrar sus consecuencias en la mayor medida posible. El Gobierno, bajo el control del Comité de Ministros, tiene la libertad de elegir los medios que considere más adecuados para cumplir con su obligación derivada del artículo 46 del Convenio, siempre que tales medios sean compatibles con las conclusiones contenidas en la sentencia".

347 Ídem.

Entre las medidas de carácter individual que suelen adoptarse, se encuentra la posibilidad de que en el ámbito del Estado que ha sido condenado, se proceda a revisar o reabrir el procedimiento judicial en el que se produjo la violación.³⁴⁸ No obstante, debemos señalar que esta medida no está generalizada en todos los ordenamientos jurídicos, si bien, bastantes Estados miembros del Consejo de Europa contemplan la posibilidad de hacer uso de este medio extraordinario de impugnación, para dar cumplimiento a la sentencia del TEDH.³⁴⁹

Si atendemos a las prácticas seguidas, y siguiendo las aportaciones doctrinales, como medidas de carácter individual que se han adoptado se encuentran "el hecho de no ejecutar una determinada decisión, sea sancionadora o prohibitiva, la anulación de una decisión judicial o administrativa o bien la reducción de una pena o de una sanción (...), otorgar una licencia o permiso anteriormente denegado, autorizar una inscripción en un registro, reintegrar a un funcionario en su puesto de trabajo y aun conceder un permiso de residencia a un extranjero y evitar así su expulsión". 350

En relación con las medias de carácter general, a pesar de que las mismas no son decididas ni impuestas por el TEDH, podemos encontrar varios efectos indirectos que han tenido las sentencias condenatorias del TEDH. Así, entre las medidas de carácter general que la doctrina subraya que se han producido en ocasiones, se encuentran la de llevar a cabo "reformas o modificaciones legislativas, particularmente en el campo de las garantías procesales, del derecho penal, del régimen penitenciario, del derecho civil, incluidas enmiendas de rango constitucional. Pueden consistir también en la adopción de reglamentaciones, instrucciones o disposiciones de carácter disciplinario, para evitar prácticas o co-

348 Ídem.

349 Al respecto, Ibídem, p. 112, afirma que "la posibilidad de reapertura o revisión del procedimiento nacional, sea con una base legal o simplemente jurisprudencial, está prevista en unos veinte de los Estados miembros del Consejo de Europa, sobre todo, en materia penal, y se pueden citar algunos precedentes de reapertura que han comportado la absolución de la persona interesada, la reducción de la pena impuesta, la cancelación de antecedentes penales o simplemente la confirmación de la condena y de la pena anterior en todos sus aspectos".

350 Ibídem, pp. 112-113.

rruptelas administrativas contrarias a la legalidad interna o a las garantías convencionales, o en el mero hecho de dotar económicamente de más y mejores medios –sean materiales o humanos, a determinados servicios públicos".³⁵¹

Otra sentencia que indirectamente provocó una reforma de procesal penal, fue la STEDH de 24 de abril de 1990, *caso Kruslin contra Francia*, ³⁵² en la que se concedió el amparo solicitado. En concreto, el amparo se concede frente a unas escuchas telefónicas acordadas en una investigación criminal. El TEDH considera que el ordenamiento jurídico francés no regulaba de manera clara y precisa esta limitación del secreto de las comunicaciones. En los párrs. 35 y 36, el TEDH afirma:

"35. Sobre todo, el sistema no proporciona hasta el momento la protección adecuada contra los posibles abusos. Por ejemplo, no define a quiénes se puede someter a una intervención telefónica ni la naturaleza de los delitos que la justifiquen; el Juez no tiene obligación de fijar un límite a la duración de la medida; no se puntualizan las condiciones para levantar las actas en que se recojan las conversaciones interceptadas, ni las precauciones exigibles para comunicar, intactos y completos, los correspondientes registros para su posible control por el Juez -que difícilmente podrá comprobar sobre el terreno el número y la duración de las cintas originales- y por la defensa, ni las circunstancias en que se pueda o se deba borrar o destruir dichas cintas, en particular cuando se retira la acusación o se absuelve al acusado. Las informaciones facilitadas por el Gobierno sobre estos extremos demuestran, en el mejor de los casos, la existencia de una práctica no obligatoria por falta de regulación legal o de jurisprudencia.

36. En resumen, el Derecho francés, escrito o no escrito, no establece con suficiente claridad el alcance y los procedimientos de ejercicio de la facultad discrecional de las autoridades públicas en esta materia.

³⁵¹ Ibídem, pp. 114-115.

³⁵² BDAW TEDH 1990\1.

Esto era aún más grave cuando ocurrieron los hechos de autos, de forma que el señor Kruslin no disfrutó del mínimo de protección que exige la preeminencia del Derecho en una sociedad democrática (Sentencia Malone, ya citada antes, serie A, núm. 82, pg. 36, ap. 79). Por consiguiente, se ha violado el artículo 8 del Convenio".

Esta sentencia, acabó provocando la reforma del sistema procesal penal francés la incorporara al Código de procedimiento penal francés, disposiciones reguladoras de las escuchas telefónicas.³⁵³

De las reformas legislativas a las que nos hemos referido, queremos detenernos en el análisis de una sentencia que provocó una reforma de índole constitucional. En este sentido, es interesante la STEDH de 27 de agosto de 1991, caso Demicoli contra Malta.³⁵⁴

En concreto, Demicoli era el redactor jefe una revista política satúrica de Malta. En su día, publicó un artículo satúrico contra unos diputados. El artículo 34 de la Constitución de Malta permitía que el Parlamento pudiera juzgar e imponer penas de reclusión y multas a quien ultrajara al Parlamento.

Demicoli fue juzgado ante el Parlamento y se le impuso una pena de multa. El TEDH entendió que se había vulnerado el artículo 6.1 CEDH, al no haber sido juzgado y condenado por un tribunal independiente e imparcial. En este sentido, afirma:

"En este caso, la Cámara de Representantes ejerció sin duda una función jurisdiccional resolviendo sobre la culpabilidad del demandante. La clave consiste en saber si se cumplió con la exigencia de imparcialidad. A efectos del artículo 6.1, ésta se aprecia subjetivamente, basándose en la convicción o el interés personales de un juez concreto en una situación concreta, y objetivamente determinando si ofrece las garantías suficientes para excluir a este respecto toda duda legítima. En la propia materia las apariencias pueden ser importantes, sobre todo en lo pe-

³⁵³ Véase al respecto, Casadevall, Josep, *op. cit.*, nota 18, p. 115, nota 146. En dicha nota se recogen otras sentencias que han provocado estos efectos indirectos.

³⁵⁴ BDAW TEDH 1991\3.

nal (ver, entre otras, la Sentencia Hauschildt de 24 mayo 1989 [TEDH 1989, 8], serie A núm. 154, pg. 21, ap. 46-48).

Los dos diputados cuyo comportamiento en el Parlamento criticaba el artículo enjuiciado, y que denunciaron a la Cámara un atentado contra los privilegios (apartado 11 supra), participaron en el procedimiento dirigido contra el acusado, incluida la constatación de culpabilidad y –salvo uno de ellos, que falleció en el intervalo– la fijación de la pena.

Por este motivo, la imparcialidad del órgano de decisión está sujeta a caución y se justifican en la materia los temores del señor Demicoli (Sentencia Hauschildt, previamente citada, serie A núm. 154, pg. 23, ap. 52".

Entre otros aspectos, el demandante solicitó que el TEDH se pronunciara sobre la necesidad de reformar la Constitución maltesa en relación con los privilegios o prerrogativas del Parlamento. El TEDH, en la línea que hemos señalado más arriba, sostuvo que el CEDH no le permitía realizar dicha condena. Así en el párr. 45 afirma:

"El demandante solicita al Tribunal que obtenga, con ayuda del Gobierno, el voto en el Parlamento de una resolución revocando las que le declararon culpable y condenaron a una multa, la derogación del artículo 11.1k por vía de enmienda a la ordenanza y la supresión, en la Constitución maltesa, de toda referencia a las diligencias por atentado a los privilegios. El Gobierno se opone a ello.

El Tribunal señala que el Convenio no le habilita a admitir esta solicitud. Recuerda que es al Estado a quien corresponde escoger los medios a utilizar en su orden jurídico interno para reparar una situación que ha llevado consigo una violación (ver, mutatis mutandis, la Sentencia Zanghi de 19 febrero 1991 [TEDH 1991, 21], serie A núm. 194-C, pg. 48, ap. 26)".

No obstante, la sentencia, de manera indirecta, acabó provocando una reforma constitucional.³⁵⁵

VII. Bibliografía

- Casadevall, Josep, El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencial. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Cucarella Galiana, Luis-Andrés, Recursos ante los tribunales constitucionales europeos: desafíos históricos (Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, dir. Científico; Carrasco Soulé, Hugo, coord.). México 2013, Reflexiones y desafíos de la Justicia constitucional.
- Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo (Martínez Lazcano, Alfonso Jaime, coord.).
 México 2014, Sistemas regionales de protección de derechos humanos.
- La dignidad de la persona, los derechos fundamentales, el nuevo paradigma interno y supranacional y las bases del Derecho Procesal Constitucional y el Convencional. Bogotá, Colombia, Doctrina y Ley, 2015, Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional.
- Recursos y medios de impugnación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Bogotá, Colombia, Doctrina y Ley, 2015, Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional.
- 355 Véase en este sentido, Casadevall, Josep, *op. cit.*, nota 18, p. 115, nota 147.

Consideraciones semejantes podemos hacer si prestamos atención a la sentencia de 28 de octubre de 1998, caso Çiraklar contra Turquía (BDAW TEDH 1998\100). Esta sentencia acabó provocando, también de manera indirecta, la reforma de la constitución de Turquía en relación con la composición de los Tribunales de Seguridad del Estado. Se concedió el amparo porque un juez militar juzgó a un civil por haber participado en una manifestación en la vía pública no autorizada previamente y haber hecho uso de la violencia contra las fuerzas del orden.

En doctrina, Ídem., p. 115, nota 147.

- Los desafíos del sistema europeo de protección de derechos humanos. Bogotá, Colombia, Doctrina y Ley, 2015, Estudios de Derecho Procesal Constitucional y Convencional.
- Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Derecho Procesal Constitucional (Velandia Canosa, Eduardo Andrés, dir. Científico). Legis. Bogotá, 2015, Derecho Procesal Constitucional.
- Ortells Ramos, Manuel, et. al., Introducción al Derecho Procesal. Cizur Menor, 4ª edición, 2014.
- Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europea. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006.
- Morenilla Allard, Pablo, et. al, Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional. Colex, Madrid, 2007.
- Ripol Carulla, Santiago, El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español. Atelier, Barcelona, 2007.
- Rodríguez, Ángel, Integración europea y derechos fundamentales. Civitas. Madrid, 2001.

Protección regional de derechos humanos y disposiciones constitucionales incompatibles³⁵⁶*

1. Origen de los sistemas europeo y americano de protección de los derechos humanos

La II guerra mundial y los hechos que la desencadenaron, provocaron una profunda reflexión en el ámbito político y jurídico. Muchas eran las violaciones y aberraciones que se había producido, y muchas eran también las estructuras que habían fallado para evitar que dichas violaciones se produjeran. Por este motivo, tanto en el ámbito regional europeo, como en el americano, se adquiere conciencia de que deben realizarse cambios para que el reconocimiento y protección de los derechos humanos, fuera una realidad efectiva. Precisamente, uno de los cambios que era preciso realizar era el de implicar de manera efectiva a la Jurisdicción en la protección de los derechos humanos.

Es cierto que de acuerdo con la concepción liberal burguesa que había inspirado la mayoría de los ordenamientos jurídicos, los jueces estaban llamados a tener muy poca incidencia en el juego político.³⁵⁷ De acuerdo con esta concepción, los jueces debían quedar limitados a resolver los conflictos de derecho privado, y a imponer las penas correspondientes en los casos de realización de conductas delictivas.³⁵⁸ Quedaba fuera del ámbito de actua-

^{356 *} Ponencia presentada en el V Coloquio Internacional de Investigación en derecho, celebrado en Segovia (España), los días 28, 29 y 30 de octubre de 2015.

³⁵⁷ Véase, Olarieta Alberdi, J. M., *La separación de poderes en el constitucionalismo burgués*. Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y jurídicas, núm. 4, 2011, págs. 331-469.

³⁵⁸ Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido

ción jurisdiccional, por ejemplo, el control de legalidad de los actos de la Administración pública, o el control de constitucionalidad de las normas. Con el tiempo, el papel de la Jurisdicción se dignificó y se equiparó al de los otros dos poderes del Estado en lo que a incidencia en el juego político se refiere. Pues bien, una vez que se consiguen asentar esas ideas, surge inmediatamente a continuación la reflexión de cuál es el papel o la función de la Jurisdicción en un Estado democrático y de Derecho.

