

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA



SENADO FEDERAL • SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

JULHO A SETEMBRO — 1990

ANO 27 • NÚMERO 107

La influencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (*)

ANTONIO M^º LORCA NAVARRETE

Catedrático de Derecho Procesal Universidad del País Vasco (España)

Desde la perspectiva de la *protección de los derechos humanos* y la observancia de las diversas *garantías procesales*, es perfectamente válido que la tutela judicial efectiva, a través del debido proceso, neutralice un concreto “determinismo nacionalista” que pueda encorsetarlo.

Para ello resulta sumamente útil y práctico la denuncia de ese “determinismo nacionalista”, que afecta a la protección de los derechos humanos y a las propias garantías procesales, a través de *instancias jurisdiccionales supranacionales*.

En Europa es posible llevar a cabo esa denuncia a través del denominado Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH). Para ello sólo se requiere, en principio, dos cosas:

— La primera, relativa a que el Estado en cuestión integre en su ordenamiento interno el *Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

(*) Este texto formó parte de la Ponencia General presentada en las XII *Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, celebradas en Mérida (Badajoz — España) el mes de Mayo de 1990.

— La segunda, condicionada a que ese mismo Estado reconozca la competencia del TEDH.

Por lo que a España se refiere, el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950 (a partir de aquí "Convenio"), fue ratificado por Instrumento de 29 de septiembre de 1979, y publicado en el BOE de 10 de octubre de ese año, reconociendo España, asimismo, la competencia del TEDH a efectos del art. 46 del Convenio. De modo que no cabe duda que el más beneficiado del amparo que ofrece, no ya el TC español, sino el TEDH, será el justiciable, con independencia de su nacionalidad, pues como establece el art. 53 del Convenio: "las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios que sean parte" y, además, según el art. 50 del Convenio: "si la decisión del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante se encuentra, total o parcialmente, en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio y si el derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada".

El TEDH se inserta dentro del denominado Consejo de Europa, en el cual se hallan perfectamente diferenciados los tres poderes: *Legislativo*, representado por la Asamblea Parlamentaria, *Ejecutivo*, compuesto por el Consejo, al que pertenecen los Ministros de Asuntos Exteriores de las naciones que forman el Consejo de Europa, y *Judicial*, o sea, *el Tribunal de los Derechos Humanos*, que está compuesto por veintidós jueces que pertenecen, cada uno, a una de las citadas naciones y que al formar parte de dicho Tribunal lo hacen elegidos como juristas destacados y no por razones políticas.

El TEDH, con sede en Estrasburgo, entiende, en razón del Convenio de 4 de noviembre de 1950, *de las reclamaciones que puedan formular los súbditos de una nación determinada contra su Gobierno y las que cualesquiera Gobiernos contra otros de otras naciones, siempre que hayan firmado las correspondientes convenciones internacionales*. Los particulares y las naciones deben hacerlo ante la *Comisión Europea de Derechos Humanos*, que las estudiará y les dará curso ante el Tribunal.

En lo que respecta a las reclamaciones de los particulares contra el país al que pertenecen, en síntesis, deben basarse en la violación de los siguientes derechos: a la libertad y a la seguridad; a un proceso justo; a no ser sometidos a torturas; al respeto a la vida privada; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; a la libertad de asociación y de fundar sindicatos y a tener elecciones libres. En cuanto a las naciones, estarán sujetas

al Tribunal siempre que se refieran a temas de materias internacionales que hayan sido objeto de convenciones ratificadas por los gobiernos respectivos.

Una vez presentada la reclamación por los particulares e por los Gobiernos de los Estados miembros del Consejo de Europa al Consejo, si éste no puede llegar a poner de acuerdo a las partes en contienda, preparará un informe sobre los hechos y hará constar su propia opinión sobre el tema y pasará las actuaciones al Tribunal.

La Sala se compone de siete miembros, elegidos entre los veintiuno que forman dicho Tribunal (art. 43 del Convenio). Puede asistir a las sesiones, sin voz ni voto, el magistrado que sea nacional del Estado del que resulte ser el litigante. Se celebra *sin vista pública* y se pronuncia la *sentencia correspondiente*, que no puede ser recurrida, por lo que tiene el carácter de definitiva. Sus resoluciones son ejecutadas mediante su envío al órgano ejecutivo, compuesto, como se ha dicho, por todos los Ministros de Asuntos Exteriores de las naciones miembros del Consejo de Europa, el cual se encargará de que se cumplan en la nación afectada por ellas (arts. 53 y 54 del Convenio).

El TEDH, pues, posee *virtualidad práctica* en orden a la efectividad de sus resoluciones judiciales y, por tanto, su jurisprudencia es plenamente válida para hacer valer los derechos humanos entre los países signatarios del Consejo de Europa. De ahí que esa misma jurisprudencia del TEDH adquiera especial relieve y *que la misma sea fielmente seguida como barómetro que en todo momento indica y pulsa la credibilidad democrática de los países signatarios del Convenio Europeo de los Derechos Humanos.*

En España va siendo cada vez más frecuente que la jurisprudencia emanada del TEDH sea tenida en cuenta por el propio Tribunal Constitucional (TC) español y en ese ámbito es posible, además, *distinguir entre la aplicación directa* de esa jurisprudencia, de un lado y de otro, lo que se podría llamar el *efecto reflejo o interpretativo* de esa misma jurisprudencia del TEDH, que no implica su aplicación directa y sí, en cambio, un uso "ilustrativo" en orden a la solución de las cuestiones planteadas ante el TC.

