

PRUDENCIO C. MORENO TRAPIELLA

**CONVENIO EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS
Y CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO ESPAÑOL**

**El caso específico del control judicial
de las sanciones administrativas**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

ÍNDICE

NOTA ACLARATORIA	9
PRÓLOGO	11
INTRODUCCIÓN	17
I. PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES: LA POSICIÓN DEL CONVENIO EUROPEO EN EL SISTEMA DE FUENTES ESPAÑOL, EL ART. 10.2 DE LA CE	18
1. La tutela judicial de los derechos fundamentales: el recurso al TEDH.....	20
2. La remisión que hace el art. 10.2 de la Constitución a la interpretación de los derechos y libertades llevada a cabo por el TEDH	21
3. El Convenio Europeo, «instrumento constitucional del orden público europeo en el campo de los derechos humanos»	22
4. La incorporación al ordenamiento español de la jurisprudencia del Tribunal Europeo.....	26
II. LA PLENA JURISDICCIÓN EUROPEA	27
1. Primera constatación: la aplicabilidad del art. 6 del Convenio a la revisión judicial de las sanciones	27
2. La elaboración del concepto de «plena jurisdicción» por parte del TEDH...	28
3. El control de plena jurisdicción de las sanciones administrativas.....	30
3.1. Los márgenes de apreciación de la Administración y plena jurisdicción europea	30
3.2. La interiorización de la jurisprudencia europea que exige un recurso de «plena jurisdicción»: el modelo francés.....	31
4. El derecho a la individualización de las penas como parte del derecho a la plena jurisdicción.....	33
4.1. Diferentes acepciones de la noción de «plenitud de jurisdicción»	33
4.2. El derecho a la individualización judicial de la pena y de adaptación de la misma a las circunstancias de cada delito y cada delincuente: la STEDH <i>Malige c. Francia</i>	33
4.3. El derecho a la individualización judicial de la pena: la integración del concepto por las jurisdicciones nacionales	34

III. EL CONTROL DE «PLENA JURISDICCIÓN» DE LAS SANCIONES EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL	36
1. El control contencioso-administrativo de las «penas»	37
1.1. La aplicación del art. 6 en el procedimiento administrativo sancionador	37
1.2. La existencia de un recurso de «plena jurisdicción» es un requisito necesario pero no suficiente	38
2. El problema de la naturaleza jurídica de la potestad sancionadora de la Administración	39
3. La equiparación entre la apelación penal y el recurso del art. 6 del Convenio	41
4. La individualización de las penas en el ordenamiento español	45

CAPÍTULO I

EL CEDH Y EL PROCESO JURISDICCIONAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

I. EL CARÁCTER AUTÓNOMO DE LAS NOCIONES QUE DETERMINAN LA APLICABILIDAD DEL ART. 6, § 1, DEL CONVENIO	47
II. LA APLICACIÓN DEL ART. 6 DEL CONVENIO EN EL «ÁMBITO CIVIL».	49
1. Exclusiones en el «ámbito civil»	50
1.1. Los procedimientos de expulsión de ciudadanos extranjeros: la posible violación del art. 6 del Convenio	50
1.2. Las sanciones impuestas por los colegios o corporaciones profesionales: la prohibición de ejercicio de determinada profesión	51
1.3. El Convenio no se aplica en el «ámbito civil» a los empleados públicos	52
III. LA INTEGRACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN UN ORDEN JURÍDICO UNITARIO	54
1. El fin de las «exorbitancias» del Derecho administrativo	54
2. La delicuescencia de la distinción entre procedimientos de Derecho público y procedimientos de Derecho privado	56
3. Las críticas nacionales a una concepción extensiva de la noción «derechos civiles»	57
IV. EL CONCEPTO DE «ACUSACIÓN PENAL». SU CONFIGURACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO	58
1. La aplicabilidad del art. 6 a las sanciones administrativas	59
1.1. La imposición de penas no queda reservada a los Tribunales penales.	59
1.2. Presupuesto de la aplicación del art. 6 del Convenio es la existencia de un procedimiento «civil» o «penal»	59
2. El concepto de «plena jurisdicción» como parte integrante del derecho a un «proceso equitativo»	61
2.1. El recurso de «plena jurisdicción» en los asuntos «civiles»	62
2.2. El recurso de «plena jurisdicción» aplicado al control de las sanciones «penales»	64

IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH TRAS LOS ASUNTOS «AUSTRIACOS». LA STEDH <i>MALIGE VERSUS FRANCIA</i>	66
1. La STEDH <i>Malige versus Francia</i>	66
1.1. El régimen francés del permiso de conducir por puntos	66
1.2. El iter judicial interno de la causa	67
1.3. La Sentencia <i>Malige c. Francia</i> , de 23 de septiembre de 1998	67
1.3.1. La aplicabilidad del art. 6.1 CEDH	67
1.3.2. Observancia del art. 6.1 del Convenio	70
2. El alcance y repercusiones de la Sentencia <i>Malige</i>	70
3. La Sentencia <i>Ali Gökten</i>	72
VI. LA INTEGRACIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES DEL DERECHO A UN RECURSO DE PLENA JURISDICCIÓN	74
1. La garantía de un recurso de plena jurisdicción frente a las sanciones administrativas: la lección francesa.....	74
1.1. La aplicación progresiva del recurso de plena jurisdicción	74
1.2. La definición de los poderes de plena jurisdicción por parte de las jurisdicciones francesas	76
1.2.1. La doctrina del Consejo Constitucional	76
1.2.2. El concepto de «plena jurisdicción» en la jurisprudencia del Consejo de Estado: los Informes Houdmond y Fatell.....	76
1.2.3. Los poderes plenarios según los Tribunales administrativos ..	78
2. La Sentencia de la Corte de Casación francesa <i>Ferreira c. Direction Générale des Impôts</i>	79
3. El «poder de moderación» del juez: el ejemplo de Bélgica	82
4. Recapitulación	83

CAPÍTULO II

**LA APLICACIÓN DEL ART. 6
EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

I. EL CEDH Y EL DERECHO COMUNITARIO. LAS SANCIONES COMUNITARIAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ART. 6 CEDH	88
1. La posible aplicabilidad del art. 6 del Convenio a procedimientos sancionadores comunitarios	89
1.1. El problema de la compatibilidad de los procedimientos sancionadores comunitarios con el art. 6 del Convenio: el caso específico del Derecho de la competencia	89
1.2. Los criterios que determinan la aplicabilidad del art. 6.1 del Convenio	91
2. La naturaleza del recurso frente a las sanciones de la Comisión.....	93
II. LA APLICACIÓN DEL ART. 6 A LAS «JURISDICCIONES ADMINISTRATIVAS ESPECIALES»	94
1. La inicial inaplicación del art. 6 del Convenio a las «jurisdicciones disciplinarias»	95
2. La confluencia con la jurisprudencia europea	96

III. EL <i>ARRÊT DIDIER</i> : LA APLICACIÓN DEL ART. 6 DEL CONVENIO A LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS	98
1. Los antecedentes: la Sentencia <i>Haddad</i> de la Corte de Casación	98
2. La irrupción del art. 6 en el procedimiento administrativo sancionador	99
3. Las críticas a la nueva línea jurisprudencial emprendida por el Consejo de Estado	102
4. La precisión del alcance del <i>Arrêt Didier</i>	104
5. Las consecuencias de la aplicación del art. 6 del Convenio al procedimiento administrativo	107