Penadés, R.; Cucarella Galiana, L A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.). Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 5ª edición, 2015, pág. 80.

359 Esta concepción arranca de la división de poderes que en su día formuló Montesquieu. Véase en este sentido, Montesquieu, C. L., *El espíritu de las leyes*. Ediciones Istmo 2002.

Es verdad que esta teoría se formuló con el objeto de repartir el poder y garantizar la libertad. Para ello, era preciso despojar al monarca del poder absoluto y repartirlo. El reparto se pretendía llevar a cabo de la siguiente manera: el poder ejecutivo quedaba en manos del monarca y su gobierno; el poder legislativo, en manos de la burguesía que estaría representada en el parlamento, y el poder judicial, en manos del pueblo que actuaría a través de tribunales ocasionales que se constituirán para el enjuiciamiento de hechos criminales y para la resolución de controversias privadas (Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (con Bonet Navarro, J.; Mascarell Navarro, M. J.; Cámara Ruiz, J.; Juan Sánchez, R.; Bellido Penadés, R.; Cucarella Galiana, L A.; Martín Pastor, J.; Armengot Vilaplana, A.), cit. pág. 80).

Si aparentemente puede entenderse que hay un reparto equitativo del poder, subrayamos dos aspectos que consideramos esenciales. Por un lado, nótese que mientras los poderes ejecutivo y legislativo son permanentes, el judicial no lo es, pues los tribunales populares se constituirían ocasionalmente. Por otro lado, el ámbito de actuación del poder judicial queda limitado a esas dos facetas a las que me nos hemos referido. Como ya hemos subrayado, ni controla los actos del poder ejecutivo, ni las leyes emanadas del parlamento.

Esta teoría, en su aplicación práctica, condujo a que el poder judicial partiera de una situación de inferioridad en relación con los otros poderes del Estado, y a la larga, aun cuando la labor jurisdiccional pasara a ser asumida por jueces profesionales y no por jueces legos, esa situación de inferioridad posibilitó que el poder ejecutivo acabara apoderándose del poder judicial.

360 Véase, Cucarella Galiana, L. A., Constitución, Jurisdicción y derechos fundamentales, en Estudios de Derecho Procesal constitucional y Convencional. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2015, págs. 3-26.

en este sentido, no cabe ninguna duda de que el rol de los jueces es juzgar, entendida esa labor como la de aplicar el Derecho al caso concreto, de manera irrevocable y por vía de heterotute-la. Ahora bien, hay una serie de materias que pertenecen al núcleo duro e irreductible de lo que es labor jurisdiccional, y esa materia está representada, principalmente, por la protección de los derechos fundamentales. ³⁶²

Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas, tras el conflicto bélico al que nos hemos referido, en el ámbito europeo, los Estados entraron en un proceso de reflexión y revisión de sus ordenamientos jurídicos con el objeto de garantizar una efectiva protección de los derechos fundamentales. Frente a las violaciones que se habían producido, se buscaron mecanismos para que esas violaciones no se repitieran, o en el caso en que tuvieran lugar, que hubiera instrumentos efectivos para la protección y tutela de los derechos de la persona. Frente de conservación de la persona.

Ésta es la razón que lleva a los diferentes textos constitucionales europeos aprobados tras el fin del a II guerra mundial, a llevar a cabo una proclamación de los derechos fundamentales, ³⁶⁵ surgiendo la necesidad de buscar mecanismos procesales adecuados para la protección de dichos derechos ante la Jurisdicción ordinaria, y en su caso, ante la constitucional. ³⁶⁶

- 361 Cucarella Galiana, L. A., Constitución, Jurisdicción..., cit. págs. 6-9.
- 362 Cucarella Galiana, L. A., Constitución, Jurisdicción..., cit. págs. 12-19.
- 363 Véase sobre estas consideraciones, Rodríguez, A., Integración europea y derechos fundamentales. Civitas. Madrid, 2001; Ripol Carulla, S., El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español. Atelier, Barcelona, 2007, págs. 17-20.
- 364 Como indica Martín-Retortillo Baquer, L., Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europea. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 29, en la que pone de manifiesto la necesidad de limitar el poder de los Estados frente a los diferentes tipos de abusos y violaciones de los derechos que se habían producido.
- 365 En este sentido, Martín-Retortillo Baquer, L., Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europea. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006, pág. 31, habla del "compromiso de las Constituciones con los derechos fundamentales".
- 366 Cucarella Galiana, L. A., Constitución, Jurisdicción..., cit. págs. 18-22.

Sin embargo, esa preocupación no se limita al ámbito interno de los Estados. En el ámbito regional se pretendió ir más allá del límite territorial de las fronteras nacionales, para fijar un verdadero mecanismo supranacional de protección de los derechos.³⁶⁷ En ese contexto, fueron esenciales las labores que se llevaron a cabo para la creación del Consejo de Europa, cuyo Estatuto está hecho en Londres con fecha 5 de mayo de 1949.

Los trabajos preparatorios comenzaron en el Congreso de La Haya de 1948 y en él intervinieron una veintena de países europeos. Son varias las resoluciones adoptadas, pero en lo que nos interesa, se tomó la decisión de crear "una unión económica y política con el fin de garantizar la seguridad, la independencia económica y el progreso social, la convocatoria de una asamblea consultiva elegida por los parlamentos, la elaboración de una carta europea de derechos humanos y de un tribunal para aplicar sus decisiones". Sin embargo, el enfrentamiento político e ideológico entre los países orientales y occidentales de Europa, determinó que los primeros, quedaran descolgados de este proceso.

El 5 de mayo de 1949, en Londres, tuvo lugar la firma del tratado constitutivo del CE. Son diez los países que finalmente lo firmaron: los Reinos de Bélgica, Dinamarca; Países Bajos; Noruega; Suecia y Gran Bretaña e Irlanda del Norte, así como las Repúblicas francesa, irlandesa y el Gran Ducado de Luxemburgo. A día de hoy, son un total de cuarenta y siete países europeos los que integran esta organización internacional. 368

- 367 Sobre el proceso de formación del CE, Linde, E.; Ortega, L. I.; Sánchez Morón, M., El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (García De Enterría, E., coordinador). Civitas, Madrid, 1979, págs. 55-64.
- 368 Así, a los diez a los que nos hemos referido anteriormente, hay que sumar los que siguen: Albania, Armenia, Andorra, Austria, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, república Checa, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, república de Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, Rumanía, Federación Rusa, San Marino, Serbia, República eslovaca, Eslovenia, España, Suiza, Macedonia, Turquía y Ucrania. Tienen la condición de Estados observadores, la Santa Sede, Canadá, México, Estados Unidos de Norteamérica, Israel y Japón.

En el ámbito de los trabajos realizados por el CE, debemos atender principalmente, al CEDH de 1953. Este Convenio se abrió a la firma y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, tras ser ratificado por diez Estados. El último párrafo de los considerandos que preceden al articulado del CEDH dispone que el objetivo que se persigue con este Convenio sea adoptar "las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal". Este carácter limitado del ámbito del CEDH ha sido confirmado por el TEDH, al sostener que "el Convenio no protege los derechos humanos en general, sino tan sólo "algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal". Nótese por lo tanto, que

- 369 Véase en este sentido, Ripol Carulla, S., *El sistema europeo de protección...*, cit. pág. 20. Los países que ratificaron inicialmente el CEDH fueron: Reino Unido, en el año 1951; Noruega, Suecia y la República Federal de Alemania, en el año 1952; Sarre, Irlanda Grecia, Dinamarca, Islandia y Luxemburgo, en el año 1953.
- 370 Los Considerandos del CEDH disponen que "considerando que esta declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ellas enunciados;

Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales;

Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan;

Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal".

371 Así lo puso de manifiesto, por ejemplo, en su sentencia de 21 de febrero de 1975, caso Golder contra Reino Unido. En el párrafo 34 de la misma se afirma que "como establece el artículo 31.2, del Convenio de Viena, el preámbulo de un tratado constituye parte integrante del contexto. Además, el preámbulo es generalmente muy útil en la determinación del objeto y del fin del instrumento que se interpreta.

el articulado del CEDH tiene una regulación de derechos que es más limitada que la contenida en la Declaración Universal de los Derechos de 10 de diciembre de 1948. Quedan fuera del ámbito del CEDH, otra serie de derechos que en este primer momento no se consideraron esenciales para garantizar el correcto funcionamiento de las democracias políticas. Tomo señala la doctrina, lo que se pretendió inicialmente fue el establecimiento de un "estándar mínimo de derechos fundamentales que debía ser respetado por todos los Estados europeos que aspiraran a ingresar en el Consejo de Europa". Total de la derechos que aspiraran a ingresar en el Consejo de Europa".

El CEDH tras la enumeración de los derechos que resultan protegidos, incluye en el capítulo II (arts. 19-51) la regulación referente al mecanismo de control que se prevé. En concreto, se regulan los aspectos relativos al TEDH. En este sentido, el artículo 19 CEDH dispone que "con el fin de asegurar el respeto a los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo sucesivo denominado <el Tribunal>. Funcionará de manera permanente".

Como puede apreciarse el CEDH ha llevado a la instauración de un órgano jurisdiccional al que le compete el conocimiento de las

En el presente caso, el texto más significativo del preámbulo del Convenio Europeo es la declaración de los gobiernos signatarios, declarándose "resueltos, como gobiernos de Estados europeos, animados de un mismo espíritu y poseedores de un patrimonio común de ideales, tradiciones políticas, respeto a la libertad y preeminencias del derecho a adoptar las primeras medidas tendentes a asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal" de 10 de diciembre de 1948.

Para el Gobierno, este párrafo ilustra el "proceso selectivo" seguido por los redactores. El Convenio no protege los derechos humanos en general, sino tan sólo "algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal". Los artículos 1 y 19 irían en este mismo sentido".

- 372 Véase sobre estas consideraciones, Ripol Carulla, S., *El sistema europeo de protección...*, cit. pág. 22 en la que afirma que "este esfuerzo por concentrarse en los <derechos mínimos que son absolutamente indispensables para determinar los principios cardinales del funcionamiento de la democracia política>, supuso renunciar por el momento a la definición y protección de las libertades profesionales y los derechos sociales".
- 373 Ripol Carulla, S., El sistema europeo de protección..., cit. pág. 27.

demandas por violación de los derechos fundamentales protegidos en el ámbito del CEDH y sus protocolos adicionales.

Si miramos a la situación existente en el ámbito regional americano, las atrocidades de la II guerra mundial también provocaron el inicio de la reflexión sobre el necesario reconocimiento y protección de los derechos humanos.³⁷⁴

En este contexto, el 30 de abril de 1948 nació la Organización de Estados Americanos, como institución regional con la que se pretende fortalecer la paz, seguridad y consolidar la democracia, así como promover los derechos humanos.³⁷⁵ Forman parte de la OEA, en la actualidad, 35 Estados.³⁷⁶

Dando cumplimiento a este último objetivo, se elaboró en el seno de la OEA la CADH, de 22 de noviembre de 1969, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978. Testa Convención contempla los derechos humanos básicos del sistema interamericano de Derechos humanos, la estructura, facultades, responsabilidades de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la CIDH. Esta Corte es el órgano judicial de la OEA, y tiene su sede en San José de Costa Rica. Testa Corte es el órgano judicial de la OEA, y tiene su sede en San José de Costa Rica.

Debemos indicar que no todos los Estados miembro de la OEA han ratificado la Convención y no todos los Estados reconocen jurisdicción a la CIDH. En concreto, los Estados que le han reconocido jurisdicción son: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chila, Dominica, Ecuador, El Salvador, Gran-

- 374 En este sentido, Martínez Lazcano, A. J., Sistema interamericano de protección de derechos humanos o sistema latinoamericano de protección de derechos humanos, en Sistema regionales de protección de derechos humanos (con Cucarella Galiana, L. A., Figueira Tonetto, F.; Lopes Saldanha, J., Martínez Lazcano, A. J., coord.). México, 2014, pág. 111.
- 375 Sobre la misma, Martínez Lazcano, A. J., Sistema interamericano de protección de derechos..., cit. pág. 113.
- 376 Véase, Martínez Lazcano, A. J., Sistema interamericano de protección de derechos..., cit. pág. 113.
- 377 Sobre la Convención, Martínez Lazcano, A. J., Sistema interamericano de protección de derechos..., cit. págs. 115-116.
- 378 Sobre la misma, Martínez Lazcano, A. J., Sistema interamericano de protección de derechos..., cit. págs. 123-124.

da, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay,

Debe tenerse presente que Trinidad y Tobago denunció la Convención el 26 de mayo de 1998. Por su parte, Venezuela, lo hizo el 10 de septiembre de 2013.³⁷⁹ A su vez, República Dominicana, por sentencia de su TC de 4 de noviembre de 2014, también abandonó el sistema, al declararse inconstitucional el instrumento de aceptación de la competencia de la Corte.

