

Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Brechas Convencionales en España. Un Reto Constitucional del Siglo XXI*, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2020, 156 pp. <https://dx.doi.org/10.5209/foro.74045>.

El profesor de Derecho Constitucional Ignacio Álvarez Rodríguez se adentra con esta obra en un tema que no solo no pasa de moda con los años, sino que con el transcurso del tiempo se encuentra, si cabe, cada vez más de actualidad: este no es otro que el de las llamadas «brechas convencionales», que son las vulneraciones por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa de los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), vulneraciones reconocidas en sentencia firme por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En este «inmenso espacio de 47 Estados y 800 millones de personas»¹ que es, en palabras de García Roca (prologuista de la obra), el Consejo de Europa, las sentencias del TEDH, algo minusvaloradas hace décadas, han ido intensificando su impacto en los ordenamien-

tos internos de los Estados, hasta el punto de que en la actualidad provocan frecuentemente la reforma de los mismos.

El autor se centra en tres artículos del Convenio: el 3 (prohibición de torturas y de tratos inhumanos o degradantes), el 6 (derecho a un juicio equitativo) y el 10 (libertad de expresión). Un hilo conductor une a todos estos derechos: todos ellos son derechos llamados «de primera generación», nacidos en los albores del constitucionalismo, al calor de las revoluciones liberales del siglo XVIII², y, por ende, son pilares fundamentales de un Estado democrático y de derecho. Asimismo, la adecuada respuesta reparatoria que el Estado español ha otorgado a las condenas por vulneración de los tres derechos también es otro de los elementos homogeneizadores de la obra, que sigue una misma estructura en el análisis

¹ J. GARCÍA ROCA, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 2019, p. 32.

² Incluso se pueden considerar anteriores: así, el *Bill of Rights* inglés de 1689 ya prohibía en su artículo X los «castigos crueles y desacostumbrados». El artículo anterior, el IX, establecía la libertad de expresión de los parlamentarios (ardientemente defendida por John Milton ante el Parlamento inglés en su *Areopagítica* de 1644). Por su parte, la tutela judicial efectiva ya se encontraba en su forma embrionaria en la cláusula 39 de la Carta Magna de 1212 promulgada por el rey de Inglaterra Juan Sin Tierra: «ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley, ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino».

sis de las brechas: primeramente, el autor realiza una exposición del contenido del artículo en cuestión a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia del TEDH; a continuación, enumera todas las condenas a España por vulneración del artículo, explicando los fundamentos de hecho, los de derecho y el fallo de cada una de ellas; después realiza una radiografía común a todas ellas, para dilucidar cuáles son los «síntomas» que subyacen a la condena; y, para terminar, señala cuáles han sido las reparaciones individuales a cada una de las condenas y qué reformas estructurales han sido propiciadas por ellas.

Con respecto a la primera brecha, el autor comienza analizando la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes del art. 3 CEDH, prohibición a la que el TEDH otorga un carácter absoluto, de manera que no puede soslayarse en ningún caso. La obra desgana las dos vertientes del artículo: la sustantiva es vulnerada cuando los malos tratos alcanzan un mínimo de gravedad y quedan acreditados «más allá de toda duda razonable», sin perjuicio de que, en un afán garantista, se invierta la carga de la prueba, que recae sobre el Estado denunciado; la procesal, por su parte, exige que el Estado, a través de órganos imparciales, lleve a cabo una investigación sólida sobre los hechos antes de pronunciarse

sobre la existencia o no de torturas y malos tratos. Esta interpretación gradualmente extensiva del artículo por parte de Estrasburgo es profusamente explicada por el autor a través de abundantes citas de doctrina y jurisprudencia.

A continuación, el autor se adentra en el meollo del asunto y analiza todas las condenas a España por vulneración del art. 3, vinculadas en su totalidad al fenómeno terrorista en sus diferentes dimensiones, tales como la pertenencia a banda armada o el vandalismo callejero. En la obra se destaca que la inmensa mayoría de estas condenas se debieron a la vulneración de la vertiente procesal: el Estado español, según el Tribunal, no investigó suficientemente las alegaciones de malos tratos a manos de la policía (supuesto agente de los mismos en todos estos casos) que realizaron los detenidos. Solamente en el asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal*, resuelto por el Tribunal el 13 de junio de 2018, se reconoce, junto con una nueva vulneración de la vertiente procesal, una contravención de la vertiente sustantiva del artículo, que el autor también analiza de forma detallada.