CAPÍTULO III

LAS IMPLICACIONES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

I. LAS IMPLICACIONES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE REVISIÓN DE LAS SANCIONES.	109
1. El recurso de plena jurisdicción francés	109
2. El control de «plena jurisdicción» en el contencioso-administrativo español.	111
2.1. La regulación constitucional del derecho a la jurisdicción	111
2.2. Las modulaciones en el alcance del control judicial de la Administración	113
2.3. La significación actual del control de plena jurisdicción	114
II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA POTESTAD SANCIONADORA	116
1. Precisiones conceptuales: discrecionalidad <i>versus</i> conceptos jurídicos indeterminados	117
1.1. Los márgenes que deja la interpretación jurídica.....	117
1.2. Los conceptos jurídicos indeterminados	118
2. La discrecionalidad técnica	121
2.1. La discrecionalidad técnica, un supuesto límite de la distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad.....	121
2.2. La discrecionalidad técnica como un supuesto de apreciación de conceptos jurídicos indeterminados	124
III. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS «HECHOS DETERMINANTES» DE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA.....	128
1. Determinación, calificación y apreciación de los hechos	128
2. Del control del error manifiesto de apreciación a la interdicción de la arbitrariedad	130
3. La potestad sancionadora administrativa como una discrecionalidad de tipo judicial o interpretativo	132
3.1. Los márgenes que deja la interpretación jurídica.....	132
3.2. Los márgenes interpretativos que deja la norma sancionadora.....	133
4. Apreciación de los hechos y pleno contencioso: el control del error manifiesto de apreciación no garantiza un control de plena jurisdicción	135

**CAPÍTULO IV
LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LAS SANCIONES**

I.	LA INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LAS PENAS	137
1.	La aparente contradicción entre la taxatividad de la Ley penal y el necesario margen a atribuir al juez en la individualización de la pena	137
2.	La ciencia penal y el control del arbitrio judicial en la medición de la pena. La individualización judicial de la pena	139
3.	Determinación legal de la pena, concreción legal de la pena e individualización de la pena.....	140
4.	La revisabilidad de la individualización judicial de la pena.....	142
4.1.	La inicial caracterización de individualización de la pena como facultad discrecional	142
4.2.	La revisabilidad de individualización de la pena.....	145
4.3.	Discrecionalidad e individualización de la pena.....	146
II.	LOS MÁRGENES CON QUE CUENTA EL APLICADOR DE LA NORMA SANCIONADORA	147
1.	El principio de legalidad penal: la necesaria predeterminación normativa tanto de las infracciones como de las sanciones.....	148
2.	El modo en que vienen tipificadas las sanciones: la necesaria correlación entre ilícitos y sanciones.....	150
2.1.	La forma de tipificarse las sanciones y su control	150
2.2.	El proceso de individualización de las sanciones	150
III.	LA POSIBILIDAD DE CONTROL PLENARIO (POSITIVO): LA EVENTUAL SUSTITUCIÓN DE LA DECISIÓN ADMINISTRATIVA DISCRECIONAL A TRAVÉS DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS	153
1.	El principio de proporcionalidad en materia sancionadora	153
1.1.	El principio de proporcionalidad como límite a la limitación de los derechos fundamentales	154
1.2.	Proporcionalidad en la ley y en la aplicación de la ley.....	155
1.2.1.	En la instancia legislativa o creadora de la norma. Proporcionalidad en la ley.....	156
1.2.2.	En el momento aplicativo de la norma a cargo de la Administración sancionadora, proporcionalidad en la aplicación de la ley	156
2.	La formulación positiva y negativa del principio de proporcionalidad y sus consecuencias para el control judicial	157
2.1.	El control judicial de la discrecionalidad a través de los principios jurídicos.....	157
2.2.	El control de proporcionalidad como método negativo de control.....	159
IV.	EL ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE LAS SANCIONES	161
1.	El problema de la insustituibilidad de las potestades discrecionales.....	161
2.	La sustitución judicial del quantum de la sanción.....	163
V.	LOS PRINCIPIOS PENALES Y EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN: PROPORCIONALIDAD Y CULPABILIDAD.....	169
1.	Las peculiaridades del Derecho administrativo sancionador	170

1.1.	El origen: la justificación de la potestad sancionadora	170
1.2.	Identidad <i>versus</i> diferencias cualitativas de los ilícitos penal y administrativo	172
1.3.	Las diferencias cualitativas como fundamento de regímenes jurídicos sustancialmente diferentes. La crítica de esta tesis.....	175
2.	La vigencia del principio de culpabilidad en Derecho administrativo sancionador	177
3.	La prueba de la culpabilidad.....	182
4.	Culpabilidad y proporcionalidad	184
4.1.	La exigencia de culpabilidad y la culpabilidad en la individualización.....	184
4.2.	Los principios de proporcionalidad y culpabilidad excluyen la discrecionalidad administrativa en lo referente a la individualización de las sanciones.....	187
5.	Recapitulación	189
CONCLUSIONES		193
I.	LA GARANTÍA DEL RECURSO A LA PLENA JURISDICCIÓN Y LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH	193
II.	LA GARANTÍA DE LA PLENA JURISDICCIÓN EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES	196
III.	EL RECURSO DE PLENA JURISDICCIÓN Y EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.....	197
1.	La vía administrativa	197
2.	La vía jurisdiccional contencioso-administrativa	199
IV.	LA EXIGENCIA DE PLENA JURISDICCIÓN A LA LUZ DE LA NATURALEZA «SUPRALEGISLATIVA» DEL CONVENIO	199
1.	La plena jurisdicción en el Derecho francés.....	199
2.	La plena jurisdicción en el ordenamiento español.....	200
3.	Los límites constitucionales a la plena jurisdicción: la inalterabilidad de los hechos imputados.....	203
V.	EL SUPUESTO CARÁCTER FORMAL DEL ÍLÍCITO ADMINISTRATIVO Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LAS SANCIONES	205
1.	El ilícito administrativo no es un ilícito formal	205
2.	El principio de culpabilidad en la individualización de las sanciones	207
VI.	LA PLENA JURISDICCIÓN POTENCIA LOS PODERES DEL JUEZ QUE REvisa LA SANCIÓN PENAL	208
BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADAS		213

NOTA ACLARATORIA

Una pequeña parte de esta tesis ha sido ya publicada en el monográfico dedicado a las sanciones administrativas por la revista *Documentación Administrativa*, núms. 280-281, con el título «El control judicial de las sanciones administrativas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos» (pp. 323-358). Se corresponde, aproximadamente y con contenido más esquemático, con los epígrafes IV, V y VI del capítulo I de esta tesis.

Igualmente, sobre aspectos colaterales, con origen inicial en esta investigación, aunque con contenido diferente, he publicado «La revocación administrativa del permiso de conducir por la comisión de varias infracciones administrativas de tráfico», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.858, y también sobre el mismo tema en *Diario La Ley*, núm. 6.668, de 9 de marzo de 2007.

AGRADECIMIENTOS

Tengo contraída una deuda de gratitud con mi director, el profesor Jesús Prieto, del que sólo puedo decir que sin su incesante estímulo y su lúcida clarividencia jurídica, esta tesis nunca hubiera podido ver el final.

Quiero expresar también mi agradecimiento al profesor Miguel Beltrán por sus acertadas acotaciones y sugerencias.

PRÓLOGO

El diccionario de la lengua castellana de Sebastián de Covarrubias casi nunca nos defrauda en su capacidad de ofrecernos definiciones luminosas. La de «prólogo» dice así: «La prefacción o introducción del libro, para dar claridad de su argumento. En las comedias acostumbraban hacer prólogos para el mismo fin y para captar la benevolencia y atención del auditorio».