2. Principales diferencias entre los sistemas

Una vez que hemos fijado cuál es el origen de cada uno de los sistemas regionales de protección de los derechos, en este apartado pretendemos poner de manifiesto, algunas de las diferencias existentes entre ambos. En concreto, vamos a referirnos a tres de ellas: en cuanto al acceso al Tribunal o Corte; en cuanto a la composición del órgano jurisdiccional y en cuanto al alcance de los pronunciamientos contenidos en las sentencias respectivas. El último de los puntos es el que nos permitirá sentar las bases para analizar más a fondo el tema objeto de nuestra ponencia.

A) En cuanto al acceso al Tribunal o Corte

En este punto, existen claras diferencias entre el sistema europeo y el americano.

En el supuesto europeo, la persona cuyo derecho ha sido supuestamente violado, tiene legitimación activa para el acceso directo al TEDH. Es decir, puede provocar el inicio del proceso ante dicho órgano jurisdiccional. En concreto, en las demandas individuales, la legitimación activa la tiene la persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares "que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos". ³⁸⁰

³⁷⁹ Véase, Martínez Lazcano, A. J., Sistema interamericano de protección de derechos..., cit. págs. 125-126.

³⁸⁰ Al respecto, Cucarella Galiana, L. A., Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo, en Sistemas regionales de protección de derechos humanos, op. cit. págs. 69-73.

No existe en la actualidad una Comisión que sea la receptora de las demandas individuales y que actúe como filtro. Existe un acceso directo, por lo tanto, al TEDH.

Sin embargo, en el caso del sistema interamericano, la situación es distinta. Cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, puede presentar una petición a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ésta filtra las peticiones recibidas, y si el supuesto lo considera emblemático, presenta la correspondiente demanda ante la Corte.³⁸¹

B) En la composición del Tribunal o Corte

También en este punto las diferencias son claras. El TEDH tiene una composición muy amplia.³⁸² El artículo 20 CEDH dispone que "el Tribunal se compondrá de un número de Jueces igual al de las Altas Partes Contratantes". Como hemos señalado al principio, los Estados parte son un total de cuarenta y siete, por lo que el TEDH está compuesto por un número igual de jueces. Para ser juez del TEDH es necesario "gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia" (art. 21.1 CEDH). Cada juez forma parte el TEDH a título individual (art. 21.2 CEDH).³⁸³

Por el contrario, la composición de la CIDEH es más reducida. En concreto, está integrada por siete jueces, seleccionados "entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales

³⁸¹ Véase, Martínez Lazcano, A. J., Sistema interamericano de protección de derechos..., cit. págs. 117-123.

³⁸² Sobre esta cuestión, Sánchez Legido, A., La reforma del mecanismo de protección del Convenio europeo de derechos humanos. Colex 1995, págs. 190-195.

³⁸³ Véase, Cucarella Galiana, L. A., Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos..., cit. págs. 73-75.

o del Estado que los proponga como candidatos, no debe haber dos jueces de la misma nacionalidad". ³⁸⁴

Estos magistrados son elegidos por un periodo seis años, con posibilidad de reelección por una vez más. El presidente y el vicepresidente son elegidos por la misma Corte, y la duración del mandato como tales es de dos años, con posibilidad de reelección.

C) Sobre el alcance los pronunciamientos contenidos en las sentencias

Éste es sin duda, uno de los puntos en el que vamos a encontrar grandes y notables diferencias entre el sistema europeo y el americano. Y nos va servir para centrar el tema objeto de análisis en esta ponencia. Debemos concretar, por lo tanto, el tipo de prendimiento que se puede incluir en la sentencia de estos órganos jurisdiccionales. Posteriormente, analizaremos los supuestos en que una sentencia del TEDH o de la CIDH dicta que una disposición de la constitución política de un Estado parte, viola el CEDH o la CIDH. Al respecto, queremos analizar el alcance que pueden tener dichas sentencias, en el sentido de si puede ese órgano supranacional condenar al Estado parte a modificar su texto constitucional para adecuarlo al nivel de protección exigido en el CEDH o en la CADH.

3. CONTENIDO Y EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR EL TEDH Y LA CIDH

- A) Diferencias en los pronunciamientos condenatorios del TEDH y de la CIDH
- a) El TEDH deja en manos del Estado condenado la elección de las medidas para reparar a la víctima

Si la sentencia del TEDH fuera estimatoria, se declara la existencia de la violación, pero además, se impone al Estado condenado "la obligación de poner fin a la situación constitutiva de la violación y seguidamente la de reparar las consecuencias del hecho ilícito

³⁸⁴ Martínez Lazcano, A. J., Sistema interamericano de protección de derechos..., cit. págs. 124-125.

y adoptar las medidas pertinentes para evitar la reproducción". 385 Obviamente, el fallo que se dicte debe ser siempre motivado (art. 45.1 CEDH).

Sin embargo, es importante destacar que el TEDH sostiene que el CEDH no le faculta para dar dictar instrucciones o directrices al Estado condenado para que cumpla la sentencia que ha dictado. Es por ello por lo que el Estado parte dispone de una "libertad de elección de medios" para cumplir con la condena impuesta. En definitiva, se deja en manos del Estado condenado, la decisión de cuáles son las medidas que debe adoptar para cumplir con la condena impuesta. Estado el que decide adoptar unas medidas u otras de carácter individual o general. 389

Nótese, por lo tanto, que el pronunciamiento del TEDH se agota en declarar la existencia de la violación y en la imposición al Estado de reparar las consecuencias, sin que en los pronunciamientos del TEDH encontremos la imposición de determinadas medidas particulares o generales que sean idóneas para cumplir con dicha obligación. Queda en manos del Estado condenado la concreción de dichas medidas.

- 385 Casadevall, J., El Convenio europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, nota 18, p. 111.
- 386 En este sentido, Casadevall, J., *El Convenio europeo de derechos humanos...*, cit. pág. 111 afirma que "el Tribunal recuerda que el Convenio no le confiere competencia para dictar instrucciones o directrices a las Partes contratantes".
- 387 Casadevall, J., El Convenio europeo de derechos humanos..., cit. pág. 111.
- 388 Al respecto, Casadevall, J., El Convenio europeo de derechos humanos..., cit. pág. 111 afirma que "la jurisprudencia del TEDH reitera que el Estado demandado, declarado responsable de una violación, debe adoptar las disposiciones pertinentes en su orden jurídico interno, sean generales o individuales, que permitan poner fin a la violación constatada y borrar sus consecuencias en la mayor medida posible. El Gobierno, bajo el control del Comité de Ministros, tiene la libertad de elegir los medios que considere más adecuados para cumplir con su obligación derivada del artículo 46 del Convenio, siempre que tales medios sean compatibles con las conclusiones contenidas en la sentencia".

389 Ídem.

b) La CIDH y su concepción sobre < reparación integral > a la víctima. Distinción entre indemnizar y reparar

La situación es radicalmente distinta en el caso de la CIDH. Al respecto, es muy interesante la jurisprudencia de dicho órgano jurisdiccional en la que se ha desarrollado de manera muy amplia y completa el concepto de "reparación integral" a la víctima. Al respecto, "la ingeniosidad de la Corte en cuanto a reparaciones es llamativa, pues no solo reside en las tradicionales concepciones preparatorias, como el caso de indemnizaciones dinerarias, sino que va mucho más allá". ³⁹⁰

En este contexto, en la regulación del CADH, se habla del deber de los Estados condenados de "reparar" e "indemnizar". Esta distinción ha llevado a la CIDH a establecer una distinción. Una cosa es indemnizar, que se refiere a las condenas de carácter pecuniario, y otra cosa es reparar. La reparación "tiene a que el Estado actúe mediante actos positivos en el área donde lo ha hecho en forma deficiente, o ha omitido su deber de hacer o no hacer" por lo tanto, la indemnización no puede llegar a sustituir, en ningún caso, a la reparación. 392

Entre esas formas de reparación, la creatividad de la Corte ha sido muy abundante y se incluyen aspectos tales como el "reconocimiento de responsabilidad", la publicidad de la decisión", conmemoración" a la víctima, "disculpa pública", etcétera. 393

- B) La <restitutio in integrum> en el caso de violación cometida por aplicación de norma constitucional
- a) En la jurisprudencia del TEDH
- 390 Villalba Bernié, P. D., Sistema Interamericano de derechos humanos. La Ley. Asunción, 2014, pág. 174.
- 391 Martínez Lazcano, A. J., Sistema interamericano de protección de derechos..., cit. pág. 176.
- 392 Martínez Lazcano, A. J., Sistema interamericano de protección de derechos..., cit. pág. 176 en la que afirma que "la indemnización, por el contrario, no puede sustituir a la reparación por tener un destino diferente, siendo debida exclusivamente a la víctima o sus familiares".
- 393 Véase sobre estas medidas, Martínez Lazcano, A. J., Sistema interamericano de protección de derechos..., cit. pág. 177.

Anteriormente hemos señalado que en la jurisprudencia del TEDH, se deja en manos del Estado condenado la elección del medio particular o general para logRar la restitutio in integrum. Curiosamente, este planteamiento también lo encontramos en pronunciamientos en los que el TEDH ha constatado que la violación del derecho humano viene determinada por la aplicación de una norma nacional de rango constitucional. Como en cualquier otro caso en que hay una norma que provoca la violación de un derecho, si se constatara dicha situación, lo razonable sería que el TEDH condenara al Estado parte a reformar o derogar dicha disposición normativa. Sin embargo, el TEDH no se ha atrevido a llegar a ese extremo. Es por ello, por lo que el Estado condenado decide libremente si modifica o no su texto constitucional para adecuarlo al CEDH. Desde nuestro punto de vista, ésta es una gravísima carencia del sistema europeo. No entendemos cómo el TEDH solamente puede limitarse condenar por violación, sin que pueda exigir al Estado que modifique su ordenamiento interno.

No pretendemos analizar todos los casos sobre los que se haya pronunciado el TEDH, sino que vamos a tomar dos como referencia. El primero, STEDH de 27 de agosto de 1991, *caso Demicoli contra Malta*. ³⁹⁴ Dicha violación la produjo la aplicación de una norma constitucional. Aunque el Estado maltés no fue condenado a modificar su Constitución, tras la sentencia, procedió a su reforma.

El otro supuesto al que nos referimos, es el de la STEDH 22 diciembre de 2009, el *caso Sejdic et Finci contra Herzegovina*. ³⁹⁵ En este supuesto, el Estado condenado no ha procedido a modificar su texto constitucional. Vamos a analizarlos por separado.

a') Caso Demicoli contra Malta

En concreto, Demicoli era el redactor jefe una revista política satírica de Malta. En su día, publicó un artículo satírico contra unos diputados. El artículo 34 de la Constitución de Malta permitía que el Parlamento pudiera juzgar e imponer penas de reclusión y multas a quien ultrajara al Parlamento.

Demicoli fue juzgado ante el Parlamento y se le impuso una pena de multa. El TEDH entendió que se había vulnerado el artículo

394 BDAW TEDH 1991\3.395 BDAW TEDH JUR\2009\493814.

6.1 CEDH, al no haber sido juzgado y condenado por un tribunal independiente e imparcial. En este sentido, afirma:

"En este caso, la Cámara de Representantes ejerció sin duda una función jurisdiccional resolviendo sobre la culpabilidad del demandante. La clave consiste en saber si se cumplió con la exigencia de imparcialidad. A efectos del artículo 6.1, ésta se aprecia subjetivamente, basándose en la convicción o el interés personales de un juez concreto en una situación concreta, y objetivamente determinando si ofrece las garantías suficientes para excluir a este respecto toda duda legítima. En la propia materia las apariencias pueden ser importantes, sobre todo en lo penal (ver, entre otras, la Sentencia Hauschildt de 24 mayo 1989 [TEDH 1989, 8], serie A núm. 154, pg. 21, ap. 46-48).

Los dos diputados cuyo comportamiento en el Parlamento criticaba el artículo enjuiciado, y que denunciaron a la Cámara un atentado contra los privilegios (apartado 11 supra), participaron en el procedimiento dirigido contra el acusado, incluida la constatación de culpabilidad y –salvo uno de ellos, que falleció en el intervalo– la fijación de la pena.

Por este motivo, la imparcialidad del órgano de decisión está sujeta a caución y se justifican en la materia los temores del señor Demicoli (Sentencia Hauschildt, previamente citada, serie A núm. 154, pg. 23, ap. 52".