Y todo ello, en fin, como consecuencia del criterio que establece el art. 10,2 C., según el cual: "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España", lo que supone que la C, española se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas.

En ese contexto la utilización por el TC de la Jurisprudencia del TEDH responde al siguiente cuadro sistemático:

1.981	5/1.981, de 13 Feb	art. 9
	12/1.981, de 10 Abr	art. 6.1
	22/1.981, de 2 Jul	art. 14
	24/1.981, de 14 Jul	art. 6.1

1.982	41/1.982, de 2 Jul	art. 5.3
	62/1.982, de 15 Oct	art. 6, 10 y 18

1.983	18/1.983, de 14 Mar	art. 6
	19/1.983, de 14 Mar	art. 6.1
	47/1.983, de 31 May	art. 6.1

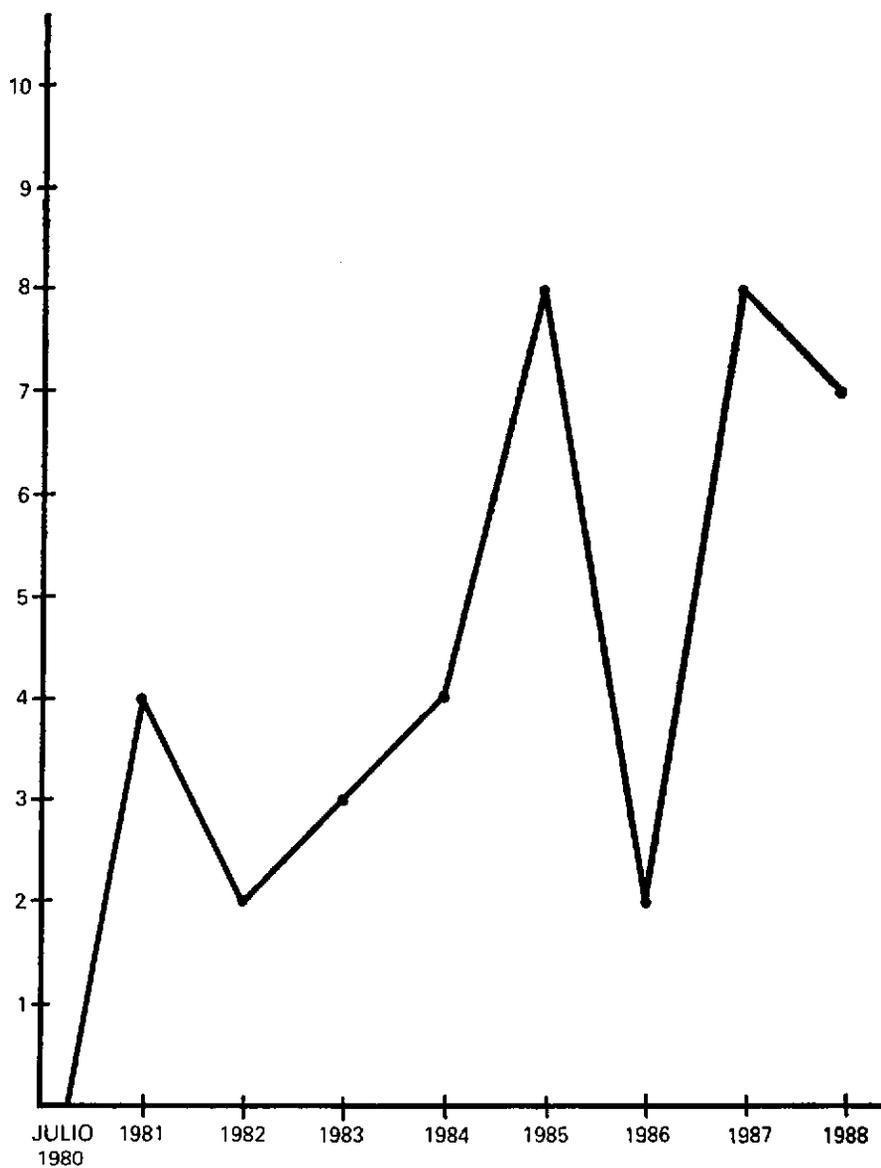
1.984	36/1.984, de 8 Mar	art. 6.1
	101/1.984, de 8 Nov	art. 6.1
	108/1.984, de 26 Nov	art. 5.3 y 6.2
	127/1.984, de 26 Dic	art. 5.3

1.985	13/1.985, de 31 Ene	art. 6.1
	44/1.985, de 22 Mar	art. 6.1
	53/1.985, de 11 Abr	art. 2
	67/1.985, de 24 May	art. 11
	74/1.985, de 28 Jun	art. 6.2
	99/1.985, de 30 Sep	art. 6.1
	101/1.985, de 4 Oct	art. 6.3
	178/1.985, de 19 Dic	art. 5

1.986	140/1.986, de 11 Nov	art. 5.1 apart a)
	159/1.986, de 12 Dic	art. 10.2
1.987	2/1.987, de 21 Ene	art. 3, 5.1, 6, 6.1 y 6.3
	32/1.987, de 12 Mar	art. 5.3
	40/1.987, de 3 Abr	art. 5 y 6.2
	96/1.987, de 10 Jun	art. 6.1
	113/1.987, de 3 Jul	art. 6.1
	115/1.987, de 7 Jul	art. 5.1.a), 5.4, 6.3, 9, 11 y 14
	196/1.987, de 11 Dic	art. 5 y 6.3
	199/1.987, de 16 Dic	art. 5.3 y 6.1
1.988	19/1.988, de 16 Feb	art. 5 y 5.1
	37/1.988, de 3 Mar	art. 6.3
	71/1.988, de 19 Abr	art. 6.3
	85/1.988, de 28 Abr	art. 11
	112/1.988, de 8 Jun	art. 5, 5.1 y 10.1
	145/1.988, de 12 Jul	art. 6.1
	176/1.988, de 4 Oct	art. 6 y 11