Dos consideraciones se me ocurren. Una, que quien comienza a redactar este prólogo intentará hacer una prefacción o introducción, pero difícilmente podrá cumplir con el mandato de «dar claridad al argumento» de la obra, porque, debo decirlo de entrada, el texto posee en sí mismo de forma sobrada la calidad que haría innecesaria esa pretensión. Pero menos aún podríamos pretender captar la benevolencia del lector, porque el libro no necesita de muletillas ni ayudas para que el lector jurista descubra la brillante exploración doctrinal que contiene.

Así que este prefacio no aspira a ser otra cosa que unas modestas palabras previas, acogiéndonos a la acepción más llana y literal que se desprende de la etimología griega de prólogo: «pro», previo, y «logos», palabras o discurso.

El trabajo que prologamos tiene su epicentro en el párrafo inicial del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, referido al derecho de tutela judicial: «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 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».

En estas aparentemente inocuas —que pronto dejan de serlo cuando se adopta una mirada penetrativa— palabras es donde la presente publicación encuentra el fundamento de preguntas tan fundamentales como: ¿qué se entiende por acusación «penal» en relación con la actividad sancionadora de la Administración?, ¿hasta dónde alcanza y qué trascendencia tiene en el Derecho interno de los Estados esta garantía jurisdiccional de un Tribunal independiente e imparcial para juzgar los litigios en cualquier acusación en materia penal?, ¿qué implicaciones tiene un proceso equitativo y cuál es el alcance de las exigencias de la culpabilidad y del principio de proporcionalidad en las sanciones administrativas? Fácil es ver que estas cuestiones no son inocuas,

sino que nos colocan en un punto equinoccial del firmamento de las garantías jurisdiccionales al plantearnos cuestiones jurídicas tan nucleares ¡nada más ni nada menos! como la división de poderes, la naturaleza de las sanciones y las penas, la discrecionalidad administrativa y la discrecionalidad del juez, la titularidad y el control del poder punitivo del Estado, el debate sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa..., que el trabajo de MORENO TRAPIELLA va desgranando a lo largo del libro. De todas las que son objeto de análisis, nos centraremos en el comentario de las dos primeras por razones de brevedad y porque, a nuestro juicio, son las más determinantes: el ámbito y alcance de la expresión «acusación penal» y la naturaleza e intensidad del control jurisdiccional sobre las sanciones administrativas.

Pero antes de emprender este íter me permitirá el lector un breve excursus sobre el significado de este instrumento internacional que es el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado en 1950 por el Consejo de Europa en un momento en el que Europa tenía la necesidad de lanzar al mundo un mensaje fuerte de reafirmación del compromiso con los derechos fundamentales y la democracia. Europa, que ha sido capaz de lo mejor, desgraciadamente también ha sido el ejemplo de lo peor con las dos guerras mundiales que anegaron de sangre y sufrimiento su suelo en el siglo pasado. Y Europa necesitaba hacer un acto de fe en la dignidad humana y en los valores democráticos y de la libertad que el fascismo había vilmente pisoteado. Ése es el sentido de una Convención que, como el buen vino, no ha hecho otra cosa que mejorar con el paso del tiempo. Dando un gran paso sobre la Declaración Universal de 1948 (el instrumento internacional más importante, pero jurídicamente no coercitivo hasta que en 1966 su contenido fue vertido en los dos Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), el Consejo de Europa asume en un año tan crucial como el de 1950 adoptar un tratado jurídico dotado de una extraordinaria garantía jurisdiccional, a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, que con el tiempo acabaría admitiendo las demandas individuales contra la violación de los derechos reconocidos en la Convención. Sin lugar a dudas, el currículum de este Tribunal, en su labor de aplicación e interpretación de la Convención, es el mejor currículum disponible dentro de los mecanismos internacionales de garantía de los derechos humanos creado hasta ahora. La prueba es que la jurisprudencia del Tribunal Europeo ha tenido un notable impacto en la jurisprudencia de los órganos judiciales internos, así como en la legislación de los Estados. Nadie se atrevería a poner en cuestión la extraordinaria autoritas de esta jurisdicción europea. Pero también es cierto que su jurisprudencia, en algunos de los asuntos y derechos interpretados —y no menores—, ha quedado durmiente o no ha hecho aún la suficiente mella en algunos de los Derechos nacionales, como es, precisamente, el caso de las cuestiones señaladas más arriba.

Pues adentrémonos ya en la primera cuestión, condicionante de todas las demás. ¿Qué alcance tiene para la jurisprudencia del TEDH la expresión «acusación penal»? ¿es el del significado de «penal» en sentido estricto o comprende también las sanciones administrativas? La respuesta del TEDH es muy clara. Para el Convenio tienen naturaleza «penal» todas aquellas medidas sancionadoras que, aunque aplicadas por la Administración, sean a la

vez represivas y preventivas, siempre que estén dirigidas al conjunto de los ciudadanos; es decir, la mayoría de las sanciones administrativas encajan en la noción de «acusación penal» del art. 6 del Convenio. No se nos escape la habilidad de que hace gala el Tribunal de Estrasburgo, pues, al adoptar una definición esencial, material, del alcance de la voz «penal» deja a los legisladores estatales sin margen para, por el fácil recurso de calificar formalmente una sanción como penal o como administrativa, eludir las garantías y exigencias que encierra el art. 6 del Convenio.

Anclada esta columna central, el Tribunal va cosiendo en ella el forjado de una completa construcción doctrinal de las garantías de los ciudadanos ante las «acusaciones penales», ya sean estrictamente penales o administrativas.

Demos paso a la segunda cuestión. El asunto que introduce esta cuestión es cuál debe ser el control jurisdiccional de esas acusaciones penales en ese sentido extenso que propugna el Tribunal Europeo. El problema, que al final se traduce en un dilema, que se nos plantea es que mientras la imposición de las sanciones «estrictamente penales» es controlada plenamente por el juez penal —pues, de hecho, es él mismo quien las impone—, en las «sanciones administrativas» el control jurisdiccional aparece tradicionalmente limitado en gran parte de los ordenamientos europeos, porque los tribunales contencioso-administrativos se suelen limitar a confirmar o anular los actos administrativos sancionadores, pero sin poder penetrar en las entrañas de la propia pena impuesta por la Administración. Frente a esto, la jurisprudencia del TEDH obliga a que el control de las sanciones administrativas por los tribunales nacionales u órganos similares sea pleno y que éstos puedan analizar la adecuación de los hechos constitutivos de la infracción a la sanción y, en su caso, modificar o modular la pena, en definitiva, sustituir la decisión punitiva de la Administración.

Profundicemos en la fórmula del art. 6 de la Convención. ¿Qué subyace a este artículo? Pues un compromiso. El art. 6, en vez de rechazar la potestad sancionadora a la Administración —lo que perfectamente podía haber hecho, sobre todo en el año 1950 en el que se aprueba el Convenio, un tiempo en el que el dogma, derivado del principio de separación de poderes, de que imponer «penas» es monopolio del poder judicial era más correoso que hoy—, opta por una solución más pragmática. No tiene inconveniente en admitir la potestad sancionadora de la Administración, pero, eso sí, sometiendo finalmente su ejercicio a un control judicial pleno, con lo que finalmente vemos rebrotar la fuerza del principio de división de poderes. Queda claro, el control de plena jurisdicción no es una opción técnico-jurídica más del legislador nacional, sino un asunto que éste no puede soslayar, pues cala hasta las raíces más profundas del Estado democrático y de Derecho.