Entre otros aspectos, el demandante solicitó que el TEDH se pronunciarse sobre la necesidad de reformar la Constitución maltesa en relación con los privilegios o prerrogativas del Parlamento. El TEDH, en la línea que hemos señalado más arriba, sostuvo que el CEDH no le permitía realizar dicha condena. Así en el párr. 45 afirma:

"El demandante solicita al Tribunal que obtenga, con ayuda del Gobierno, el voto en el Parlamento de una resolución revocando las que le declararon culpable y condenaron a una multa, la derogación del artículo 11.1k por vía de enmienda a la ordenanza y la supresión, en la Constitución maltesa, de toda referen-

cia a las diligencias por atentado a los privilegios. El Gobierno se opone a ello.

El Tribunal señala que el Convenio no le habilita a admitir esta solicitud. Recuerda que es al Estado a quien corresponde escoger los medios a utilizar en su orden jurídico interno para reparar una situación que ha llevado consigo una violación (ver, mutatis mutandis, la Sentencia Zanghi de 19 febrero 1991 [TEDH 1991, 21], serie A núm. 194-C, pg. 48, ap. 26)".

No obstante, la sentencia, de manera indirecta, acabó provocando una reforma constitucional.³⁹⁶

b') Caso Sejdic et Finci contra Herzegovina

El caso al que nos referimos lo encontramos en la STEDH (Gran Sala) de 22 de diciembre de 2009, y es un ejemplo en el que el Tribunal declara que un precepto de la Constitución de una nación no cumple con el nivel de protección del CEDH.

En concreto, la demanda ante el TEDH la presentaron el señor Sedjic, de origen romaní, y el señor Finci, de origen judío, contra el Estado de Bosnia-Herzegovina. La demanda se fundamentaba en el hecho de que estas personas, atendida la etnia a la que pertenecían, no podían concurrir a las elecciones de la Cámara de los Pueblos y a las elecciones presidenciales en el país indicado.

La prohibición de intervención tiene su fundamento en la misma Constitución política de Bosnia-Herzegovina. Dicha Constitución establece una clara distinción entre los "pueblos constituyentes" y los "otros" pueblos. En concreto, entre los primeros, se inclu-

396 Véase en este sentido, Casadevall, J., El Convenio europeo de derechos humanos..., cit. pág. 115, nota 147.

Consideraciones semejantes podemos hacer si prestamos atención a la sentencia de 28 de octubre de 1998, caso Çiraklar contra Turquía (BDAW TEDH 1998\100). Esta sentencia acabó provocando, también de manera indirecta, la reforma de la constitución de Turquía en relación con la composición de los Tribunales de Seguridad del Estado. Se concedió el amparo porque un juez militar juzgó a un civil por haber participado en una manifestación en la vía pública no autorizada previamente y haber hecho uso de la violencia contra las fuerzas del orden.

En doctrina, Casadevall, J., *El Convenio europeo de derechos humanos...*, cit. pág. 115, nota 147.

yen a las personas que pertenecen al grupo de los bosniacos, al de los croatas o al de los serbios. Los "otros" son los miembros de cualesquiera otras minorías étnicas y personas que declaran que no pertenecen a ningún grupo en particular, por ejemplo, porque han contraído matrimonio con una persona de otro origen étnico, o porque los padres son de origen étnico distinto, o por otras razones. Los demandantes pertenecían a dicha categoría de "otros" grupos étnicos.

Para comprender adecuadamente esta distinción y clasificación en grupos étnicos, debe tenerse presente que en la antigua Yugoslavia, la pertenencia a un grupo étnico era decidida por las mismas personas, en virtud de un "sistema de autoclasificación". Omo indica el TEDH en los antecedentes del caso, "no se requería el cumplimiento de ningún criterio objetivo, como el conocimiento de una lengua determinada o la pertenencia a una religión concreta. Tampoco se requería la aceptación por los demás miembros del grupo étnico en cuestión". Este sistema de autoclasificación es el que hereda Bosnia-Herzegovina. De esta manera, los demandantes que afirmaban ser de étnica romaní y de etnia judía quedaban excluidos de los grupos constituyentes.

En los párrs. 42, 43 y 44, el TEDH lleva a cabo una serie de consideraciones de carácter general sobre la diferencia de trato basada en razones étnicas. Así afirma:

"42. El Tribunal recuerda que la discriminación consiste en tratar de forma distinta, sin justificación objetiva y razonable, a personas que se encuentran en situaciones análogas. Un trato diferenciado carece de «justificación objetiva y razonable» cuando no persigue un «fin legítimo» o no existe una «relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido» (véase, entre muchos otros precedentes, la Sentencia Andrejeva contra Letonia [GS], núm. 55707/2000, ap. 81, 18 de febrero de 2009). El alcance del margen de apreciación de que disponen las Partes Contratantes a este respecto varía según las circunstancias, los ámbitos y el contexto (ibídem, ap. 82).

43. El origen étnico y la raza son conceptos análogos. Mientras que el concepto de raza tiene su origen en la idea de una clasificación biológica de los seres humanos en subespecies basándose en características morfológicas tales como el color de la piel o los rasgos faciales, el origen étnico procede de la idea de que los grupos sociales se distinguen especialmente por una comunidad de nacionalidad, de fe religiosa, lengua, origen cultural y tradicional y entorno. La discriminación basada en el origen étnico de una persona constituye una forma de discriminación racial (véase la definición, citada en el apartado 19 supra, adoptada por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y la mencionada en el apartado 23 supra, adoptada por la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia). La discriminación racial constituye una forma de discriminación especialmente aborrecible que, habida cuenta de la peligrosidad de sus consecuencias, requiere una vigilancia especial y una reacción enérgica por parte de las autoridades. Éstas deben recurrir a todos los medios a su alcance para combatir el racismo, reforzando así la concepción democrática de la sociedad, en la que la diversidad se perciba no como una amenaza, sino como una riqueza (véanse Sentencias Natchova y otros contra Bulgaria [GS], núms. 43577/1998 y 43579/1998, ap. 145, TEDH 2005-VII, y Timichev, anteriormente citada, ap. 56).

44. En este contexto, cuando una diferencia de trato se basa en la raza, el color o el origen étnico, la noción de justificación objetiva y razonable debe interpretarse de la forma más estricta posible (Sentencia D.D. y otros, anteriormente citada, ap. 196). Por otra parte, el Tribunal ha considerado que en una sociedad democrática contemporánea basada en los principios de pluralismo y de respeto por las distintas culturas, no hay posibilidad de justificación objetiva en ninguna diferencia de trato basada exclusivamente o de manera determinante en el origen étnico de una persona (ibídem, ap. 176). Así las cosas, el artículo 14 del Convenio no prohíbe a las Partes

Contratantes tratar a grupos de forma diferenciada con el propósito de corregir «desigualdades fácticas» entre ellos; de hecho, en ciertas circunstancias, es la ausencia de un trato diferenciado para corregir una desigualdad el que, sin una justificación objetiva y razonable, puede constituir una violación de la disposición en cuestión (véase el asunto «relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica» previamente citado, ap. 10 y Sentencia Thlimmenos contra Grecia [GS], núm. 34369/1997, ap. 44, TEDH 2000-IV; y D.H. y otros, anteriormente citada, ap. 175)".

Estas consideraciones generales son las que le llevan a analizar el caso concreto, para reconocer que esa diferencia entre los pueblos a la que se refiere la Constitución buscaba el restablecimiento de la paz en el momento en que se aprueba la texto constitucional como anexo al Acuerdo Marco General para la Paz en Bosnia-Herzegovina (Acuerdo de Paz de Dayton), aprobado en Dayton el 21 de noviembre de 1995.³⁹⁸ Así se subraya en el párr. 45 en el que se afirma:

"Volviendo al presente caso, el Tribunal señala que para poder concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina es necesario declarar la pertenencia a uno de los «pueblos constituyentes». Los demandantes que manifiestan ser de origen romaní y judío, respectivamente, y que no declaran pertenecer a ningún «pueblo constituyente», carecen pues de esta posibilidad (apartado 11 supra). El Tribunal señala que esta regla de exclusión perseguía al menos un fin globalmente compatible con los objetivos generales del Convenio reflejados en su Preámbulo, el restablecimiento de la paz. Cuando se adoptaron las disposiciones constitucionales en-

398 Debe tenerse presente, como subraya el TEDH en el párr. 6 de los hechos de la sentencia, que "la Constitución fue redactada y aprobada sin que se aplicaran los procedimientos que habrían podido conferirle la legitimidad democrática. Negociada y publicada en una lengua extranjera, el inglés, representa el único caso de Constitución que nunca ha sido publicada formalmente en las lenguas oficiales del país en cuestión".

juiciadas, imperaba en el país un frágil alto el fuego. Las disposiciones en cuestión pretendían poner fin a un conflicto brutal marcado por actos de genocidio y de «depuración étnica». La naturaleza del conflicto era tal que era necesaria la aprobación de los «pueblos constituyentes» (bosníacos, croatas y serbios) para garantizar la paz. Ello explica, sin necesariamente justificarla, la ausencia de representantes de las otras comunidades (especialmente las comunidades romaní y judía locales) en las negociaciones de paz y el deseo de los negociadores de velar por la igualdad efectiva entre los «pueblos constituyentes» en la sociedad post-conflicto".

Sin embargo, la adhesión de Bosnia-Herzegovina al CEDH, el TEDH considera que la diferencia de trato y la exclusión del sufragio pasivo a los "otros" ciudadanos, supone una clara violación del derecho reconocido en el artículo 14 del CEDH. En la línea de lo que hemos indicado, el TEDH no condenó al Estado a modificar su texto constitucional, sino simplemente, a indemnizar a los demandados. ³⁹⁹ En concreto, 1.000 euros de indemnización en favor del primero de los demandantes, y 20.000 euros, a favor del segundo. ⁴⁰⁰

- 399 Sobre esta sentencia y su análisis, Kucukalic Ibrahimovic, E., El lugar de "los Otros" en la Constitución de Bosnia y Herzegovina. La representación constitucional de las minorías y sus consecuencias sobre los derechos individuales, en Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núms. 67-68, 2009, págs. 135-152.
- 400 Así, se prestamos atención al fallo de la sentencia podremos ver que el TEDH "1. Decide, por unanimidad, acumular las demandas;
 - 2. Declara admisibles, por mayoría, las quejas principales relativas a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia-Herzegovina;
 - 3. Declara admisibles, por unanimidad, las quejas principales relativas a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones presidenciales de Bosnia-Herzegovina;
 - 4. Declara, por unanimidad, admisible el resto de las demandas;
 - 5. Declara, por catorce votos contra tres, que ha habido violación del artículo 14 en relación con el artículo 3 del Protocolo núm. 1, en lo referente a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones a la Cámara de los Pueblos de Bosnia-Herzegovina;

b) En la jurisprudencia de la CIDH: Caso <La última tentación de Cristo> (Olmedo Bustos y otros vs Chile)

Si atendemos a los antecedentes del asunto, debemos tener presente que el 15 de enero de 1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sometió ante la CIDH una demanda contra la República de Chile, originada en una denuncia presentada ante la Comisión. Dicha denuncia fue presentada por los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, a causa de la censura judicial impuesta para la exhibición cinematográfica en Chile de la película: "La última tentación de Cristo".

- 6. Declara, por unanimidad, que no ha lugar a examinar la misma queja desde el punto de vista del artículo 3 del Protocolo núm. 1 considerado aisladamente o del artículo 1 del Protocolo núm. 12;
- 7. Declara, por dieciséis votos contra uno, que ha habido violación del artículo 1 del Protocolo núm. 12 en lo referente a la imposibilidad para los demandantes de concurrir a las elecciones presidenciales de Bosnia-Herzegovina;
- 8. Declara, por unanimidad, que la constatación de violación constituye en sí misma una satisfacción equitativa suficiente por todo el daño moral que pudieran haber sufrido los demandantes.

9. Declara

- a) Por dieciséis votos contra uno, que el Estado demandado deberá abonar al primer demandante, dentro del plazo de tres meses, 1.000 EUR (mil euros) en concepto de gastos y costas, cantidad a convertir en marcos convertibles al cambio aplicable en el momento del pago, más las cargas fiscales correspondientes
- b) Por quince votos contra dos, que el Estado demandado deberá abonar al segundo demandante, dentro del plazo de tres meses, 20.000 EUR (veinte mil euros) en concepto de gastos y costas, cantidad a convertir en marcos convertibles al cambio aplicable en el momento del pago, más las cargas fiscales correspondientes;
- c) Por unanimidad, que estas sumas se verán incrementadas por un interés simple anual equivalente al tipo de interés de la facilidad marginal de los préstamos del Banco central europeo incrementado en tres puntos a partir de la expiración del antedicho plazo de tres meses y hasta el pago;
- 10. Rechaza, por unanimidad, el resto de la solicitud de indemnización del segundo demandante".