Gráficamente la incidencia de la Jurisprudencia del TEDH en el TC español quedaría del siguiente modo:

CUADRO nº 1



En función de los Cuadros que preceden, el uso por el TC de la jurisprudencia del TEDH arroja los siguientes resultados:

Reconocimiento constitucional del *principio de libertad de enseñanza*, según el voto particular del Magistrado D. Francisco Tomás y Valiente, al que se adhieren los Magistrados: D. Angel Latorre Segura, D. Manuel Díez de Velasco y D. Plácido Fernández Vargas. Se justifica según la STC 5/1981, de 13 de Febrero⁽¹⁾, en el art. 27,6 C, en el cual se indica: "se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes" y en el art. 20,1,c) C, que dispone la libertad de cátedra. Ambos preceptos, según el voto particular, persiguen como objetivo el *pluralismo educativo*, definido por el TEDH en su Sentencia de 7 de diciembre de 1976 como "*esencial para la preservación de la sociedad democrática*".

En este supuesto la jurisprudencia se justifica en el "uso ilustrativo" de la jurisprudencia del TEDH y reconoce, por vía de esa jurisprudencia, que el pluralismo educativo es esencial para una sociedad democrática.

En la STC 12/1981, de 10 de abril⁽²⁾, se realiza, en cambio, la aplicación directa del art. 6.1 del Convenio de Roma a través de la STEDH de 17 de Enero de 1970 (caso Delcourt) y supone que, en el caso que se examinó, el recurso de casación no sólo se halla limitado por un estricto control de legalidad, sino que además, se encuentra sometido a los principios del juicio equitativo garantizados en el art. 6.1 del Convenio, según el cual "toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa..."; en tal sentido toda persona tiene derecho no sólo a conocer el fundamento práctico de la acusación (*le bien-fondé en fait*), sino también a conocer su fundamento jurídico (*le bien-fondé en droit*).

La STC 22/1981, de 2 de julio⁽³⁾, sin aludir a sentencias específicas del TEDH, recoge la doctrina mantenida por el mismo en torno al art. 14 del Convenio y la interpretación que sobre el mismo ha realizado el TEDH, al señalar que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, pues el art. 14 del Convenio *no prohíbe la diferencia en el ejercicio de derechos y libertades, ya que la igualdad se viola cuando la desigualdad se halla desprovista de una justificación objetiva y razonable*. La existencia de esa justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una *relación razonable de proporcionalidad (principio de proporcionalidad)*.

(1) BJC 1981-1, p. 33.

(2) BJC 1981-1, p. 193.

(3) BJC 1981-4, p. 248.

La STC 24/1981, de 14 de julio ⁽⁴⁾, acude en apoyo de los casos Neumeister Ringeisein y König y a la interpretación que sobre el llamado “*plazo razonable*” se halla en esas sentencias, pues el derecho a la jurisdicción es algo que no puede entenderse desligado del tiempo en que debe prestarse. En la STC que se examina se aprecia el grado de razonabilidad de las dilaciones procesales atendándose a:

- a) complejidad del asunto
- b) comportamiento de los recurrentes y
- c) modo en que el asunto ha sido llevado por las autoridades judiciales.

La STC 41/1982, de 2 de julio ⁽⁵⁾, *aplica directamente* el contenido sustentado por el TEDH en cuanto a la duración de la prisión provisional, de conformidad con el art. 5,3 del Convenio, según el cual el *plazo de detención debe situarse en los límites de lo “razonable”, según las circunstancias del proceso* (STEDH caso Neumeister y Weumeister y Wemhoff). El TC atendiendo a lo que se debe entender por “razonable”, según la jurisprudencia del TEDH, entendió que el plazo de la detención se sitúa dentro del parámetro de “lo razonable”.

La STC 62/1982, de 15 de octubre ⁽⁶⁾, insiste en que la C, ha de ser interpretada de conformidad con las Declaraciones, Tratados y Acuerdos a que alude el art. 10,2 C., por consiguiente, no sólo el Convenio de Roma, sino que el resto de Tratados y Acuerdos ratificados por España han de justificar la interpretación de la norma constitucional. En ese contexto el TC entra a examinar *el derecho de libertad de expresión* con apoyo en la STEDH de 7 de diciembre de 1976 (caso Haudyside) y llega a la conclusión, de conformidad con el art. 10,2 del Convenio, que *toda formalidad, condición, restricción o sanción impuesta en materia de libertad de expresión, debe ser proporcionada al fin legítimo perseguido (principio de proporcionalidad)*.

La STC 18/1983, de 14 de marzo ⁽⁷⁾, con apoyo en la STEDH de 23 de abril de 1977 (caso Könnin) el TC entiende que el derecho a la jurisdicción no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse, sino que ha de otorgarse “*dentro de los razonables términos temporales* en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”, pero ese derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas *no es solo el proceso penal como pudiera pensarse del contexto general del art. 6 del Convenio, sino que dentro del concepto general de la*

(4) BJC 1981-4, p. 277.