La cuestión es saber si el Derecho español satisface esta exigencia del control judicial pleno de las sanciones impuestas por la Administración. Y la respuesta es que no. El escollo es doble. Por un lado, nuestra jurisprudencia caracteriza la potestad sancionadora de la Administración como discrecional, con lo que la hace insusceptible, en su núcleo central, de control jurisdiccional (SSTS de 6 de julio de 1973, de 30 de marzo de 1979 o de 22 de abril de 1988). La colisión con la doctrina del TEDH es notoria, pues ésta afirma que

sólo existe plena jurisdicción del juez que revisa la sanción cuando éste es competente para examinar una cuestión «típicamente discrecional como la de comprobar la debida adecuación entre la infracción y la sanción» (estas palabras son del voto particular del juez Martes a la Sentencia Fischer c. Austria de 19 de abril de 1995, quien recuerda que la fórmula se debe a la Sentencia Le Compte). El otro escollo es la naturaleza revisora característica de nuestro modelo de jurisdicción contencioso-administrativa conjugada con una concepción altamente formal de la división de poderes. La asunción, quizás poco meditada, de estas bases ha llevado a nuestra jurisprudencia ordinaria y constitucional a afirmar que el juez no puede imponer la sanción (o buscarle cobertura legal) en lugar de la Administración; es más, cuando lo hace vulnera el art. 25 CE (que, recuérdese, es el que reconoce la potestad sancionadora de la Administración), tal como afirma con gran énfasis la STC 161/2003. Según el Tribunal Constitucional, no le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa imponer sanciones, sino revisar las impuestas por la Administración, por lo que se produce una ilícita asunción de funciones sancionadoras cuando aquélla procede a completar el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración justificando a posteriori las sanciones que ésta no haya motivado. En conclusión, modelo revisor e interpretación formal estricta de la división de poderes en estado puro.

De forma extraña, el Derecho español, siempre cuidadoso y atento a las decisiones del tribunal de Estrasburgo, apenas se ha hecho eco de esta exigencia de un control de plena jurisdicción para las sanciones administrativas. ¿Por qué este mutis doctrinal? La respuesta más sencilla sería apelar a la inercia de la tradición jurídica: nuestra jurisdicción contencioso-administrativa pertenece al modelo revisor estricto y es ajena a la fórmula del control pleno, típica del Derecho francés (aunque cabría mucho que decir en relación con el particular sentido del recurso de plena jurisdicción en este derecho y, de hecho, la concepción de ésta en la jurisprudencia del TEDH es mucho más avanzada).

Invocar la separación de poderes para eximir a la Administración del control de plena jurisdicción cuando impone sanciones administrativas es algo así como hacernos una trampa en el solitario. Se puede entender que cuando la Administración «administra» y «gestiona» asuntos relacionados con sus tareas de servir con objetividad los intereses generales (art. 103 CE) como parte del poder ejecutivo —aquellas tareas que la doctrina denomina como reservadas a la Administración—, el juez —según el viejo principio de «juger est encore administrer»— se debe contener ante la división de poderes. Pero, cuidado, otra cosa muy distinta es cuando la Administración realiza una función que, como sabemos, no es originariamente suya —la de sancionar—, sino originariamente propia de otro poder, el judicial; función que le ha ido usurpando a éste en un hurto legislativo continuado en los últimos ciento cincuenta años. En este caso, lo lógico es que el juez controle plenamente su ejercicio por aquélla. Al hilo se nos ocurre la siguiente analogía: ¿no sería esto trasladable también a la actividad materialmente administrativa que realizan otros poderes constitucionales de cara a justificar su control jurisdiccional a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, porque, al ser esa actividad administrativa ajena a la función típica de estos otros poderes, debe, por

ello, quedar sometida a las mismas reglas de juego, y en particular de control, que la actividad administrativa típica de la Administración?

Resulta, en consecuencia, poco consistente esa resistencia al control pleno, habida cuenta de que el Convenio es un tratado internacional frente al que no cabe primar tradiciones doctrinales como la del carácter exclusivamente revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. En definitiva, la potestad sancionadora de la Administración no debe ser vista sino como una anomalía jurídico-democrática que descansa en precarias exigencias pragmáticas (porque al juez le resulta imposible responder con la inmediatez, a la hora de restablecer el orden jurídico infringido, que plantean las necesidades de una Administración masificada), por más que en los últimos tiempos haya llegado a adquirir rango constitucional. Por ello, es una tarea pendiente y urgente para nuestro Derecho metabolizar sin demoras esta jurisprudencia garantista del TEDH desde una interpretación armonizada de los mandatos del art. 6 del Convenio con el conjunto de previsiones constitucionales de tutela judicial «efectiva» de todas las personas en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24 CE), el monopolio de los jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional «juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado» (art. 117 CE), y la exigencia de que los tribunales controlen, sin exenciones, la «legalidad de la actividad administrativa» (art. 106 CE).

A diferencia de España, esta jurisprudencia del TEDH ya ha impactado de forma plena en los ordenamientos de varios países europeos. En Austria, con tanta contundencia que existen órganos administrativos ad hoc encargados de forma exclusiva de la represión administrativa. Con el fin de adecuarse al art. 6 del Convenio, incluso se ha llegado a la modificación de la Constitución Federal de 1920 con la creación de los Tribunales Administrativos Independientes que, cuando conocen de infracciones administrativas, y aun sin formar parte del poder judicial, se comportan como tribunales imparciales e independientes en el sentido del art. 6 del CEDH. A su vez, en Francia el Consejo de Estado —dando muestras, una vez más, de su permanente liderazgo— ha propiciado un importante giro en la jurisprudencia administrativa al exigir ahora el cumplimiento del art. 6 del Convenio en el propio procedimiento administrativo sancionador buscando construir un corpus común de reglas aplicable al conjunto de órganos titulares de potestades sancionadoras, con independencia de su carácter jurisdiccional o administrativo, y dado que se ha roto la aspiración revolucionaria de reservar en exclusiva a la jurisdicción penal la persecución de los ilícitos, se trata de atribuir la revisión judicial de las sanciones administrativas a los jueces penales. Por último, Alemania, país en el que la potestad sancionadora administrativa está recogida en la propia Constitución, encomienda el control posterior de ésta al juez penal otorgándole, además, la ventaja de que el recurso tenga efectos suspensivos.

Prudencio MORENO es una de esas personas que, sin tener su vida profesional en la universidad, encarnan un límpido espíritu universitario e investigador, quizás porque él no ha tenido que malgastar energías en —lo diremos con una grácil metáfora del Quijote— «inflar perros», en alimentar las vanidades fatuas que nos pierden a los universitarios. Nos hace, por ello, recrear en la Universidad en momentos como el presente. No sé qué provecho haya podido

obtener de la dirección de la tesis, pero lo que sí tengo claro, y lo quiero confesar aquí coram populum, es que él también ha ejercido sobre mi persona un magisterio moral sobre lo que es la pasión de la investigación altruista con grandes renunciaciones personales y familiares solo y exclusivamente para satisfacer su compromiso con la perfectibilidad del Estado de Derecho. Y fruto de ello es este excelente trabajo que ve la luz en la editorial Marcial Pons.

No es mi intención caer en retóricas ex abundantia cordis, porque la relación académica y el roce de los años de la tesis ha fructificado en una real amistad que se alimenta en la cita anual en los veranos, en unas ocasiones acariciada por las suaves brisas del mar Cantábrico frente a la playa de San Lorenzo en Gijón y, en otras, bajo la vigilancia de Clarín y de Adolfo Posada en la bella plaza de La Fontán en Oviedo. Cita que nos permite retomar, una y otra vez cada verano, la ininterrumpida conversación que comenzó en los encuentros de trabajo sobre la tesis, pero que, una vez leída ésta, se ha perpetuado para hablar sobre las cosas de la vida, y muy especialmente sobre la pasión compartida por el Estado de Derecho.

Aquí deseo dar por finalizado mi prólogo y, como decía Sebastián de Covarrubias, que empiece la obra, una obra que en modo alguno le va a defraudar al lector.