Para entender adecuadamente el alcance de la sentencia que estudiamos, debe tenerse presente que el artículo 19, número 12, de la Constitución Política de Chile de 1980, establecía un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. 401

A su vez, el Decreto Ley número 679 de 1 de octubre de 1974, facultaba al Consejo de Calificación Cinematográfica para orientar la exhibición cinematográfica en Chile y realizar la calificación de las películas. 402

Este Consejo de Calificación, el 29 de noviembre de 1988, rechazó la exhibición de la película. ⁴⁰³ No obstante, el 11 de noviembre de 1996, el Consejo de Calificación Cinematográfica revisó la prohibición y acabó autorizando la exhibición de la película, para mayores de 18 años. ⁴⁰⁴

Ante dicha autorización, siete personas "por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos", presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile, la cual, dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación. ⁴⁰⁵ La Corte Suprema de Justicia, confirmó esta sentencia. ⁴⁰⁶

Es justamente frente a dicho rechazo a la exhibición cinematográfica, basada en una situación de censura previa, por la que se presentó la denuncia ante la Comisión. Ésta se dirigió a la Corte solicitando que ordenara al Estado chileno a autorizar la normal exhibición cinematográfica y pública de la película, así como a adecuar sus normas constitucionales y legales a los estándares sobre libertad de expresión consagrados en la CADH. Al respecto, la Comisión sostiene que "en los casos en que una disposición constitucional resulta incompatible con la Convención, el

- 401 Véase, hechos probados de la Sentencia, párr. 60, a).
- 402 Véase, hechos probados de la Sentencia, párr. 60, b).
- 403 Véase hechos probados de la Sentencia, 60, c).
- 404 Véase, hechos probados de la Sentencia, 60, d).
- 405 Véase, hechos probados de la Sentencia, 60, e).
- 406 Véase hechos probados de la Sentencia, 60, f).
- 407 Véase, introducción de la causa, párr. 3.

Estado parte está obligado, de conformidad con el artículo 2, a adoptar las medidas legislativas (constitucionales y ordinarias) necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades garantizados por la Convención". 408

El problema que se le sometió a la consideración de la Corte, giraba en torno, principalmente, a la posible violación del derecho a la libertad de pensamiento y expresión reconocido en el artículo 13 CIDH. 409 Sobre dicho derecho, la Corte comienza indicando que tiene una doble dimensión. Así, en el párr. 64 de la sentencia se afirma:

"En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: "ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno".

Posteriormente, la Corte analiza las exigencias derivadas de la dimensión individual y la colectiva. Así en relación con la individual, en el párr. 65 afirma:

"Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende

- 408 Véase, procedimiento ante la Comisión, párr. 10.
- 409 Dejamos al margen la referencia a la otra posible vulneración que se entendía producida, que era la del artículo 12 CIDH, en el que se reconoce el derecho a la libertad de conciencia y de religión. Al respecto, la CIDH consideró que no se produjo la violación de tal derecho. Véase en este sentido, los párrs. 76 a 80 de la sentencia.

además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente".

Y sobre la dimensión colectiva, en el párr. 66 se afirma:

"Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia".

Realizadas las anteriores consideraciones, a las que suma que "la Corte considera que ambas dimensiones poseen igual importancia y deben ser garantizadas en forma simultanea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión" (párr. 67), entra a analizar si el sistema de censura previa existente en Chile, vulneraba las exigencias derivadas del artículo 13 CIDH.

Y en dicho análisis, llega a la conclusión de que la previsión constitucional de censura previa, es claramente lesiva del derecho al que nos hemos referido. En concreto, en los párrs. 70 y 71, afirma:

"Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.

71. En el presente caso, está probado que en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición

y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años (supra párr. 60 a, c y d). Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección interpuesto por los señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irarrázabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Cristian Heerwagen Guzmán v Joel González Castillo, "por y en nombre de [...] Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos"; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo" constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención".

En la medida en que existe contradicción entre el ordenamiento interno constitucional y la CIDH, condena al Estado chileno a adecuar su ordenamiento interno a las exigencias derivadas del artículo 13 CIDH. Así se contempla en los párrs. 97 y 98 de la sentencia, en los que se afirma:

"97. Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, para permitir la exhibición cinematográfica y la publicidad de la película "La Última Tentación de Cristo", ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.

98. En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno chileno que regulan la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana en el sentido de que no puede haber censura previa. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquéllas disposiciones convencio-

nales. En consecuencia, Chile debe adoptar las medidas apropiadas para reformar, en los términos del párrafo anterior, su ordenamiento jurídico interno de manera acorde al respeto y el goce del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en la Convención".

Y en el punto resolutivo número 4 dispone:410

"decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película "La Última Tentación de Cristo", y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto".

4. Bibliografía

- CASADEVALL, J., El Convenio europeo de derechos humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- CUCARELLA GALIANA, L. A., Constitución, Jurisdicción y derechos fundamentales, en Estudios de Derecho Procesal constitucional y Convencional. Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2015.
- GÓMEZ ROBLEDO, A., Caso la "Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 25, julio-diciembre 2011.
- KUCUKALIC IBRAHIMOVIC, E., El lugar de "los Otros" en la Constitución de Bosnia y Herzegovina. La representación constitucional de las minorías y sus consecuencias sobre los derechos individuales, en Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núms. 67-68, 2009.
- 410 Sobre esta sentencia, Gómez Robledo, A., Caso la "Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs Chile. Sentencia del 5 de febrero de 2001. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 25, julio-diciembre 2011, págs. 333-338.

- LINDE, E.; ORTEGA, L. I.; SÁNCHEZ MORÓN, M., El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., coordinador). Civitas, Madrid, 1979.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europea. Cuadernos Civitas. Cizur Menor (Navarra), 2006.
- MONTESQUIEU, C. L., El espíritu de las leyes. Ediciones Istmo 2002.
- MARTÍNEZ LAZCANO, A. J., Sistema interamericano de protección de derechos humanos o sistema latinoamericano de protección de derechos humanos, en Sistema regionales de protección de derechos humanos (con CUCARELLA GALIANA, L. A., FIGUEIRA TONETTO, F.; LOPES SALDANHA, J., MARTÍNEZ LAZCANO, A. J., coord.). México, 2014.
- OLARIETA ALBERDI, J. M., La separación de poderes en el constitucionalismo burgués. Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y jurídicas, núm. 4, 2011.
- ORTELLS RAMOS, M., Introducción al Derecho Procesal (con BONET NAVARRO, J.; MASCARELL NAVARRO, M. J.; CÁMARA RA RUIZ, J.; JUAN SÁNCHEZ, R.; BELLIDO PENADÉS, R.; CUCARELLA GALIANA, L A.; MARTÍN PASTOR, J.; ARMENGOT VILAPLANA, A.). Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor (Navarra), 5ª edición, 2015.
- RIPOL CARULLA, S., El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español. Atelier, Barcelona, 2007.
- RODRÍGUEZ, A., Integración europea y derechos fundamentales. Civitas. Madrid, 2001.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., La reforma del mecanismo de protección del Convenio europeo de derechos humanos. Colex 1995.
- VILLALBA BERNIÉ, P. D., Sistema Interamericano de derechos humanos. La Ley. Asunción, 2014.

Violación colectiva de derechos humanos y mecanismos procesales de protección en el sistema europeo⁴¹¹*

I. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos como órgano jurisdiccional supranacional del Consejo de Europa

A) ORIGEN

El fin de la II guerra mundial dio paso a los intentos de reconstruir la vieja Europa. Como figura esencial en dicha reconstrucción, debemos señalar el papel que ha desempeñado el CE, cuyo Estatuto está hecho en Londres el 5 de mayo de 1949.

Los trabajos preparatorios para la creación de este organismo internacional, comenzaron en el Congreso de La Haya de 1948 y en él intervinieron una veintena de países europeos. Son varias las resoluciones adoptadas, pero en lo que nos interesa, se tomó la decisión de crear "una unión económica y política con el fin de garantizar la seguridad, la independencia económica y el progreso social, la convocatoria de una asamblea consultiva elegida por los parlamentos, la elaboración de una carta europea de derechos humanos y de un tribunal para aplicar sus decisiones".

Sin embargo, el enfrentamiento político e ideológico entre los países orientales y occidentales de Europa, determinó que los primeros, quedaran descolgados de este proceso.

411 * El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación número de referencia DER2015-69722-R (MINECO/FEDER).

Ponencia presentada en el Coloquio de Investigación en Derecho: Desafíos de la Justicia Constitucional y Civil", celebrado en Valencia, España, los días 26, 27 y 28 de octubre de 2016.

El 5 de mayo de 1949, en Londres, tuvo lugar la firma del tratado constitutivo del CE. Son diez los países que lo firmaron: los Reinos de Bélgica, Dinamarca; Países Bajos; Noruega; Suecia y Gran Bretaña e Irlanda del Norte, así como las Repúblicas francesa, irlandesa y el Gran Ducado de Luxemburgo. A día de hoy, son un total de cuarenta y siete países europeos los que forman parte del CE. 412

En este trabajo vamos a centrarnos en el papel que desempeña el CE y sobre todo, el Tribunal para la protección de los derechos humanos que se ha creado en el marco de dicho Consejo. Nos referimos al TEDH.⁴¹³

Son muchos los aspectos que pueden tratarse de dicho órgano jurisdiccional. Así, por ejemplo, podría ser objeto de estudio los principios sobre la base de los cuales se estructura el proceso seguido ante el mismo, ⁴¹⁴ o los aspectos relativos a los medios de impugnación que proceden. ⁴¹⁵ Sin embargo, en este trabajo vamos a centrarnos, sobre todo, en los aspectos relativos a las sentencias que emite el Tribunal. Y más en concreto, nos preocupa analizar el sistema existente mediante el cual, puede logarse una

- 412 Así, a los diez a los que nos hemos referido anteriormente, hay que sumar los que siguen: Albania, Armenia, Andorra, Austria, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, república Checa, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Latvia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, república de Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, Rumanía, Federación Rusa, San Marino, Serbia, República eslovaca, Eslovenia, España, Suiza, Macedonia, Turquía y Ucrania. Tienen la condición de Estados observadores, la Santa Sede, Canadá, México, Estados Unidos de Norteamérica, Israel y Japón.
- 413 A partir de ahora TEDH.
- 414 Sobre los mismos, Cucarella Galiana, L. A., Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Constitucional (Velandia Canosa, E. A., dir.), con otros. Universidad de Santo Tomás. Legis, Colombia 2015, pp. 181-203.
- 415 Al respecto, Cucarella Galiana, L. A., Recursos y medios de impugnación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Constitucional (Velandia Canosa, E. A., dir. Científico), con otros. VC editores, Legis. Colombia 2014, pp. 739-762.

tutela de intereses difusos o colectivos. ⁴¹⁶ Nos referimos a la denominada sentencia piloto.

B) FINALIDAD

La finalidad del CE aparece claramente expresada en el artículo 1 ECE. Así, en la letra a) del mismo se subraya que la misma "consiste en 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". ⁴¹⁷ Como se indica a continuación en la letra b), esta finalidad se pretende alcanzar "a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la con-

- 416 Dejamos fuera de nuestro trabajo también, el análisis de otros fenómenos tendentes a crear una jurisdicción penal supranacional, cuya idea adquiere fuerza tras el desarrollo de los juicios de Núremberg y Tokio.
 - Véase sobre los mismos, Gimeno Sendra, J. V., "La experiencia de los "juicios de Nürenberg" y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional". La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 1, 1998, pp. 1766-1768.
- 417 En este contexto, creemos que deben tenerse presentes las palabras que preceden al articulado del ECE, pues claramente se subraya la finalidad que se persigue. Así, se afirma que "convencidos de que la consolidación de la paz, basada en la justicia y la cooperación internacional, es de interés vital para la preservación de la sociedad humana y de la civilización;

Reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia.

Persuadidos de que para salvaguardar y hacer que se realice progresivamente este ideal y en interés del progreso social y económico, se impone una unión más estrecha entre todos los países europeos animados de los mismos sentimientos;

Considerando que, para responder a esa necesidad y a las aspiraciones manifiestas de sus pueblos, a partir de este momento se requiere crear una organización que agrupe a los Estados europeos en una asociación más íntima.

Han decidido, en consecuencia, constituir un Consejo de Europa, compuesto de un Comité de representantes de los Gobiernos y de una Asamblea Consultiva, y con tal propósito han adoptado el presente Estatuto".

clusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales". 418

Para alcanzar los objetivos de la protección real y efectiva de los derechos humanos, el artículo 3 ECE añade que "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".