(5) BJC 1982-16/17, pp. 629 y 630.

(6) BJC 1982-19, pp. 924 y ss.

(7) BJC 1983-24, p. 364.

efectiva tutela debe plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que pueden acontecer en cualquier proceso.

La STC 19/1983, de 14 de marzo ⁽⁸⁾, plantea la *legitimación* de personas jurídicas en el contexto constitucional del art. 24 C., según el cual "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva... en el ejercicio de sus derechos e intereses *legítimos*...". En el caso que se planteó ante el TC, una interpretación *extensa* del art. 6 del Convenio (caso Buchholz STEDH de 6 de mayo de 1981), implica reconocer el derecho a la tutela judicial no sólo en el ámbito de las relaciones civiles y penales *expresamente* contempladas en el art. 6 del Convenio, *sino, además, las actuaciones procesales que se sigan ante órganos competentes en materia laboral.*

La STC 47/1983, de 31 de mayo ⁽⁹⁾, con apoyo, entre otros, en el art. 6,1 del Convenio lo aplica en la medida en que en el mismo se establece la exigencia de que la *composición* de un órgano judicial venga establecida por Ley y, por tanto, que *se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de sus miembros.* Por ello el art. 6,1 del Convenio quedaría burlado y, por tanto, inaplicable *si bastara con mantener el órgano y pudieran alterarse arbitrariamente sus componentes.*

La STC 36/1984, de 14 de marzo ⁽¹⁰⁾, acude de nuevo a la interpretación que sobre el "plazo razonable", invocado en el art. 6,1 del Convenio, ha realizado el TEDH. Para ello se invoca la STEDH de 13 de julio de 1983 (caso Zimmermann y Steiner) en la que se señalan como criterios a tener en cuenta:

- a) la complejidad del litigio
- b) la conducta de los litigantes y las autoridades judiciales
- e) las consecuencias que del proceso presuntamente demorado se siguen para los litigantes

En el caso que se examina por el TC, y por aplicación de la jurisprudencia del TEDH, obligaba a concluir que se había producido una violación del plazo razonable.

La STC 101/1984, de 8 de noviembre ⁽¹¹⁾, acoge la doctrina del TEDH acerca del derecho de toda persona a que su causa sea juzgada *por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley* (art. 6.1

(8) BJC 1983-24, p. 368.

(9) BJC 1983-26, pp. 707 y 708.

(10) BJC 1984-36, p. 573.

(11) BJC 1984-43, p. 1.337.

Convenio), que se extiende “a los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil (art. 6.1 Convenio y casos Golder: STEDH de 21 de febrero de 1.975; caso Le Compte: STEDH 28 de julio de 1.981; caso Sporrong: STEDH 24 de septiembre de 1.982). En base a las exigencias del art. 6.1 del Convenio, el TC concluye que: *también el derecho al Juez ordinario preestablecido por la Ley tiene vigencia en nuestro ordenamiento procesal civil.*

La STC 108/1984, de 26 de noviembre⁽¹²⁾, acude al contenido del art. 6.2 del Convenio, según el cual: *toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.* Pero ese derecho a la presunción de inocencia se considera compatible con la adopción de medidas cautelares y, mas en concreto, con la adopción de la prisión preventiva que, a su vez, ha de hallarse sometida a un plazo razonable (art. 5.3 del Convenio) en cuanto que afecta a los principios de libertad individual y a la propia presunción de inocencia (STEDH de 27 de junio de 1968; caso Wemhoff y Neumeister y STEDH de 10 de noviembre de 1969 caso Stögmüller y Matzhdetter). Por ello concluye el TC, de conformidad con la jurisprudencia del TEDH, que la presunción de inocencia es compatible con la adopción de medidas cautelares.

La STC 127/1984, de 16 de diciembre⁽¹³⁾, acude de nuevo al concepto indeterminado del “plazo razonable” aplicable a la prisión preventiva (art. 5.3 del Convenio). El TC concluye que es “clara la voluntad del constituyente y cumpliendo su mandato del legislador, de fijar plazos, —entiéndase bien “plazos efectivos” — y que esos plazos han de cumplirse, pues ese cumplimiento “. . . integra la garantía constitucional de la libertad consagrada en el art. 17 C.”

La STC 13/1985 de 31 de enero⁽¹⁴⁾, reconduce el art. 20.4 C al art. 6.1 del Convenio en el ámbito del proceso penal y conecta la garantía objetiva de la publicidad con los límites constitucionales del respeto a los derechos reconocidos constitucionalmente y especialmente el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 20.4 C.). Esa necesidad de compatibilizar ambas normas justifica el contenido del art. 6.1 del Convenio, el cual prevé la prohibición de acceso a la Sala de Audiencia, del público, por razones de moralidad, de orden público o de seguridad nacional. Sobre estas bases el TC indica que en el proceso penal, a través del cual se lleva a cabo la protección de derechos fundamentales, se ampara el secreto en el sumario, que aparece limitando principios que se conectan con la publicidad y la libertad con apoyo en el art. 6.1 del Convenio. Pero concluye el TC que la exigencia del secreto sumarial no se halla establecida por nin-

(12) BJC 1984-44, pp. 1.409 y 1.410.

(13) BJC 1985-45, pp. 45 y 46.

(14) BJC 1985-47, p. 239.

gún precepto constitucional y por ello se requiere, en su aplicación concreta, *una interpretación estricta*.