Jesús PRIETO DE PEDRO

Catedrático de Derecho Administrativo. UNED

INTRODUCCIÓN

El art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 4 de noviembre de 1950 exige que la imposición de penas quede atribuida a los Tribunales. En concreto establece que: «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».

Por tanto, lo que consagra este precepto es el *derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial en un proceso equitativo*. El Tribunal Europeo de Derechos (TEDH), intérprete auténtico del Convenio, ha realizado una exégesis enriquecedora del art. 6 del Convenio que ha propiciado que en la vertiente penal del mismo se hayan equiparado penas y sanciones; de este modo, ha prescrito unas mismas garantías para las sanciones administrativas y las penas.

El Tribunal Europeo no suscribe una teoría absoluta de la separación de poderes; en consecuencia, no obliga que la imposición de «penas» quede reservada en exclusiva a los jueces penales. Los Estados pueden transferir desde el Derecho penal al administrativo sancionador la represión de determinadas infracciones menores, pero sin que la calificación de una medida como administrativa en lugar de penal implique la derogación de las cláusulas fundamentales de los arts. 6 y 7 del Convenio.

Confiar la represión de determinados ilícitos a la Administración no contradice el CEDH, siempre y cuando el interesado pueda recurrir toda decisión así tomada en su contra ante un Tribunal que ofrezca las garantías del art. 6 y a través de un recurso de «plena jurisdicción».

Las garantías del art. 6 han de observarse igualmente cuando la imposición de la «pena» haya correspondido a la Administración; lo que sucede es que, en este caso, la garantía de un «proceso equitativo» sólo es posible a través del recurso jurisdiccional posterior, recurso que, en ese caso, habrá de ser de «plena jurisdicción».

La evolución de la jurisprudencia europea sitúa a la noción «recurso de plena jurisdicción» como la clave de bóveda del sistema de control judicial de las sanciones administrativas. Entre los poderes con que cuenta el juez en el recurso de «plena jurisdicción» se encuentra la posibilidad de *sustituir* la sanción impuesta por la Administración. Siempre que se trate de un recurso contra una decisión administrativa de carácter sancionador, además de poder controlar la adecuación

de la sanción a la infracción cometida, el juez, en caso necesario, debe poder fijar él mismo la sanción correspondiente.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva constitucional —dada la distribución de funciones entre el Poder Judicial y la Administración— los jueces tienen vedado el proceder a la sustitución de las decisiones administrativas de carácter discrecional. Si consideramos a la potestad sancionadora como una potestad discrecional —como frecuentemente se hace—, la pregunta que cabe realizarse es si existe realmente en nuestro ordenamiento un control judicial plenario de las sanciones administrativas, en el sentido que recibe esta expresión en el seno del Convenio Europeo.

Presupuesto metodológico de este trabajo es la atribución de valor *normativo* a la jurisprudencia del TEDH. Por todo ello, y con carácter previo a analizar el concepto de plena jurisdicción europeo, trataremos de precisar el valor jurídico del Convenio Europeo de Derechos Humanos en nuestro ordenamiento y, más precisamente, la naturaleza jurídica de jurisprudencia emanada por el intérprete auténtico del mismo, el TEDH.

Una vez constatado el valor jurídico y el alcance *normativo* de la jurisprudencia del TEDH, estaremos en disposición de adentrarnos en lo que es propiamente el objeto de este estudio, y que no es otro que el tipo de control judicial que de la potestad sancionadora de la Administración demanda el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La búsqueda de respuesta al interrogante que plantea el concepto europeo de «plena jurisdicción», así como el análisis crítico de las respuestas aportadas por la jurisprudencia y la doctrina científica al reto que supone esta noción alumbrada por la jurisprudencia europea, constituye la finalidad última de este estudio.

I. PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES: LA POSICIÓN DEL CONVENIO EUROPEO EN EL SISTEMA DE FUENTES ESPAÑOL, EL ART. 10.2 DE LA CE

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, ha pasado a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico interno como norma directamente aplicable que se impone a todos los poderes públicos¹.

¹ El sistema de protección del Convenio ha sido reestructurado a través del Protocolo núm. 11, de 11 de mayo de 1994, habiendo entrado en vigor el 1 de noviembre de 1998. Este Protocolo fue firmado por España en la fecha de su adopción, ratificándolo el 28 de noviembre de 1996 (*BOE* de 26 de junio de 1998). El actual complejo normativo en vigor está formado por el Convenio (en la redacción dada por el Protocolo núm. 11) y los Protocolos adicionales núms. 4, 6 y 7; no obstante, los Protocolos núms. 4 y 7 aún no han sido ratificados por España. La mera condición de parte del Convenio implica ahora (y sin necesidad de declaración adicional alguna como sucedía en el antiguo sistema) el sometimiento a la jurisdicción del Tribunal, así como la posibilidad de que dicha jurisdicción sea instada por los individuos. Tras la reforma, los dos órganos anteriores, la Comisión y el Tribunal, son sustituidos por un nuevo y único Tribunal de funcionamiento permanente. El Tribunal en funciones jurisdiccionales actuará en Sala y en Gran Sala, que, según el art. 27 CEDH, estará integrada por diecisiete miembros. Esta formación actuará bien en funciones de *revisión o reexamen* de las sentencias de las Salas, como segunda instancia, o bien en caso de inhibición de una Sala. El sistema finalmente adoptado es una solución de *compromiso* entre las dos grandes alternativas que se habían formulado a lo largo de los trabajos preparatorios de la reforma: por un lado, se sustituyen los dos órganos anteriores por un único Tribunal y el doble examen hasta ahora existente no queda excluido a través del *principio del reexamen*. Sin duda, el recurso al TEDH como me-

El CEDH es recibido en nuestro ordenamiento por una doble vía: primero, al igual que el resto de los tratados internacionales, se incorpora directamente al ordenamiento jurídico español (art. 96 CE); pero, por otra parte, la interpretación efectuada por el intérprete auténtico del mismo, el Tribunal de Estrasburgo, goza en nuestro sistema constitucional del especial papel privilegiado que le concede el art. 10.2 CE. La jurisprudencia emanada del TEDH puede ser directamente invocada ante nuestros Tribunales de Justicia como fuente complementaria.

El CEDH asume en la práctica funciones materialmente constitucionales, la que se ha dado en llamar la *dimensión constitucional* del Convenio². El Convenio, como reiteradamente ha afirmado el TEDH, constituye un instrumento *constitucional* del orden público europeo para la protección de todos los seres humanos que «desborda el marco de la simple reciprocidad entre los Estados parte en la medida en que crea, además de una red de compromisos bilaterales, sinálgmáticos, obligaciones objetivas que se benefician de una garantía objetiva» (SSTEDH *Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978, y *Loizidou c. Turquía*, de 23 de marzo de 1995)³.

canismo no habitual, sino como una posibilidad más de protección de los derechos fundamentales, será potenciado tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 11. El nuevo TEDH asumió las competencias que hasta ahora desempeñaba en el marco del Convenio el Tribunal, la Comisión y el Comité de Ministros. Al respecto *vid.* A. SÁNCHEZ LEGIDO, *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Colex, 1995; igualmente, del mismo autor, «Un nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al núm. 1.830, pp. 67 y ss., y A. SALGADO OSUNA, «El Protocolo de enmienda núm. 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de Instituciones Europeas*, núm 3, 1994, pp. 943-965. Entre las razones por las que no ha despertado demasiado entusiasmo el Protocolo núm. 11 está, sin duda, el hecho de ser el producto de concesiones mutuas; en definitiva, el representar el estigma del compromiso político. El art. 43 introduce el reexamen por la Gran Sala de un asunto ya decidido por una Sala: «1. Cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. 2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la demanda si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación de sus Protocolos». No cabe duda del importante papel que tendrá este colegio de cinco jueces en el resultado del nuevo mecanismo, no siendo difícil diagnosticar que se hará un uso restrictivo de la cláusula «en casos excepcionales». En este sentido, E. GARCÍA JIMÉNEZ, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 212 y 228.