La sede del CE es Estrasburgo (art. 11 ECE), y sus idiomas oficiales son el francés y el inglés (art. 12 ECE).

C) ÓRGANOS

Los órganos del CE pueden clasificarse en órganos de naturaleza ejecutiva, deliberante y jurisdiccional. En concreto, se trata del Comité de Ministros, la Asamblea Consultiva o Parlamentaria -estando ambos órganos, asistidos por la Secretaría del Consejo-(art. 10 ECE) y el TEDH.

a) Órgano ejecutivo

Los aspectos relativos al Comité de Ministros se regulan en el capítulo IV ECE (arts. 13-21). El Comité es el órgano que actúa en nombre del CE (art. 13 ECE). Cada miembro tiene un representante en el Comité de Ministros y cada representante tiene un

418 En general, Casadevall, J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia. Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 25-26 afirma que "el Consejo de Europa pretende también promover la toma de conciencia y puesta en valor de la identidad cultural europeo y su diversidad, hallar soluciones a los problemas actuales de sociedad (la discriminación, la xenofobia, la intolerancia, el medioambiente, la genética, la droga, el sida, el crimen organizado...) y desarrollar la estabilidad democrática en Europa (...)".

voto. Dicho representante es el Ministro de Asuntos Exteriores de cada uno de esos Estados (art. 14 ECE⁴¹⁹).

b) Órgano deliberante

La regulación de la Asamblea Consultiva se incluye en el capítulo V (arts. 22-33 ECE). La Asamblea es el órgano deliberante del CE. Delibera sobre los asuntos que son de su competencia y transmite sus conclusiones al Comité de Ministros (art. 22 ECE).

c) Órgano jurisdiccional

El CEDH tras la enumeración de los derechos que resultan protegidos, incluye en el capítulo II (arts. 19-51) la regulación relativa al mecanismo de control que se prevé. En concreto, se regulan los aspectos referentes al TEDH. En este sentido, el artículo 19 CEDH dispone que "con el fin de asegurar el respeto a los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se instituye un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo sucesivo denominado <el Tribunal>. Funcionará de manera permanente".

Como puede apreciarse el CEDH ha llevado a la instauración de un órgano jurisdiccional al que le compete el conocimiento de las demandas por violación de los derechos fundamentales protegidos en el ámbito del CEDH y sus protocolos adicionales. 420

II. Notas estructurales del TEDH

A) SU CONDICIÓN DE TRIBUNAL PERMANENTE

El hecho de que nos encontremos ante un Tribunal permanente, es un presupuesto esencial para que se respeten las exigencias

- 419 Este art. añade que "cuando un Ministro de Asuntos Exteriores no pueda asistir a las sesiones, o cuando otras circunstancias lo aconsejen, podrá designarse un suplente que actúe en su lugar; éste será, en la medida de lo posible, un miembro del Gobierno de su país".
- 420 Sobre la competencia de este Tribunal, Cucarella Galiana, L. A., Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo (et. al., Martínez Lazcano, A. J., coord.-, Primera Instancia, México, 2014, pp. 66-68.

derivadas del principio del juez ordinario predeterminado por el ordenamiento jurídico. 421 Nótese, por lo tanto, que no se trata de un Tribunal que se crea ex post facto, es decir, para el enjuiciamiento de un hecho cuando éste ya se ha producido. Su carácter permanente permite que se trate de un órgano que preexiste a los asuntos que va a juzgar. Nos encontramos, por lo tanto, ante un tribunal que no puede ser considerado como de excepción. 422

B) ES UNA JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL

El TEDH es un órgano que se constituye en el ámbito del CEDH y que por lo tanto, tiene el carácter de supranacional. Presupuesto para que este órgano pueda conocer de los diferentes asuntos que le competen y sus decisiones puedan surtir eficacia en cada uno de esos Estados, es que se le reconozca jurisdicción. Es decir, ningún poder fuera de la soberanía de cada uno de los Estados de Europa, puede configurar la Jurisdicción de esos Estados. Ahora bien, nada impide que en el ejercicio de su poder soberano, los Estados renuncien a parte de su soberanía para reconocer jurisdicción al TEDH. 423

C) FUNCIONES JURISDICCIONALES DECLARATIVAS

La referencia a las labores jurisdiccionales del TEDH nos conduce a plantearnos cuáles son las funciones que el CEDH le atribuye. Es decir, tenemos que concretar si nos encontramos ante un verdadero órgano jurisdiccional.

- 421 Sobre este principio, Ortells Ramos, M., *Introducción al Derecho Procesal* (et. al.). Aranzadi, 4ª edición, 2015, pp. 109-115.
- 422 Se evitan así, los problemas que desde un punto de vista procesal, plantearon en su día los tribunales de Nüremberg, o el Tribunal penal internacional constituido para el enjuiciamiento de los crímenes de guerra cometidos en la antigua Yugoslavia.
 - Sobre los problemas relativos al primero de los tribunales citados, Gimeno Sendra, J. V., op. cit. pp. 1766-1768.
- 423 El problema está, como luego veremos, en que creemos que no basta con se reconozca jurisdicción a dicho Tribunal. Los Estados deben ir más allá, y articular mecanismos efectivos para que las sentencias dictadas por este Tribunal puedan surtir eficacia directa en el ámbito interno. Posteriormente analizaremos este problema.

De entrada, el hecho de que el CEDH denomine a este órgano como "tribunal", sumado al hecho de que, se refiera a los integrantes del mismo como "jueces", pone de relieve el carácter jurisdiccional del órgano. Ahora bien, no basta con la denominación que se le dé, o las palabras que se utilicen, sino que debemos constatar si al TEDH se le atribuyen verdaderas funciones jurisdiccionales. Para resolver esta cuestión, debe tenerse presente el artículo 32 CEDH que dispone que "la competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidas en las condiciones previstas en los arts. 33, 34, 46 y 47". La integración de los citados artículos, evidencia cuáles son las funciones del TEDH. Así, conoce de las demandas que den origen a un proceso declarativo por violación de derechos fundamentales. 424 Dicha demanda puede presentarla cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares "que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos" (art. 34 CEDH⁴²⁵).

Se trata efectivamente, de una actuación del TEDH en la que se "juzga" si ha habido una violación de un derecho reconocido en el CEDH o sus protocolos. La actuación del Tribunal es con desinterés objetivo, es decir, actuando por vía de heterotutela, ⁴²⁶ y con eficacia de cosa juzgada, ya que sus decisiones no son revisadas por ninguna otra instancia nacional o supranacional. ⁴²⁷ Es el demandante el que determina subjetivamente el proceso y el que lo dota de objeto. Por lo tanto, cuando el asunto llega al TEDH, éste es ajeno a la cuestión sobre la que juzga. No se trata, por lo

⁴²⁴ Sobre esta competencia, Sánchez Legido, A., La reforma del mecanismo de protección del Convenio europeo de derechos humanos. Colex 1995, pp. 175-179.

⁴²⁵ Esta disposición añade que "las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho".

⁴²⁶ Sobre esta nota característica de la actuación jurisdiccional, Ortells Ramos, M., op. cit. pp. 135-141.

⁴²⁷ En general, sobre esta eficacia de la actuación jurisdiccional, Ortells Ramos, M., op. cit. pp. 130-132.

tanto, de un órgano administrativo que por vía de autotutela imponga su decisión. 428

El artículo 33 CEDH pone de manifiesto que el TEDH también tiene competencia para conocer de las demandas que un Estado parte interponga con otro, cuando se incumpla alguna de las obligaciones derivadas del CEDH o de sus protocolos.⁴²⁹

D) LA FUNCIÓN DEL TEDH NO SE EXTIENDE A LA ACTIVIDAD EJECUTIVA

Si se presta atención al artículo 46.1 CEDH, se constata que las "las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes". Y el apartado 2 añade que "la sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución". Nótese que el TEDH carece de instrumentos coercitivos para poder exigir, por la fuerza, el cumplimiento de sus decisiones. Es decir, se atribuye al Tribunal la competencia para poder "juzgar", pero no para poder "ejecutar lo juzgado". Es el Comité de Ministros, el que de acuerdo con las funciones que tiene atri-

428 Existen posiciones doctrinales que sostienen que el TEDH, en ocasiones, acaba actuando como un verdadero tribunal constitucional europeo. Se subraya esta posibilidad, sobre la base de que el Tribunal, ha permitido que pueda interponerse una demanda por quien potencialmente sea víctima de una violación que pueda producirse en una norma interna de un Estado. Por esta vía, se sostiene que el TEDH acaba asumiendo una función de control de constitucionalidad de la normas. Véase en este sentido, Rodríguez, A., *Integración europea y derechos fundamentales*. Civitas 2001, pp. 121-122.

También puede verse, Rollnert Liern, G., "El protocolo nº11 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo?" Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadriuque Furió Ceriol, núm. 13, 1995, pp. 239-257.

429 Sobre esta competencia, Sánchez Legido, A., op. cit. pp. 171-175.

A las competencias señaladas, debe sumarse que el TEDH también desempeña una función consultiva a petición del Comité de Ministros, sobre cuestiones referentes a la interpretación del CEDH y de sus Protocolos. Sobre la misma, Casadevall, J., op. cit. p. 79.

buidas, debe velar por la ejecución de las sentencias.⁴³⁰ Sin embargo, la ejecución forzosa queda en manos del Estado condenado, así como la elección de los medios idóneos para dar cumplimiento a la sentencia, tal y como analizamos más adelante.

III. Clases de sentencias

La manera normal de terminación del proceso seguido ante el TEDH tiene lugar cuando el Tribunal se pronuncia sobre la adecuación de la pretensión interpuesta, al CEDH y a sus protocolos adicionales. ⁴³¹ Es decir, cuando el TEDH se pronuncia sobre el fondo del asunto. Para ello, la resolución que debe dictar es una sentencia.

En este apartado pretendemos estudiar las clases de sentencias que pueden dictarse.

A) SENTENCIAS DE FONDO O PROCESALES

Así, en primer lugar, hemos dicho que cuando el TEDH se pronuncia sobre el fondo del asunto, debe dictarse una sentencia. Así, el pronunciamiento sobre el fondo del asunto en sentencia, lo encontramos en los artículos 28.1 b) CEDH para el caso de los Comités de tres magistrados; 29.1 CEDH, para el caso de las sentencias dictadas por las Salas; y 31 CEDH, para las sentencias dictadas por la Gran Sala.

Sin embargo, no sería correcto decir que todas las sentencias que dicta el Tribunal son de fondo. Nos podemos encontrar con

- 430 El art. 46.3 CEDH añade que "cuando el Comité de Ministros considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá remitir el asunto al Tribunal con el objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de remisión al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité".
- 431 Al respecto, hay que tener presente que ésa es la tutela que puede solicitarse y la que condiciona que pueda desarrollarse el proceso ante este Tribunal. De hecho, el artículo 35.3 a) CEDH contempla como causa de inadmisión de una demanda que sea "incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos".

sentencias de carácter meramente procesal. Al respecto, debemos recordar que el pronunciamiento relativo al archivo de una demanda admitida en los casos del artículo 37 CEDH, debe revestir la forma de sentencia⁴³² (art. 43.3 RTEDH). Solamente el caso de archivo de la demanda por declaración unilateral del Estado demandado, reviste la forma de decisión y no de sentencia (art. 43.3 RTEDH).

B) SENTENCIAS CONDENATORIAS O ABSOLUTORIAS

Un segundo criterio de clasificación es el que atiende al tipo de pretensión que haya interpuesto, y en función de la misma, la sentencia será de una clase u otra. Sin embargo, este criterio de clasificación solamente nos permite hablar de la existencia de sentencias de carácter condenatorio o absolutorio. En este sentido, debe tenerse presente el contenido del artículo 34 CEDH que regula el ejercicio de las acciones individuales.

Nosotros no compartimos las posiciones doctrinales que sostienen que las sentencias del TEDH no sean de carácter condenatorio. Se apoyan en su argumentación diciendo que el Tribunal carece de poder coercitivo. Sin embargo, nosotros creemos que se están confundiendo dos cosas distintas. Por un lado, el Tribunal puede condenar si considera que se ha producido la violación del CEDH o de los Protocolos. Es decir, el TEDH "declara", en la sentencia dictada al final del proceso, que se ha producido la violación de un derecho del CEDH o de sus Protocolos, pero "condena" al Estado demandado a restituir al demandante en el goce pacífico de su derecho. No obstante, dicho Tribunal no puede ejecutar lo que ha juzgado. Ahora bien, la ausencia de poder coercitivo no desnaturaliza el carácter condenatorio del pronunciamiento. Existe un deber de prestación que se impone al Estado cuyo incumplimiento puede llevar aparejada una serie de consecuencias.