Para finalizar el estudio de esta primera brecha, el profesor Álvarez comenta la forma en que España ha abordado las condenas, no solo en el ámbito puramente indemnizatorio (donde ha satisfecho religiosa-

mente las reparaciones ordenadas por Estrasburgo), sino también en lo relativo a las reformas legislativas llevadas a cabo en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) en el último lustro para reforzar los derechos del detenido en comisaría. Concluye con un análisis del rico diálogo jurisprudencial existente en esta materia entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal Constitucional, habiendo asumido este último la posición garantista del primero con respecto a los malos tratos desde que se dictó la primera condena en esta materia.

La segunda brecha analizada por el autor es sin duda la más honda que existe hoy en día en España y en general en todo el ámbito del Consejo de Europa, puesto que es la que acarrea más condenas del TEDH en general: la vulneración del art. 6.1 CEDH, que establece el derecho a un proceso debido. En concreto, las condenas recaídas en España por este artículo traen causa de la contravención del principio procesal de inmediación. Dicho principio, no recogido expresamente en el art. 6 pero deducido del mismo por la jurisprudencia del TEDH, exige que la práctica de la prueba se realice en presencia del juzgador, lo que implica, entre otras cuestiones, que el proceso en segunda instancia debe gozar de las mismas garantías que el primero en lo que se refiere a la práctica de la prueba. Esto últi-

mo comporta que, para que el tribunal de apelación dicte una sentencia condenatoria respecto de un acusado que fue absuelto en la primera, o agrave la pena con respecto a la primera instancia, es necesario que escuche directamente las declaraciones de los acusados.

Una vez explicado el contenido del art. 6, el autor desmenuza cada una de las condenas a España por vulneración del mismo, destacando que en todas ellas el TEDH entendió que el tribunal que conocía del proceso en segunda instancia, ya fuese este la Audiencia Provincial o el Tribunal Supremo, no se había limitado a revisar la calificación jurídica realizada por el tribunal *a quo*, sino que había llevado a cabo una nueva valoración de los hechos probados en primera instancia sin tomar de nuevo declaración a los acusados. El profesor Álvarez destaca que todos los casos que motivan la condena a España por infringir este precepto responden a un mismo patrón: en todos ellos, el tribunal *ad quem* había revocado la sentencia absolutoria de primera instancia para condenar al acusado. Sin embargo, matiza que, en el citado asunto *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal* contra España, tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación eran condenatorias, lo que no fue óbice para que el Tribunal de Estrasburgo, aplicando curiosamente la doctrina de un artículo (el 6) a

otro distinto (el 3, que era el vulnereado en este caso), condenase nuevamente a España por no respetar las reglas de inmediación en la segunda instancia penal. De mantenerse esta interpretación extensiva en el futuro, la exigencia de una audiencia pública al acusado en segunda instancia sería exigible en todos los casos, y no solo en aquellos en los que la sentencia de apelación es más gravosa para el procesado.

Por último, y en línea con la homogeneidad estructural de la obra, el autor se centra en las reparaciones impuestas por Estrasburgo, que una vez más son cumplidas satisfactoriamente en nuestro país, y en las posibles respuestas a la brecha, que no se antojan nada sencillas: la LECrim solo prevé la práctica de pruebas en fase de apelación en supuestos tasados, vinculados a la imposibilidad de haberlas practicado en primera instancia. Por su parte, la práctica de pruebas en casación es incluso más restrictiva. A ello se le añade el hecho de que la reproducción en la segunda instancia de grabaciones de la prueba practicada en la primera, propuesta por algunos autores para solventar el problema, no parece convencer demasiado a Estrasburgo, que condenó a España en el asunto *Gómez*

Olmeda a pesar de que en este caso el tribunal *ad quem* había optado por visualizar las declaraciones de los acusados en la instancia anterior. Con todo, la reforma por parte de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de los arts. 792.2 y 848 LECrim, entre otros, arroja cierta luz en el intento de «cerrar» esta profunda brecha, al tratar de impedir cualquier atisbo de valoración fáctica que se realice fuera de la primera instancia³. Una luz que, como nos explica el autor, el Tribunal Constitucional ya había atisbado desde hace muchos años, adoptando en su jurisprudencia la postura del TEDH respecto de esta cuestión.