² Sobre la creciente equiparación del Convenio a una Constitución, *vid.* A. SÁNCHEZ LEGIDO, «Un nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, suplemento al núm. 1.830, p. 70; J. F. FLAUS, «La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle?», *RFDC*, núm. 36, 1998; A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El art. 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, 1999, p. 142; J. A. CARRILLO SALCEDO, «El proceso de internacionalización de los derechos humanos. El fin del mito de la soberanía nacional (II)», en VVAA, *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos del siglo XXI (Seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)*, CGPJ, 1999, p. 71, y J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, «“Cronique droits de l'homme” l'élaboration progressive d'un ordre public européen des droits de l'homme (Réflexions à propos de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de 1988 à 1995)», *Cahiers de Droit Européen*, núm. 5-6, 1997, pp. 668 y ss.

³ La naturaleza peculiar del Convenio, así como el *carácter objetivo* de las obligaciones asumidas por los Estados partes del Convenio, se aprecia de nuevo a propósito de la interpretación de las *reservas* efectuadas por los Estados partes del mismo. La determinación de si una reserva es o no válida escapa a la apreciación individual del Estado que las ha formulado; las mismas están sujetas al control de interpretación del TEDH. La Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH), en el asunto *Temeltasch c. Suiza*, afirmó su propia competencia en la apreciación de las reservas formuladas por Suiza. Según la Comisión, la naturaleza específica de aquel Convenio y el hecho de que instituyera órganos de control específico (ente los que se encontraba) le facultaba para proceder a determinar la validez de las reservas efectuadas al Tratado. Haciendo suyo este argumento, en la Sentencia de 29 de abril de 1988, asunto *Belilos c. Suiza*, el Tribunal se declara competente para determinar la validez o no de una reserva. *Vid.* J. A. CARRILLO SALCEDO, «El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales», en VVAA, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*, Madrid, CGPJ, 1995, pp. 24-25. Los órganos del Convenio han afirmado su competencia en la determinación de la validez de las reservas, «lo cual

1. La tutela judicial de los derechos fundamentales: el recurso al TEDH

El CEDH establece un órgano judicial de control del respeto de los derechos consagrados en el mismo. La condición de parte en el Convenio implica *per se* el sometimiento a la jurisdicción del Tribunal a través de un recurso individual ⁴.

El Convenio es un tratado internacional y como tal está sometido a las reglas del Derecho internacional público, pero es al mismo tiempo un tratado especial en cuanto en él se establece por primera vez *un órgano judicial de control* del respeto de los derechos consagrados en el mismo.

Al crear no sólo obligaciones para los Estados, sino también derechos ejercitables por las personas y establecer un mecanismo de tutela propio, el Convenio Europeo vino a romper en el ámbito europeo la rígida separación existente entre Derecho internacional y Derecho interno ⁵.

Al mismo tiempo, la garantía del recurso ante el TEDH es una garantía jurisdiccional más de los derechos fundamentales consagrados en la CE. La Constitución tiene previstos una serie de mecanismos de protección de los derechos fundamentales dentro de los cuales se encuentra la garantía jurisdiccional ordinaria y reforzada (arts. 24 y 53.2). Fuera ya de la Constitución, los derechos fundamentales cuentan con la protección jurisdiccional del recurso ante el TEDH.

En este punto conviene hacer una pequeña digresión acerca de la eficacia jurídica que a los derechos fundamentales se les atribuye dentro de la teoría constitucional. En esta materia, y aunque conceptualmente se distingue entre derecho fundamental y garantía del mismo, lo cierto es que la afirmación y la tutela procesal de un derecho fundamental pertenecen a su esencia, la idea de una efectiva tutela jurídica procesal se ha añadido al contenido esencial del derecho fundamental ⁶.

Garantía jurídica y reconocimiento de un derecho forman un todo inescindible en la configuración de los derechos como derechos fundamentales, lo que explica la *dimensión objetiva* de los mismos. En este sentido, el Tribunal Cons-

no quiere decir que estos órganos deben decidir la aceptación o proceder directamente a su anulación. De lo que se trata es de que los órganos deben extraer por ellos mismos las consecuencias del carácter inaceptable de una reserva». Vid. E. GARCÍA JIMÉNEZ, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, op. cit., p. 182.

⁴ La mera condición de parte del Convenio implica ahora, tras el Protocolo núm. 11, el sometimiento a la jurisdicción del Tribunal sin necesidad de declaración adicional alguna como sucedía en el antiguo sistema.

⁵ A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, op. cit., p. 136. Y lo hizo, además, como señala este autor, en un terreno como el de los derechos humanos al que el primero había permanecido ajeno. La intención de las partes y el objeto y forma de las disposiciones del título primero del Convenio y de alguno de sus Protocolos favorecen claramente su condición de normas *self-executing*, característica ésta que no puede predicarse de buena parte de los contenidos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁶ Paradójicamente, lo que gana en relevancia la garantía, lo pierde el Derecho mismo, que será débil en su realidad normativa donde aquélla sea débil. Existe el riesgo, advierte ANDRÉS IBÁÑEZ, de confundir derechos y garantías, en cuyo caso se perderían algunas de las más importantes conquistas del constitucionalismo de este siglo. Vid. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «El juez nacional como garante de los derechos humanos», en VVAA, *Consolidación...*, op. cit., pp. 299-300. En cambio, para CAAMAÑO, garantía jurídica y reconocimiento de una libertad forma así un todo inescindible en la configuración de los derechos como derechos fundamentales, lo que explica la dimensión objetiva de los mismos. Son derechos subjetivos, pero instrumentos de defensa y predeterminación general de un determinado sistema: el Estado constitucional. Esta dimensión «prefiguratora» del sistema se aprecia particularmente en derechos como los consagrados en los arts. 25.1 y 24.2 CE. Vid. F. CAAMAÑO, *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, CEC, 1994, p. 165, nota 25.

titucional ha precisado que el control judicial de la potestad gubernativa de interferir en el ejercicio de un derecho fundamental constituye una garantía que forma parte del derecho mismo. Este control judicial es, pues, «una garantía que forma parte del ejercicio del derecho de huelga e incluye la previsión de vías judiciales adecuadas [...] [Lo que] obliga a establecer mecanismos que permitan someter a un control judicial inmediato las correspondientes decisiones de imposición de servicios mínimos» (STC 148/1993).

El derecho fundamental forma un todo con la garantía del mismo, pero además, en el caso de los derechos fundamentales que tienen asignado un cauce procesal privilegiado para la defensa de los mismos, negada esta garantía se estaría violando el derecho fundamental mismo. La falta de respeto a la previsión constitucional y legal de tutela preferente y sumaria de un derecho fundamental se puede convertir en vulneración del derecho fundamental mismo (STC 31/1984)⁷.

En el art. 24 CE concurre, además, una doble condición. Este precepto tiene la virtualidad de consagrar como derechos fundamentales de la persona *lo que al mismo tiempo son garantías generales de los demás derechos y libertades*, de tal manera que el ciudadano no sólo se encuentra hoy con que la forma natural de protección de sus derechos fundamentales es la de acudir a los Tribunales por vía de un proceso rodeado de determinadas garantías, sino que, al mismo tiempo, esas garantías son proclamadas igualmente como derechos susceptibles de protección, incluso a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁸.