La STC 44/1985, de 22 de marzo ⁽¹⁵⁾, alude a la exigencia de *imparcialidad* exigida en el art. 6.1 del Convenio que se conecta con "la concreta idoneidad de un determinado juez en relación con un concreto asunto". Según el TC la imparcialidad se salvaguarda:

a) por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud del órgano jurisdiccional

b) por su desinterés y neutralidad

La no concurrencia de ambos requisitos implicaría la presencia de un Juez o Tribunal que, en opinión del TC, *no ofrece las garantías necesarias de imparcialidad previstas en el art. 6.1 del Convenio*.

La STC 53/1985, de 11 de abril ⁽¹⁶⁾, aborda la interpretación, en relación con el *nasciturus*, del término persona del art. 2 del Convenio, reconociendo que si bien el TEDH no se ha pronunciado sobre la conexión *nasciturus-persona*, reconoce igualmente que la Comisión Europea de Derechos Humanos, en su función relativa a admisión de demandas, si lo ha hecho en relación con el asunto 8416/1979 en su decisión de 13 de mayo de 1980, *poniendo de manifiesto, por lo que se refiere a la expresión "everyone" o "toute personne" de los textos auténticos del Convenio, que aún cuando no aparece definido en el Convenio, la utilización que de esa expresión se hace en el mismo y en el contexto dentro del cual se emplea en el art. 2 del Convenio, lleva a sostener que se refiere a las personas ya nacidas y no es aplicable el nasciturus*. Esta es la conclusión del TC.

La STC 67/1985, de 24 de mayo ⁽¹⁷⁾, se apoya en el derecho de asociación reconocido en el art. 11 del Convenio, cuya interpretación *tanto positiva — derecho a asociarse — como negativa — derecho a no asociarse —* recoge el TC concluyendo *que el reconocimiento y alcance de estas dos libertades — positiva y negativa — se encuentra en conexión con el tipo de Estado, en cada tiempo y lugar*.

La STC 74/1985, de 18 de junio ⁽¹⁸⁾, se concreta en la exigencia del art. 24.2 C, según el cual "todos tienen derecho . . . a la asistencia de letrado", reconocido también en el art. 6.2 c) del Convenio. El TC siguiendo la doctrina del TEDH admite que esa garantía ha sido situada "en el ámbito penal" sin que el TEDH la haya planteado como disyuntiva entre Derecho Penal y Derecho Disciplinario (caso Deweer, STEDH de 27 de febrero de 1980 y caso Eckle, STEDH de 15 de julio de 1982)

(15) BJC 1985-48, p. 437.

(16) BJC 1985-49, p. 533.

(17) BJC 1985-50, p. 658.

(18) BJC 1985-51, pp. 841 y 842.

admitiendo, por lo demás, el TEDH que los ordenamientos estatales *pueden establecer distinciones en cuanto a la aplicación de esa garantía que se concreta en la asistencia letrada en cuanto a su cumplimiento en el ámbito disciplinario* o como era en el caso examinado por el TC en el ámbito de la administración disciplinaria penitenciaria.

La STC 99/1985, de 30 de septiembre⁽¹⁹⁾, reconoce, con apoyo en el art. 6.1 del Convenio, que la expresión contenida en el art. 24.1 C, según el cual “todas las personas tienen derecho . . . a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales” es una garantía reconocida a “toda persona” o a “todas las personas” *sin atención a su nacionalidad*.

La STC 101/1985, de 4 de octubre⁽²⁰⁾, se ocupa del art. 6.3, d) del Convenio, según el cual “todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos:

d) a interrogar o acer interrogar a los testigos que declaren contra él . . .”.

Ello supone según el TC *circunscribir* la prueba testifical a la fase de juicio en donde *únicamente* se lleva a cabo el *principio de contradicción* con el fin de garantizar un proceso penal adecuado.

La STC 178/1985, de 19 de diciembre⁽²¹⁾, aborda la legalidad del arresto del quebrado. El TC, con apoyo en el art. 5 del Convenio, no comparte la tesis del Fiscal, según la cual el art. 17.1 C prohíbe toda privación de libertad que no esté relacionada con un delito, *ya que ni se agota en la modalidad de prisión los supuestos de restricción o privación de libertad, ni solo la comisión de un hecho delictivo es título para restringir la libertad*, pues la restricción de libertad es un concepto genérico del que una de sus modalidades es la prisión en razón de un hecho punible pues, como se indica en el art. 5 del Convenio, *existen otros supuestos en que el derecho a la libertad alude a otros casos en que no rige la regla delito-privación de libertad*.

La STC 140/1986, de 11 de noviembre⁽²²⁾ vuelve sobre el art. 5 del Convenio y en base a él se da contenido al voto particular a la sentencia formulado por D. Eugenio Diaz Eimil. Entiende el voto particular que la Ley que limita la libertad individual aludida en el art. 17.1 C y art. 5 del Convenio es una Ley procesal y en particular la Ley de Enjuiciamiento Criminal o cualquier otra procesal que regule los casos y formas de la detención, *pero en ningún modo tales especificaciones se pueden hallar en leyes penales sustantivas que no deben contener regla alguna que incida*

(19) BJC 1985-54/55, p. 1.145.

(20) BJC 1985-54/55, p. 1.155.

(21) BJC 1986-57, p. 31.

(22) BJC 1986-68, p. 1.384.

en la garantía del derecho que reconoce el art. 17.1 C. De ello además se deduce en el contexto del art. 5 del Convenio que la Ley procesal que regule la detención y prisión ha de ser "ordinaria" y no "orgánica" aludida en el art. 81.1 C.