432 Nos referimos a los casos en que el demandante no esté dispuesto a mantener la sentencia (art. 37.1 *a*) CEDH); que el litigio haya sido ya resuelto (art. 37.1 CEDH); o que por cualquier otro motivo verificado por el TEDH, ya no esté justificada la prosecución del examen de la demanda (art. 37.1 *c*) CEDH).

Dicha sentencia condenatoria se impone como cosa juzgada al Estado que ha sido condenado. Como indica la doctrina, debe entenderse Estado en sentido amplio, es decir, la condena "se impone a todas las autoridades nacionales con independencia de la separación de poderes". La condena "se impone a todas las autoridades nacionales con independencia de la separación de poderes".

C) SENTENCIAS DEFINITIVAS O NO DEFINITIVAS

Como tercer criterio a tener en cuenta, hay que atender al régimen de impugnación de la sentencia. Así, si la misma no es impugnable, viene a denominarse, sentencia definitiva. Al respecto, son definitivas o firmes las sentencias que dictan los Comités de tres magistrados aplicando jurisprudencia bien establecida del Tribunal (art. 28.1 y 28.2 CEDH). Contra dichas sentencias no procede medio de impugnación alguno.

También son definitivas las sentencias dictadas por la Salas integradas por siete magistrados en los siguientes casos⁴³⁵ (art. 42 en relación con el art. 44.2 CEDH):

- 1°) Cuando las partes hayan declarado que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala (art. 44.2 a) CEDH).
- 2°) Cuando no haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala tres meses después de la emisión de la sentencia (art. 44.2 b) en relación con los arts. 31 c) y 43 CEDH).
- 3°) Cuando el colegio de cinco magistrados de la Gran Sala rechace la remisión del asunto (art. 44.2 c) CEDH). Al respecto, hay que subrayar que remitido el asunto a la Gran Sala en
- 433 Casadevall, J., op. cit. p. 110, en la que afirma que "la sentencia del TEDH es declarativa y se impone como cosa juzgada al Estado que ha sido parte en el caso concreto".
- 434 Casadevall, J., op. cit. p. 110, nota 135.

Ahora bien, si directamente el Estado condenado es el que resulta afectado, indirectamente, todos los Estados parte del CE también deben tener en cuenta el contenido de dicha sentencia, aunque con carácter relativo. Al respecto, debe tenerse presente que con dicha sentencia se están interpretando y delimitando el contenido de los derechos reconocidos en el CEDH y en su protocolos. En este sentido, Casadevall, J., op. cit. p. 110.

435 Véase al respecto, Casadevall, J., op. cit. p. 110.

el plazo de tres meses desde que se dictó la sentencia, un colegio de cinco jueces de la Gran Sala debe pronunciarse sobre la aceptación de la demanda a trámite. Para ello, se tiene en cuenta que el asunto platee una "cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o una cuestión grave de carácter general" (art. 43.2 CEDH).

La doctrina ha calificado a este colegio de cinco jueces, como "un órgano de filtraje", ⁴³⁶ que debe valorar "la excepcionalidad de los casos y decidir si el asunto, ya juzgado antes por una Sala, plantea una cuestión importante sobre la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o incluso una cuestión seria de carácter general que justifique el reenvío, un segundo examen y el pronunciamiento de una nueva sentencia". ⁴³⁷

Por último, también es definitiva la sentencia que dicte la Gran Sala a partir de su pronunciamiento⁴³⁸ (art. 44.1 CEDH).

D) SENTENCIAS DE TUTELA INDIVIDUAL O COLECTIVA

Esta clasificación es la que nos va a servir como punto de partida para el análisis de la sentencia piloto. Entendemos como sentencia para la tutela individual, aquella en la que se concede la tutela exclusivamente a la persona que ha ocupado la posición activa en el proceso. Este sujeto es el único que puede beneficiarse de las medidas incluidas en el fallo para dar cumplimiento a la condena. Así, por ejemplo, debe tenerse presente que en la práctica, son muy habituales las sentencias en las que se otorga el amparo, y el TEDH fija en el fallo el importe de la indemnización que debe abonar el Estado condenado.

Por el contrario, entendemos como sentencias de tutela colectiva, aquellas en las que lo resuelto en el fallo, además de beneficiar al demandante, indirectamente, beneficia a otros sujetos que no han actuado como actores en dicho proceso. Nos estamos refriendo a sentencias con las que se puede lograr una protección colectiva de derechos humanos. Este tipo de sentencias son más novedosas y se van abriendo paso en la jurisprudencia del TEDH.

```
436 Casadevall, J., op. cit. p. 83.
```

⁴³⁷ Casadevall, J., op. cit. p. 83.

⁴³⁸ Véase en este sentido, Casadevall, J., op. cit. p. 110.

Pues bien, el objetivo de este trabajo es prestar atención a esta realidad, analizando, diferentes casos.

En este tipo de sentencias, el TEDH detecta la existencia de un fallo estructural, normativo o fáctico, que fue el origen de la violación de los derechos humanos. A la vez que concede la tutela individual solicitada, impone al Estado una serie de medidas generales que debe adoptar, con el fin de evitar que en el futuro puedan producirse nuevas violaciones. La sentencia del TEDH, al contener este pronunciamiento, indirectamente, tutela a potenciales víctimas de la misma violación sobre la que se ha pronunciado. Si efectivamente el Estado condenado corrige el fallo estructural, no habrá nuevas víctimas efectivas por esa causa o motivo.

Dentro de esta categoría, aún podemos ir más allá y podemos hablar de las denominadas sentencias piloto como pronunciamiento para la protección colectiva de derechos. Este tipo de sentencia se dicta cuando se detecta un fallo estructural normativo o fáctico que provoca violaciones de derechos humanos a gran escala. Esa violación masiva podría originar, o haber originado ya, una presentación masiva de demandas ante el TEDH. Para dar respuesta a esta situación, el TEDH dicta una dando respuesta a una violación individual, pero sin embargo, se fijan medidas generales que debe tener en cuenta el Estado condenado y se decide aplazar el pronunciamiento sobre los asuntos en los que se alegue la misma violación y que se encuentren pendientes ante el TEDH. Durante el tiempo en que se aplaza la resolución de dichos asuntos, se pretende que el Estado elimine el fallo estructural y a su vez, que pueda intentar llegar a un arreglo amistoso con los demandantes, tomando como referencia lo que el TEDH resolvió en la sentencia piloto.

IV. La sentencia piloto. Regulación normativa

El Comité de Ministros, en su sesión de 12 de mayo de 2004, adoptó una resolución en virtud de la cual invitaba al TEDH, cuando conociera de las demandas de amparo, a identificar, cuando fuera posible, el problema estructural subyacente. Esta invitación se efectuó, sobre todo, cuando se tratara de problemas que pudieran dar origen a numerosas demandas, y con el objetivo de ayudar a los Estados parte a buscar una solución adecuada a dicho

problema, y su vez, facilitar la labor de control del cumplimiento, por parte del Comité de Ministros. 439

El RTEDH, en su artículo 61 regula el procedimiento de la sentencia piloto. Pues bien, lo que pretendemos realizar en este apartado, es el análisis de los requisitos normativos relativos al procedimiento y sentencia piloto.

A) PROCEDIMIENTO QUE CONDUZCA A LA EMISIÓN DE UNA SENTENCIA PILOTO: PRESUPUESTOS

Los presupuestos se encuentran previstos en el artículo 61.1 RTE-DH y son los siguientes:

a') Existencia de un problema estructural o sistémico u otra disfunción similar en el Estado demandado

Este primer requisito aparece expresado con total claridad en el apartado 1 al que nos hemos referido. Dicho problema puede afectar a su ordenamiento jurídico o práctica judicial o administrativa, por ejemplo. Lo relevante es que esas actuaciones u omisiones generan una violación de alguno de los derechos incluidos en el CEDH o en sus protocolos adicionales.

El TEDH ha entendido que las sentencias piloto se pueden dictar cuando se trata de supuestos de violaciones repetitivas y a gran escala, ocasionadas por "carencias o disfunciones estructurales y sistemáticas en el orden jurisdiccional de ciertos Estados". ⁴⁴⁰ En todo caso, posteriormente analizaremos algunos casos significativos de emisión de sentencias piloto.

b') Que dicho problema afecte (o pueda afectar) de manera reiterada a un colectivo (determinado o no) de personas

Para poder recurrir a este procedimiento, no es preciso que exista una violación masiva en la que concurra necesariamente la nota de ser efectiva o real. Lo importante es que el problema subyacente sea capaz de generar una violación masiva de derechos humanos, sea efectiva o potencial.

```
439 Véase, Casadevall, J., op. cit. p. 115.
```

⁴⁴⁰ Casadevall, J., op. cit. p. 116.

En este sentido, las situaciones con las que nos podríamos encontrar son dos. La primera, que se haya presentado una única demanda contra el Estado por una deficiencia estructural que puede ocasionar que acaben presentándose posteriores demandas. En este caso, hay un único supuesto pendiente ante el TEDH y se emite sentencia piloto.

Pues bien, tendremos que analizar después, qué ocurriría con las eventuales demandas que pudieran presentarse frente al mismo Estado, mientras éste adopta las medidas generales impuestas en la sentencia piloto y que son necesarias para evitar que se puedan producir nuevas violaciones. Es decir, tenemos que concretar en qué medida, la emisión de la sentencia piloto incide sobre los eventuales procesos que puedan iniciarse con posterioridad a su emisión y antes de que se haya cumplido lo que dispuesto en la sentencia.

La segunda situación, viene determinada porque en el momento de la emisión de la sentencia piloto, se hayan presentado repetidas demandas contra el mismo Estado, fundadas en una misma deficiencia estructural subyacente. Es decir, existen varios o numerosos procesos pendientes basados en la misma deficiencia estructural o sistémica. En este caso, deberemos concretar un poco más adelante cómo incide la emisión de la sentencia en los procedimientos que están pendientes.

c') Que las fundamentación fáctica de las demandas presentadas (o que se puedan presentar) permita identificar la misma deficiencia estructural

Como puede apreciarse, estamos hablando de la existencia de varios procesos pendientes (o que puedan originarse) sobre la base de la misma causa de pedir. Es decir, no estamos refiriéndonos a procesos idénticos, pues la litispendencia impediría su desarrollo.

Nos referimos a que haya (o pueda haber) diferentes procesos fundados en el mismo supuesto fáctico: la deficiencia estructural o sistemática que afecta al ordenamiento jurídico o al sistema judicial de un determinado país.

d') Que exista identidad subjetiva, en el lado pasivo de los procesos iniciados (o que puedan iniciarse)

Presupuesto que necesariamente debe concurrir y que está implícito en la concreción de los anteriores, es el que el Estado de-

mandado (real o potencialmente) sea el mismo. La razón es evidente. La deficiencia estructural o sistémica es la que provoca (o puede provocar) que ese Estado viole repetidamente el mismo derecho correspondiente a diversas personas.

B) ASPECTOS PROCEDIMENTALES RELEVANTES

a') Inicio de oficio o a instancia de parte

El artículo 61.2 b) RTEDH es claro al indicar que el TEDH puede decidir aplicar el procedimiento que permita la emisión de una sentencia piloto, bien de oficio o a instancia de parte. En este último caso, se contemplan dos posibilidades. La primera, que todas las partes procesales soliciten conjuntamente que se acuerde iniciar un procedimiento que permita la emisión de una sentencia piloto.

La segunda situación, es que la solicitud venga formulada por una sola de las partes. En este sentido, la solicitud puede ser formulada indistintamente por el demandante, o también por el Estado demandado. No es condición sine qua non que todas las partes formulen conjuntamente la solicitud de iniciar este tipo de procedimiento.

b') Audiencia de las partes

El artículo 61.2 a) RTEDH establece que antes de decidir seguir el procedimiento de sentencia piloto, el TEDH debe invitar a las partes, si desde su punto de vista, en el origen de la demandad hay un problema o una disfunción de este tipo en el Estado demandado y si desde su punto de vista la demanda se prestar a este procedimiento.

En relación con esta exigencia, queremos realizar básicamente dos observaciones.

La primera, que este trámite de audiencia debe considerarse necesario en el caso en que el recurso al procedimiento de sentencia piloto se pretenda iniciar de oficio, o a instancia de alguna de las partes. Por el contrario, si todas las partes han presentado de manera conjunta su solicitud de recurrir a este procedimiento, no tiene sentido iniciar el trámite de audiencia.