El derecho al proceso, o el derecho a la jurisdicción que garantiza este el art. 24.1 CE, conlleva la salvaguarda de los principios del proceso que expresa o implícitamente están constitucionalizados y que, *de ser garantías de otros derechos, han pasado a ser además derechos fundamentales por sí mismos*.

Por tanto, entre los mecanismos de protección de los derechos fundamentales (reserva de ley orgánica, contenido esencial...) ocupa un lugar destacado la garantía jurisdiccional de los mismos (arts. 24 y 53.2 CE), dentro de la cual se incluye la garantía del recurso ante el TEDH, una vez agotadas las instancias nacionales. Existen en nuestro ordenamiento tres mecanismos específicos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales: el procedimiento preferente y sumario del art. 53.2 CE, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y, finalmente, la protección dispensada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

2. La remisión que hace el art. 10.2 de la Constitución a la interpretación de los derechos y libertades llevada a cabo por el TEDH

En virtud de la cláusula privilegiada de interpretación del art. 10.2, los tratados en materia de derechos humanos vienen a enriquecer con nuevos contenidos y proyecciones los derechos fundamentales existentes en la Constitución⁹.

⁷ A. DE LA OLIVA SANTOS e I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, *Tribunal Constitucional, jurisdicción ordinaria y derecho fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 117, nota 29.

⁸ L. SÁNCHEZ AGESTA, «El art. 24 de la Constitución y el recurso de amparo», en VVAA, *El Tribunal Constitucional*, III, Madrid, Dirección General de lo Contencioso del Estado, 1981.

⁹ El contenido *mínimo o esencial* de los derechos fundamentales debe incorporar las facultades, garantías o posiciones jurídicas en las que el derecho fundamental se despliega de acuerdo con los tratados a que hace referencia el art. 10.2 CE; el llamamiento a la utilización de los tratados internacionales para la interpretación de los derechos fundamentales puede contribuir en gran medida a la definición del con-

La recepción de la jurisprudencia del TEDH en nuestro ordenamiento se ha visto favorecida por el cambio de *modelo constitucional*. Frente a lo que era nuestra cultura jurídica tradicional basada en la superioridad absoluta de la ley, en la Constitución de 1978, entre las características más destacadas de la misma, figura el carácter *principalista*. Es ese mismo carácter principal el que ha contribuido en buena medida a acentuar «el potencial de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales como criterio de interpretación»¹⁰.

Nuestra Constitución, afirma el Tribunal Constitucional, «incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una *interpretación finalista* de la norma fundamental» (STC 18/1981).

Como tiene reiteradamente señalado el Tribunal Constitucional, aunque la Constitución es una norma, es una norma cualitativamente distinta de las demás, en «cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La Constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico (STC 9/1981)».

3. El Convenio Europeo, «instrumento constitucional del orden público europeo en el campo de los derechos humanos»

Por paradójico que pueda parecer, lo cierto es que *la autoridad de la jurisprudencia* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es superior a *la autoridad de sus fallos*, ya que esta última difícilmente actúa sobre la cosa juzgada (sobre la sentencia de un Tribunal nacional), mientras que *pro futuro* los Estados deberán modificar sus prácticas internas, sus leyes o su jurisprudencia para adecuarlas a la interpretación efectuada por el Tribunal de los derechos consagrados en el Convenio¹¹.

tenido esencial. El canon interpretativo del art. 10.2 CE puede ser decisivo «en la definición del contenido esencial o mínimo, es decir, de los elementos integrantes del derecho que son absolutamente indisponibles, no susceptibles de limitaciones. Se habla así del contenido esencial como límite de los límites a los derechos fundamentales». Vid. A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, op. cit., p. 231.

¹⁰ A. RODRÍGUEZ, *La integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, 2001, p. 87. Los métodos tradicionales de la interpretación jurídica aplicables a la Ley no son excesivamente útiles para la hermenéutica constitucional. El enfoque según el cual los derechos no dependen de la ley, sino de la Constitución, una suerte de Estado de «derechos» donde los derechos valen independientemente de la ley, implica un nuevo modo de entender el Derecho alejado del método positivista (G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, trad. M. Gascón Abellán, Madrid, Trotá, 1995). El problema reside —dice ARAGÓN— en el concepto de Derecho con el que se opere; así, para la concepción «principalista» lo verdaderamente fundamental no es el texto de la ley o de la Constitución, sino los principios y valores que dan significado a estos textos y los «sostienen». Frente a ello, otras corrientes que se podrían denominar «normativistas», que si bien no postulan una vuelta al positivismo, defienden una concepción más objetiva del Derecho y, por tanto, menos valorativa o sustancialista; en definitiva, de valores adjetivos frente a valores materiales. El modelo europeo continental es bien distinto del norteamericano: el parlamentarismo, la codificación, la idea rousseauniana de la ley, la separación estricta entre Parlamento y Poder Judicial generaron un sistema que tiene como una de sus bases fundamentales la vinculación de los jueces a la ley. De ahí que se estableciese un sistema de control de constitucionalidad concentrado. Además, en este sistema carecemos de instrumentos que permitan, como así ocurre en el norteamericano, unificar la actividad de todos los jueces aplicando la Constitución e inaplicando la ley. Vid. M. ARAGÓN REYES, «El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad», en VVAA, *La vinculación del juez a la ley. Anuario de la Facultad Autónoma de Madrid*, núm. 1, 1997, p. 189; vid. también L. PRIETO SANCHÍS, «Notas sobre la interpretación constitucional», *REDC*, núm. 9, 1991.

¹¹ Vid. B. PACTEAU, «Le juge administratif français et l'interprétation européenne», en F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1998, p. 271.

Una cosa es el valor interno de la jurisprudencia del TEDH y otra diferente el valor interno de sus resoluciones. El Convenio simplemente regula su eficacia internacional —la eventual responsabilidad internacional del Estado que incumpla las estipulaciones del Convenio—, por lo que el valor interno de sus resoluciones, así como de su jurisprudencia, depende de lo dispuesto por el Derecho interno de cada Estado miembro. El valor interno de la jurisprudencia del TEDH dependerá, desde el punto de vista formal, de que la CEDH tenga en ese Estado *efecto directo*.

Las *sentencias condenatorias* del TEDH generan la responsabilidad internacional del Estado condenado, que puede venir obligado a pagar una «satisfacción equitativa» (art. 41 CEDH). En nuestro ordenamiento es un tema recurrente la eficacia interna de las sentencias condenatorias del TEDH. En concreto, el aspecto más controvertido es si es posible revisar los efectos de la cosa juzgada material; es decir, si deben ser revisados los procesos nacionales firmes tras una sentencia condenatoria europea. La jurisprudencia española sólo reconoce a los fallos del TEDH una *eficacia declarativa*¹².