La STC 159/1986, de 12 de diciembre⁽²³⁾ no aplica sino que recoge la particular argumentación que el recurrente en amparo realiza del art. 10.2 del Convenio, pues según él el *derecho de información* que en el mismo se recoge es una garantía consagrada en el art. 10.2 del Convenio, por lo que ese derecho de información solo puede ser sometido a restricciones o sanciones cuando estas estén previstas legalmente y *constituyan medidas necesarias y proporcionadas para conseguir el fin perseguido de informar*. Por ello la simple reproducción de la comunicación de una organización terrorista no va más allá de los límites de la libertad de información y en consecuencia no constituye delito, pues simplemente se está informando y *en todo caso cualquier tipo de sanción a esos comunicados tendría que atemperarse con los criterios de necesidad y proporcionalidad que demanda una sociedad democrática*. La STC concede el amparo al recurrente.

La STC 2/1987, de 21 de enero⁽²⁴⁾, utiliza como criterio interpretativo el contenido del art. 3 del Convenio, según el cual "nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradatorios". El TC señala que no cabe duda que determinados aislamientos penitenciarios como "celdas negras" es una forma de sanción que envuelve condiciones manifiestamente inhumanas, atroces y degradantes. Por su parte el TC razona como el Reglamento Penitenciario y la Ley Penitenciaria *establecen restricciones para la aceptación residual de ese tipo de sanciones* y que no son otras que las indicadas en los arts. 42 y 42 de la Ley Penitenciaria y del Reglamento Penitenciario. Por ello concluye el TC que tales sanciones sólo pueden aplicarse *en casos extremos y a través de un confinamiento separado*. Y alude el TC como la Comisión de Estrasburgo en más de una ocasión ha tenido que hacer frente a este tipo de confinamientos en el contexto del art. 3 del Convenio señalando que cuando aquél obedece a *exigencias razonables* no constituyen de por sí un tratamiento inhumano o degradante, *por lo que no es la sanción en si, sino el conjunto de circunstancias y condiciones de su aplicación, incluyendo su particular forma de ejecución, el carácter más o menos estricto de la medida, su duración, el objeto perseguido y sus efectos en la persona en cuestión*.

La STC 32/1987, de 12 de marzo⁽²⁵⁾, aborda de nuevo el "plazo razonable" de la prisión preventiva de conformidad con el art. 5.3 del Convenio, que garantiza a los preventivos a ser juzgados en un plazo razo-

(23) BJC 1986-68, p. 1.454.

(24) BJC 1987-70, p. 120.

(25) BJC 1987-71, pp. 364 y 365.

nable o a ser puestos en libertad durante el procedimiento, *por lo que la infracción de la Ley que regula la duración máxima de la prisión provisional supone una vulneración del derecho fundamental a la libertad y a la seguridad, según el art. 17 C.* En este caso el TC reafirma el carácter *excepcional* de la prisión provisional, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar.

La STC 40/1987, de 3 de abril ⁽²⁶⁾, aborda nuevamente el tratamiento que en consonancia con los arts. 5 y 6.2 del Convenio es preciso otorgar a la prisión provisional. De esos artículos el TC concluye que la prisión provisional ha de hallarse presidida por los siguientes principios:

a) intedición de la arbitrariedad de cualquier detención o prisión;

b) presunción de inocencia;

c) limitación temporal de las medidas de prisión hasta un plazo razonable;

d) justificación de la medida para asegurar la comparecencia del acusado al acto del juicio; y

e) excepcionalidad de la medida cautelar de prisión, por lo que no debe ser la regla general.

La STC 96/1987, de 10 de junio ⁽²⁷⁾, plantea al *principio de publicidad en el ámbito del proceso*. Ese principio, según el TC, tiene una doble finalidad:

a) proteger a las partes de una justicia sustraída al control público; y

b) mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales.

En ambos sentidos el principio *constituye una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho*. De aquí que los derechos vinculados a la exigencia de publicidad posean el carácter de *fundamentales* por lo que pueden ser objeto de amparo constitucional. Y esta es, además, la interpretación que es preciso extraer del art. 6.1 del Convenio, en el caso Pretto y otros STEDH de 8 de diciembre de 1983 y en el caso Axen de la misma fecha. De acuerdo con esa interpretación la publicidad de las actuaciones judiciales *se convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la Administración de Justicia*.

(26) BJC 1987-72, p. 484.

(27) BJC 1987-74, p. 908.

La STC 113/1987, de 7 de julio⁽²⁸⁾, plantea si el ejercicio de la instrucción y fallo *por un mismo órgano judicial* vulnera el principio de imparcialidad reconocido en el art. 6.1 del Convenio. La STC no se pronuncia sobre tan controvertido tema de la "predeterminación", pues quedó probado que fue distinto el juez que "instruyó" y el que "juzgo" *con independencia* de la valoración que le merezca una ley que posibilite la instrucción y fallo por un mismo órgano judicial.

La STC 115/1987, de 7 de julio⁽²⁹⁾, aborda las garantías aplicables al internamiento de un extranjero pendiente de expulsión. De conformidad con los arts. 5.4 y 6.3 del Convenio, una situación semejante *ha de respetar el derecho a la defensa*, cumpliéndose de ese modo la STEDH de 18 de julio de 1971 (caso De Wilde, Doms y Versyp) relativa a que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por el Tribunal y por ello con "unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal". Lo que supone, también, incluir el derecho de *habeas corpus* tanto en fase gubernativa previa como en fase judicial más allá de las 72 horas. Sólo de ese modo se puede evitar un *internamiento arbitrario*.