El objeto de este trámite de audiencia, es solamente discutir y conocer los argumentos del Tribunal o de la parte contraria, acerca de la concurrencia del prepuesto de la existencia de deficiencia estructural o sistémica en el Estado demandado, así como que la demanda se presta a este procedimiento de sentencia piloto. No es posible discutir sobre cualesquiera otros aspectos distintos a los señalados.

c') Publicidad del inicio del procedimiento

El artículo 61.10 RTEDH exige que el inicio del procedimiento que permita lograr una sentencia piloto, deba publicarse en la página web del TEDH.

d') La demanda del procedimiento piloto tendrá un tratamiento prioritario

Este efecto se contempla claramente en el artículo 61.2 c) RTE-DH. En concreto, dicho artículo dispone que a dicha demanda deba reservarse un tratamiento prioritario a los efectos de lo que se regula en el artículo 41 RTEDH. 441 Por lo tanto, implica una modificación de los criterios de tratamiento de las demandas que con carácter general hayan sido aprobados por el TEDH.

C) LA SENTENCIA PILOTO

a') Contenido

Si atendemos a los apartados 3 y 4 del RTEDH, podemos distinguir dos tipos de contenidos en la sentencia: preceptivos y facultativos.

Con carácter preceptivo, la sentencia piloto debe incluir:

- 1º) La identificación de la naturaleza del problema estructural o sistémico, o de la disfunción constatado en el ordenamiento jurídico del Estado demandado.
- 441 En este sentido, debe tenerse presente que el art. 41 RTEDH regula los aspectos relativos al orden de tratamiento de las demandas. Al respecto, la disposición citada dispone que el orden de examen de las mismas vendrá determinado por el TEDH, atendiendo a la importancia y la urgencia de las cuestiones planteadas. Sin embargo, también se contempla que la Sala o su presidente, pueden derogar dichos criterios y conceder un tratamiento prioritario a una demanda determinada. Pues bien, el art. 61.2 c) RTEDH viene a establecer ese carácter prioritario de la demanda en un procedimiento piloto.

2º) Indicación de las medidas reparatorias que el Estado condenado debe adoptar a nivel interno en aplicación del fallo de la sentencia.

En este sentido, hay que señalar que la sentencia piloto da respuesta a la demanda individual presentada, por lo tanto, debe pronunciarse sobre las medidas particulares que deben adoptarse en favor del demandante. Pero a su vez, fija las medidas de carácter general que habrían evitado que la violación se hubiera producido y que, por lo tanto, pueden evitar que en el futuro puedan producirse nuevas violaciones.

Por otro lado, hay que añadir que en el supuesto en que el demandante hubiera solicitado una satisfacción equitativa al amparo del artículo 41 CEDH, el TEDH puede reservarse el análisis de esa cuestión, a la espera del cumplimiento por parte del Estado demandado, de las medidas individuales y generales impuestas en la sentencia. Así se dispone expresamente en el artículo 61.5 RTEDH). Por lo tanto, no habría en este caso, un supuesto de incongruencia omisiva en la sentencia piloto.

Con este carácter facultativo, el TEDH puede fijar un plazo para la adopción de las medidas mencionadas anteriormente. La fijación del plazo en concreto depende de la naturaleza de las medida impuestas y de la rapidez con la cual se puede poner remedio al problema estructural a nivel interno (art. 61.4 RTEDH).

b') Forma

Desde un punto de vista formal, el artículo 61 RTEDH no contiene especialidad alguna. Por lo tanto, formalmente, las sentencias piloto son idénticas al resto de sentencias que pueda dictar el TEDH. 442

442 No encontramos en el CEDH una referencia explícita a los requisitos formales que desde un punto de vista general, deben cumplir las sentencias dictadas por el TEDH. No obstante, el artículo 45.2 CEDH recoge que si hubiera votos u opiniones disidentes de algún magistrado, éstas deberán recogerse por separado en la sentencia. En concreto, el artículo citado indica que "si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los Jueces, cualquier Juez tendrá derecho a unir a ella su opinión por separado". En este sentido, el art. 74.2 RTE-DH dispone que "los jueces que hayan participado en el examen del asunto por parte de una Sala o de la Gran Sala pueden adjuntar al tex-

c') Publicidad

De entrada, son aplicables a este tipo de sentencias, los requisitos de publicidad que se establecen con carácter general para todas las sentencias dictadas por el TEDH. De este modo, la sentencia piloto puede ser leída en audiencia pública por el presidente de la Sala o por el magistrado en que aquél haya delegado. Para ello, los representantes de las partes deben ser debidamente informados de la fecha de la audiencia. En el caso en que no se lea en au-

to de la sentencia la exposición de su opinión separada, concordante o disidente, o una simple declaración de disentimiento.

Es más completa la regulación de los requisitos formales en el artículo 74.1 RTEDH. Al respecto, en cualquier sentencia, ya sea dictada por el Comité de tres magistrados, por la Sala o por la Gran Sala, deben figurar:

- a) El nombre del presidente y del resto de jueces que componen la Sala o el Comité, así como el nombre del secretario o del secretario adjunto.
- b) La fecha en que se adopta la sentencia y la fecha en que se hace pública.
- c) La indicación de las partes.
- d) El nombre de los agentes, los abogados y los asesores de las partes.
- e) Una exposición del procedimiento.
- f) Los hechos que han originado la demanda.
- g) Un resumen de las conclusiones de las partes.
- h) Los fundamentos de Derecho.
- i) La parte dispositiva.
- j) Si procede, la decisión adoptada en relación con las costas y los gastos.
- k) La indicación del número de jueces que han constituido la mayoría.
- l) Si procede, indicación del texto fehaciente.

Dicha sentencia es dictada en inglés o en francés, salvo que el Tribunal decida dictar la sentencias en ambos idiomas (art. 76.1 RTEDH). No obstante, la sentencias incluidas en la recopilación oficial del Tribunal, se publican en los dos idiomas oficiales (art. 76.2 RTEDH).

Esta sentencia debe ser firmada por el presidente de la Sala o del Comité, y por el secretario (art. 77.1 RTEDH).

diencia pública, la sentencia debe notificarse a las partes por escrito (art. 77.2 RTEDH).

Pero como requisitos específicos de publicidad, deben tenerse presentes los que se contemplan en los apartados 9 y 10 del artículo 61 RTEDH.

Por un lado, el TEDH debe comunicar al Comité de Ministros, a la Asamblea Parlamentara, al Secretario General del CE, y al Comisario por los derechos del Hombre del Consejo de Europa, la emisión de cualquier sentencia piloto, o de otra sentencia que sin ser piloto, haya identificado un problema estructural sistémico en un Estado parte del CE (art. 61.9 RTEDH).

Por otro lado, la emisión de una sentencia piloto, su ejecución y el cierre del procedimiento, deben publicarse en la página web del TEDH (art. 61.10 RTEDH).

d') Efectos

La regulación contenida en el artículo 61 RTEDH, nos permite clasificar los efectos de la sentencia piloto desde dos puntos de vista diferentes.

Si atendemos a los sujetos que pueden haber sido afectados por la deficiencia estructural del Estado condenado, la emisión de la sentencia piloto no impide que puedan volverse a presentar nuevas demandas contra dicho Estado basadas en esa deficiencia estructural.

Desde el punto de vista del Estado con la deficiencia estructural, la emisión de la sentencia le impone una serie de medidas particulares y generales con las que debe cumplir. Si el Estado condenado atendiera a dicha condena, indirectamente, la sentencia acaba beneficiando a sujetos afectados que no han sido parte en el proceso. Es en este punto en el que se constata, claramente, que la sentencia piloto es un mecanismo que sirve para la protección colectiva de derechos.

El efecto que provoca la emisión de una sentencia piloto, desde el punto de vista procedimental es relevante. Al respecto, el TEDH puede decidir la suspensión de todos los procesos que ya estén pendientes contra el mismo Estado y fundamentados en la misma deficiencia estructural. Así se desprende del artículo 61.6 a) RTDH.

Desde nuestro punto de vista, esta disposición también debe aplicarse por analogía a los casos en que tras la emisión de la sen-

tencia, se presenten nuevas demandas frente al Estado basadas en la misma deficiencia estructural. Entendemos que dichas demandas deben ser admitidas a trámite y provocar por lo tanto el efecto de litispendencia. Pero una vez iniciado el proceso, debe acordase la suspensión del mismo.

En todo caso, la suspensión de estos procedimientos se lleva a cabo a la espera de que el Estado condenado adopte las medidas que se han indicado en la parte dispositiva de la sentencia.

La suspensión debe ser comunicada a las partes de todos los procesos afectados, así como cualquier otra nueva circunstancia relevante que afecte a su causa (art. 61.6 b) RTEDH). No obstante, en cualquier momento, el TEDH puede levantar la suspensión de un determinado procedimiento si fuera necesario por razones de interés de la Justicia (art. 61.6 c) RTEDH).

e') Terminación de los procesos afectados por la sentencia piloto

Como acabamos de señalar, los restantes procesos que estuvieran pendientes en los que la violación denunciada se fundamenta en el mismo problema estructural al que se refiere la sentencia piloto. Estos procesos suspendidos pueden acabar de dos maneras, ya sea de manera anormal o normal. Vamos a referirnos separadamente a cada uno de estos supuestos.

Los procesos terminan de manera anormal, cuando el Estado condenado adopta las medidas necesarias para dar cumplimiento al fallo o parte dispositiva de la sentencia piloto. En ese caso, además, ofrece a los demandantes en cada uno de esos procesos, un arreglo amistoso, que deberá ser fiscalizado por el TEDH. Dichos procesos, por esta vía, terminan de manera anticipada sin que el TEDH tenga que entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto. Sin embargo, como hemos señalado, terminan con la satisfacción del interés particular del demandante. Por lo tanto, el mecanismo de la sentencia piloto, además de permitir extender los efectos de la sentencia a la protección de terceros, permite luchar contra la saturación del Tribunal, a la vez que evita "repetir una y otra vez el mismo mensaje y de atribuir una satisfacción equitativa caso por caso". 443

Sin embargo, es posible que en relación con un proceso suspendido, o con todos los que han sido objeto de suspensión, se reanude la tramitación procedimental. En estos casos, el proceso terminaría de manera normal, entrando el TEDH a conocer del fondo del asunto.

Al respecto, debe tenerse presente que el TEDH puede decidir la reanudación de la tramitación de un procedimiento suspendido tras la emisión de la sentencia piloto, si hubiera un interés de buena administración de la justicia (art. 61.6 c) RTEDH.

Y por otro lado, se procede a levantar la suspensión de todos los procedimientos afectados por la emisión de la sentencia piloto, cuando el Estado no atiende a las medidas impuestas en el fallo de la sentencia (art. 61.8 RTEDH).

V. Bibliografía

- CASADEVALL, J., El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia. Tirant lo Blanch, Valencia 2012.
- CUCARELLA GALIANA, L. A., Recursos y medios de impugnación contra las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Constitucional (VELANDIA CANOSA, E. A., dir. Científico), con otros. VC editores, Legis. Colombia 2014.
- Recursos y procesos para la protección de los derechos humanos en el ámbito europeo (et. al., MARTÍNEZ LAZCANO, A. J., coord.-, Primera Instancia, México, 2014.
- Principios relativos a las partes y al procedimiento seguido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Derecho Procesal Constitucional (VELANDIA CANOSA, E. A., dir.), con otros. Universidad de Santo Tomás. Legis, Colombia 2015.
- GIMENO SENDRA, J. V., "La experiencia de los "juicios de Nürenberg" y la necesidad de crear el Tribunal Penal Internacional". La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 1, 1998.
- ORTELLS RAMOS, M., Introducción al Derecho Procesal (et. al.). Aranzadi, 4ª edición, 2015.

- ROLLNERT LIERN, G., "El protocolo nº11 al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo?" Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadriuque Furió Ceriol, núm. 13, 1995.
- SÁNCHEZ LEGIDO, A., La reforma del mecanismo de protección del Convenio europeo de derechos humanos. Colex 1995.

"Derecho Procesal Constitucional" es una obra en la que se recogen diferentes estudios relacionados con los derechos humanos y la Justicia Constitucional. En un Estado social y democrático de Derecho, el poder judicial juega un papel esencial, es por ello que debe tenderse a hacer más permeable la Justicia a los ciudadanos. La democracia se asienta sobre la articulación de formas de participación ciudadana. Pero son muchos también los aspectos en los que debe avanzarse, entre otros, lograr una efectiva igualdad entre mujeres y hombres. La obra se completa con un análisis de diferentes aspectos relativos a la protección supranacional de los derechos humanos. Las violaciones de este tipo de derechos han existido, existen y van seguir existiendo, y aunque debemos trabajar para erradicarlas, también debemos logar articular mecanismos efectivos de protección en el ámbito supranacional. En este sentido, se analizan las diferentes técnicas procesales con las que puede lograrse ese objetivo.











Hispamer