¹² Interpelado a raíz de la STEDH *Barberá, Messegué y Jabardo*, en un fallo de 4 de abril de 1990, el Tribunal Supremo afirma que la existencia de una sentencia condenatoria del TEDH no es título suficiente para anular sentencias nacionales anteriores; de este modo, las sentencias del TEDH sólo tendrían en nuestro país un efecto *declarativo*. En el recurso de amparo frente a este fallo el Tribunal Constitucional, aun reconociendo que la sentencia del Tribunal Europeo no tiene fuerza ejecutiva en España, la constatación por parte del TEDH de que se ha vulnerado el art. 6 del Convenio hará que este fallo tenga el valor de la *cosa juzgada material* (STC 245/1991, FJ 3.º). En opinión del magistrado Gimeno Sendra, la sentencia incurre en la contradicción de conceder eficacia interna a una sentencia del TEDH, a pesar de haber afirmado que las mismas tenían sólo efectos declarativos (voto particular a la STC 245/1991). Con posterioridad, sin embargo, el Tribunal Constitucional no admitió los recursos de amparo planteados tras la STEDH *Ruiz Mateos* (providencias de inadmisión de 31 de enero de 1994). Se separa así de lo manifestado en la STC 245/1991. Igualmente, tras la STEDH *Castillo Algar*, la Sala Segunda del TC inadmite el recurso de amparo interpuesto: «*Es doctrina de este Tribunal que las sentencias condenatorias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos poseen un valor declarativo*. La única excepción admitida al respecto por este Tribunal es la que viene dada por los supuestos en los que aquel Tribunal haya apreciado una vulneración de derechos del Convenio [...] correlativos a los derechos fundamentales de la Constitución» (providencia de 11 de marzo de 1999). Cfr. A. RODRÍGUEZ, *La integración...*, *op. cit.*, p. 158, nota 143, y A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura...*, *op. cit.*, p. 158, nota 213. No parecen muy consistentes las diferencias entre la STC 245/1991 y las providencias de inadmisión dictadas por el TC con ocasión de las SSTEDH *Ruiz Mateos* y *Castillo Algar*. El TC, como ha señalado RUIZ MIGUEL, «se separa conscientemente de la vía abierta en el caso *Bultó*. De seguir esta vía, no cabe duda que él mismo podría haber dado cumplimiento a la STEDH *Ruiz Mateos*». Vid. C. RUIZ MIGUEL, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1998, p. 154. Aunque ciertamente las sentencias del TEDH tienen un carácter declarativo, y, en consecuencia, no son susceptibles de ejecución, exigen implícitamente del Estado que de alguna forma lleve a cabo la reparación del daño causado. Vid. L. M. BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 107 y 108.

Tras el dictamen del CDH Naciones Unidas en el caso *Gómez Vázquez c. España*, el TS ha reiterado que: «No cabe apoyar en el art. 2.3 del Pacto [PIDCP] un derecho a que esta Sala declare por la vía del art. 238 LOPJ la nulidad de la sentencia recurrida» (Auto de 14 de diciembre de 2001). La STS de 27 de enero de 2000 niega el recurso de revisión tras la Sentencia *Castillo Algar* (STEDH de 28 de octubre de 1998): «Aun reconociendo ese valor y fuerza de obligar de la mencionada sentencia, ello no empece para que coincidamos también con la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Sentencia de 4 de abril de 1991) cuando afirmó que la sentencia pronunciada por el TEDH era una resolución *meramente declarativa, sin efecto directo anulatorio interno ni ejecutoriedad* a cargo de los Tribunales españoles» (STS de 27 de enero de 2000, Sala Quinta). La STC 240/2005 parece, sin embargo, que sugiere la necesidad de que la Sala Segunda del Tribunal Supremo modifique su doctrina y considere *pro futuro* que las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —al menos las que la sentencia denomina «de este tipo»— deban ser consideradas como «hecho nuevo» a efectos de ser admitido el recurso extraordinario de revisión. Sin embargo, la STC 313/2005 analiza la denegación del recurso de revisión tras la STEDH en el caso *Perrote c. España*, denegándose el amparo solicitado.

Con ser importantes los efectos en el ordenamiento jurídico interno de las sentencias condenatorias del TEDH, aquí nos interesa sobre todo el valor de su jurisprudencia, la eficacia que se le atribuya en el ordenamiento jurídico nacional a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo al aplicar la Convención Europea de Derechos Humanos.

El valor jurídico de la jurisprudencia del Tribunal ha sido progresivamente precisado. Hoy ya nadie niega que sus decisiones están dotadas de una autoridad jurídica que trasciende al caso concreto objeto de sentencia. El CEDH es directamente aplicable (*self-executing*); se puede decir, incluso, que goza de *efecto directo*¹³.

La posición privilegiada que conforme a la Constitución ostenta el Convenio Europeo en el sistema de fuentes, y como corolario lógico la jurisprudencia del intérprete auténtico del mismo, hace que la mayor virtualidad del Convenio Europeo sea sin duda la doctrina de la «*cosa interpretada*». Los Tribunales españoles a la hora de precisar los límites, el alcance y el contenido de los derechos consagrados en la Constitución deben tener presente la interpretación de esos mismos derechos realizada por el TEDH, máxime cuando existe —como sucede entre el art. 24 CE y el art. 6 del Convenio— una correlación entre el derecho fundamental nacional y el convencional europeo.

La autoridad de la «*cosa interpretada*» se apoya en última instancia en la posibilidad de que, a través de un recurso individual ante el TEDH, se constaten las insuficiencias integradoras del Convenio en el ordenamiento interno del Estado encausado¹⁴.

¹³ Uno de los rasgos distintivos del ordenamiento comunitario es el *efecto directo* de sus normas, distinto de la aplicabilidad directa. La *aplicabilidad directa* se refiere a la no necesidad de que una norma comunitaria tenga que ser recibida en Derecho interno para poder desplegar formalmente su eficacia; en este sentido, los reglamentos comunitarios son directamente aplicables. Con el término *efecto directo* se hace referencia a la aptitud para generar derechos y obligaciones directamente exigibles por los ciudadanos ante los Tribunales de Justicia de los Estados miembros. Este concepto arranca de la Sentencia *Van Gend en Loos*, en la que el Tribunal de Justicia señaló que: «El art. 12 TCEE produce efectos inmediatos y engendra en la esfera de los justiciables derechos individuales que las jurisdicciones internas deben salvaguardar». La necesidad de asegurar la primacía del Derecho comunitario implica que los jueces nacionales han de inaplicar en el caso concreto la ley nacional contraria a la norma comunitaria (STJCE *Simmethal*). El órgano jurisdiccional nacional que esté conociendo de un litigio relativo a Derecho comunitario «debe excluir la aplicación de una norma de Derecho nacional que considere que constituye el único obstáculo que le impide conceder medidas provisionales» (Sentencia *Factortame*). Vid. D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, 1993.

Llama la atención, sin embargo, el distinto grado de penetración en los ordenamientos internos del ordenamiento europeo de los derechos humanos y el comunitario. Este hecho se debe, como ha puesto de manifiesto BRACONNIER, tanto a motivos políticos (mayor rendimiento político de los derechos económicos que propugna el ordenamiento comunitario), como jurídicos (el ordenamiento comunitario dispone de un arsenal más importante y más flexible que el Derecho europeo de los derechos del hombre) y sociológicos (la penetración más profunda del ordenamiento comunitario está sostenida en una toma de conciencia de la importancia del hecho comunitario). Vid. S. BRACONNIER, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'Homme et Droit Administratif Français*, Bruselas, Bruylant, 1997, pp. 285-289. En este sentido, el ordenamiento de los derechos humanos carece de un mecanismo de reenvío prejudicial que, en cambio, existe en el ordenamiento comunitario (antiguo art. 177 TCE).

¹⁴ Vid. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, «La fin d'une résistance du conseil d'Etat de France á la chose interprétée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme: l'application de l'article 6.1.º de la Convention Européenne des Droits de l'Homme aux juridictions disciplinaires», *Revue Trimestrelle des Droits de l'Homme*, núm. 34, 1998. El TEDH dispone hoy de medios para *vigilar y seguir la ejecución de sus sentencias por las jurisdicciones nacionales*. Bien es cierto que no dispone de poderes coactivos frente a los Estados miembros (STEDH *Papamichalopoulos*, de 31 de octubre de 1995). Al mismo tiempo, la ejecución del fallo es parte del proceso en el sentido del art. 6 (Sentencia *Hornsby c. Grecia*, de 19 de marzo de 1997, § 44).