La STC 196/1987, de 11 de diciembre⁽³⁰⁾, plantea en casos de incomunicación si es aplicable o no la exigencia de hallarse asistido por un defensor *de la elección del incomunicado*. El TC pone de relieve como el art. 5 del Convenio proclama el derecho a la libertad (indicado entre los derechos del *detenido preventivamente*) a lo que apostilla el TC que el art. 5 del Convenio no incluye el de asistencia letrada, aunque luego el art. 6 del Convenio ya referido *al acusado* aluda expresamente al derecho de éste de ser asistido por un defensor de su elección, por lo que la asistencia letrada *se hace depender de la existencia de una acusación* (STEDH de 27 de junio de 1966: Caso Neumeister; STEDH de 27 de febrero de 1980: Caso Deweer; STEDH de 13 de mayo de 1980: Caso Artico y STEDH de 26 de marzo de 1982: Caso Adolf). A continuación el propio TC se interroga acerca de la línea divisoria entre "detenido" y "acusado" concluyendo que de la jurisprudencia del TEDH no es posible alcanzar un criterio unánime, por ello señala el TC que el derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso hallarlo *no en la modalidad de la designación de abogado, sino en la efectividad de la defensa y esa finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un abogado de oficio y además conforme con esa doctrina es la STEDH de 17 de mayo de 1980 en el caso Artico, según la cual la libre elección de abogado forma parte del*

(28) BJC 1987-75, p. 1.059.

(29) BJC 1987-75, p. 975.

(30) BJC 1988-81, pp. 41 y 42.

contenido *normal* del derecho del detenido a la asistencia letrada, *pero no de su contenido esencial*, pues su privación y consiguiente nombramiento imperativo *no hace impracticable el derecho de asistencia letrada ni lo despoja de la necesaria protección*.

La STC 199/1987, de 16 de diciembre⁽³¹⁾, plantea la existencia o no de jueces excepcionales o no ordinarios. Según el TC tales jueces se hallan prohibidos en la C., pero ello no es obstáculo para que el legislador, teniendo en cuenta la existencia de una "opción legislativa", pueda crear organismos judiciales centrales que, no obstante ello, en ningún ni orgánica ni funcionalmente en cuanto a su composición y designación dejen de ser órganos *ordinarios* como así lo reconoce la Comisión Europea de Derechos Humanos en su Informe de 16 de octubre de 1986 sobre el caso Barbera y otros en el que afirma: *la Comisión comprueba que la Audiencia Nacional es un Tribunal ordinario instituido por un Real Decreto-Ley y compuesto por Magistrados nombrados por el Consejo General del Poder Judicial*.

La STC 19/1988, de 16 de febrero⁽³²⁾, plantea la inconstitucionalidad del art. 91 del Código Penal que prevé la *responsabilidad personal subsidiaria*, prevista para cuando se den las circunstancias de impago de una multa en quien haya sido condenado por la comisión de un ilícito penal. El TC señala en tal sentido que en función de los siguientes argumentos el art. 9.1 CP no conclueca el art. 17.1 C. Tales argumentos son:

- a) por las *garantías* la aplicación de ese tipo de responsabilidad
- b) por su previsión en una *Ley orgánica*
- c) y por su adopción *sólo* al término del debido proceso judicial.

Por tales razones, insiste el TC, el art. 91 del Código Penal no vulnera el art. 17.1 C., pues según ese precepto la *privación o restricción de la libertad* no se lleva a cabo *sólo* "en los casos y en la forma previstos en la Ley" y entre las hipótesis que justifican constitucionalmente la privación o restricción *por tempore* de la libertad *se halla la de haber sido el individuo "penado legalmente en virtud de sentencia dictada por un Tribunal competente"* de conformidad con el art. 5. a) del Convenio.

(31) BJC 1988-81, p. 25.

(32) BJC 1988-83, p. 265.

La STC 37/1988, de 3 de marzo ⁽³³⁾, pone de relieve como el TEDH en relación con el art. 6.3. c) del Convenio, garantiza tres derechos al acusado:

- a) a defenderse por si mismo
- b) a defenderse mediante asistencia letrada de su elección
- c) y en determinadas condiciones a recibir asistencia letrada gratuita.

Así se expuso en el Caso Pakelli (STEDH de 25 de abril de 1983) sin que la opción en favor de una de esas tres posibles formas de defensa implique la renuncia o imposibilidad de ejercer alguna de las otras siempre que sea necesario. De otro lado, el art. 6.3. c) del Convenio alude no a nombramiento, sino a *asistencia*, por lo que se desprende que lo que el Convenio dispone es que el acusado *tiene derecho a gozar de una asistencia técnica efectiva* (caso Artico). De aquí que concluya el TC que el derecho de defensa *deba ser interpretado en el mismo sentido que lo ha hecho el TEDH*.

La STC 71/1988, de 19 de abril ⁽³⁴⁾, alude al cumplimiento del derecho de defensa en el contexto del art. 6.3. c) del Convenio que establece el derecho *de toda persona a ser asistida de un intérprete gratuitamente sino comprende o no habla la lengua utilizada en la audiencia*. Con ello se trata de evitar una situación de *desventaja* en el marco de un *proceso justo* (STEDH de 28 de noviembre de 1978. Caso Luedicke y Kog). Conjuntamente con ello el TC incide sobre la *efectividad técnica* de esa sentencia en modo ya indicado *supra* a propósito del caso Artico.

La STC 85/1988, de 28 de abril ⁽³⁵⁾, hace referencia al derecho de reunión al que configura a través de las siguientes notas:

- a) concurrencia concertada y
- b) carácter externo del fin concreto de la reunión (fin lícito).

El TC llega a la conclusión que la *ausencia* de una definición del derecho de reunión en el art. 11 del Convenio *no impide* que a través de la LO 9/1985, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión ambas notas sean delimitadoras o definidoras del mismo.

La STC 112/1988, de 8 de junio ⁽³⁶⁾, alude a que el *internamiento judicial en un establecimiento psiquiátrico no es en principio contrario al*

(33) BJC 1988-83, pp. 388 y 389.

(34) BJC 1988-85, pp. 704 y 705.

(35) BJC 1988-85, pp. 765 y 766.

(36) BJC 1988-86, p. 949.

derecho a la libertad reconocido en el art. 17 C, de modo que cuando el art. 8.2 CP dispone que no se podrá salir del internamiento sin la previsa autorización del Tribunal sentenciador ese artículo no consagra una eventual privación de libertad indefinida en el tiempo y a la plena disponibilidad del órgano judicial competente, ya que esa privación ha de ser interpretada con lo dispuesto en el art. 5.1.e) del Convenio. Según el caso y salvo en supuestos de urgencia, la legalidad del internamiento de un enajenado ha de cumplir tres consideraciones mínimas (caso Winterwerp STEDH de 24 de octubre de 1979) y que son las siguientes:

a) haberse probado de manera conveniente la enajenación mental del interesado, es decir, haberse demostrado ante la autoridad competente *por medio de un dictamen pericial médico objetivo*, la existencia de una perturbación mental real,

b) que revista un carácter amplio *que legitime el internamiento y*

c) que en base a los motivos que originariamente justificaron la decisión de internamiento puedan dejar de existir, en cuyo caso es preciso averiguar si la perturbación persiste y *si en consecuencia debe continuar el internamiento en interés de la seguridad de los demás ciudadanos o, lo que es lo mismo, que no puede prolongarse válidamente el internamiento cuando no subsista el trastorno mental que dio origen al mismo.*

Esas condiciones *garantizan* que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para la que fue previsto, esto es, *evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada por la comisión de un hecho que la Ley sanciona como delito*. Por ello concluye el TC que una interpretación restrictiva a la regla general de la libertad obliga a que el cese del internamiento se produzca mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad.

La STC 145/1988, de 12 de julio⁽³⁷⁾, pone de relieve como la actividad instructora al situar al que la lleva a cabo en contacto *directo* con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsabilidades *puede provocar en el ánimo del instructor prejuicios e imprevisiones a favor o en contra del acusado que le influyan a la hora de acusar*. Por ello el TEDH en el caso De Cubber (STEDH de 26 de octubre de 1984 y en la STEDH de 1 de octubre de 1982, caso Priersack) ha insistido en la importancia que en esta materia tienen las apariencias *de modo que debe abstenerse todo Juez del que pueda temerse legítimamente una falta de imparcialidad*. Esta prevención que el juez que ha instruido y que debe fallar *puede provocar en los particulares*

(37) BJC 1988-88/89, p. 1.174.

viene aumentada si se considera que las actividades instructoras no son públicas ni necesariamente contradictorias, por lo que la influencia que pueden ejercer en el juzgador se produce al margen de un "proceso público". Por ello y en un sistema procesal en el que la fase decisoria es el juicio oral y al que la instrucción sirve de preparación debe evitarse que este juicio oral pierda virtualidad o se empañe su imagen externa, como puede suceder si el juez acude a él con impresiones o prejuicios nacidos de la instrucción o si llega a crearse con cierto fundamento la apariencia de que esas impresiones o prejuicios existen.

Y a tales conclusiones ha llegado el TEDH interpretando el art. 6.1 del Convenio que afirma el derecho de toda persona a que su causa sea oída "por un Tribunal independiente e imparcial". Por ello el TEDH en el caso "De Cubber" entendió que la actuación como juez en el Tribunal sentenciador de quien había sido juez instructor de la causa suponía una infracción del derecho al juez imparcial y en nuestro ordenamiento jurídico inconstitucional.

La STC 176/1988, de 4 de octubre⁽³⁸⁾, lleva a cabo la fijación del alcance que es preciso atribuir a la garantía de un "proceso público" del art. 6 del Convenio. Según el TEDH en los casos Pretto y otros, Axen y Sutter el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsecuente sentencia, atendida claro está la diversidad de orientaciones que es posible hallar en las diversas legislaciones de los Estados que conforman el Consejo de Europa.

Esta conclusión del TEDH le lleva al TC a afirmar que el derecho al proceso público del art. 24.2 C, sólo es de aplicación además de a la sentencia al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral, en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y defensa ya que únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad.

Del examen de la aplicación por el TC de la jurisprudencia del TEDH se desprende el alejamiento que realiza el TC de "conceptos absolutos" y con apoyo en el TEDH es común la reiterada admisión por parte del TC a una serie de principios o conceptos jurídicos indeterminados que sustentan sus propias resoluciones como los siguientes:

- a) principio de proporcionalidad
- b) principio del carácter razonable de la medida
- c) principio que en sentido amplio responde a las circunstancias aplicables al caso.

(38) BJC 1988-91, pp. 1.237 y 1.238.