La tercera y última brecha tratada en la obra es la relativa a la libertad de expresión prevista en el art. 10 CEDH. El profesor Álvarez pone de manifiesto la importancia que el Tribunal de Estrasburgo otorga a la libertad de expresión no solo como derecho fundamental sino como garantía de una sociedad democrática, que no solo debe tolerar los discursos correctos y respetuosos, sino también las palabras mordaces, hirientes u ofensivas. Esta doble dimensión de la libertad de expresión se traduce en que el TEDH es especialmente laxo en la aplicación de límites a la misma

³ Sobre esta cuestión también ha escrito recientemente el magistrado de la Audiencia Nacional Eloy VELASCO, «Sobre la apelación de sentencias absolutorias», *Conflegal*, 14 de octubre de 2020.

cuando se ejercita en el seno del debate político, en aras de evitar el llamado *chilling effect* o «efecto desaliento», que no es sino el desistimiento de los ciudadanos del ejercicio de este derecho para evitar ser sancionados o perjudicados de algún modo. Sin embargo, el autor recalca que el art. 10 también conoce límites, que en todo caso deben cumplir los requisitos establecidos en el apartado segundo del artículo: previsión legal, fin legítimo y necesidad de la restricción en una sociedad democrática. Uno de estos límites es el discurso del odio, omnipresente en nuestros días, y del que se ha servido el TEDH para restringir, entre otros, discursos de incitación directa a la violencia, de apología del terrorismo y de negacionismo del Holocausto, aunque su criterio a la hora de determinar si se ha sobrepasado este límite dista mucho de ser uniforme⁴.

En lo que se refiere a las condenas a España por la vulneración de este derecho, el autor recalca que, a diferencia de lo que ocurría con los artículos anteriores, aquí los asuntos de los que traen causa las condenas son muy dispares entre sí. Entre ellos podemos mencionar supuestos de libertad de expresión vincu-

lada al debate político y a la crítica a las instituciones (asuntos *Jiménez Losantos* y *Stern Taulats y Roura Capellera*) o ejercida por representantes políticos (asuntos *Castells* y *Otegi Mondragón*), de libertad de los profesionales de la abogacía a la hora de expresarse en los estrados (asunto *Rodríguez Ravelo*) o de libertad de los periodistas para criticar a su empleador cuando esta crítica se enmarca en un debate de interés general (asunto *Fuentes Bobo*). A pesar de esta heterogeneidad, el autor consigue encontrar puntos de conexión entre los diferentes asuntos: en concreto, destaca que dos fundamentos comunes a la práctica totalidad de las condenas son la posición preferente de la libertad de expresión en el seno de debates sobre cuestiones de interés general y el incumplimiento del requisito de necesidad en una sociedad democrática que prevé el art. 10.2 CEDH.

Finalmente, una vez más el autor se centra en los intentos de enmendar estas condenas: si bien no tiene nada que objetar con respecto a las reparaciones individuales, en lo que se refiere a las reparaciones estructurales no hace gala del mismo optimismo que en las brechas anterior-

⁴ Sobre esta cuestión, además de la abundante bibliografía citada por el autor, es especialmente recomendable la obra de Teresa RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, uno de cuyos capítulos está dedicado a la libertad de expresión y sus límites en el marco del TEDH (pp. 221-273). El profesor ÁLVAREZ también ha abordado el discurso del odio en otras de sus obras: *Crítica del constitucionalismo feminista*, Barcelona, Atelier, 2020, pp. 145-162.

res, lo que se debe principalmente a la ampliación de las restricciones a la libertad de expresión que ha traído consigo la reforma del Código Penal por parte de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Con todo, el profesor Álvarez recalca que la posición del Tribunal Constitucional en la materia sí que permite albergar cierta esperanza, dado que, a pesar de algunos «deslices» (como la STC 177/2015, que considera que la quema de las fotos del Rey a manos de Stern y Roura es subsumible en el discurso del odio), en general siempre ha optado por una concepción expansiva de la libertad de expresión cuando esta se ejerce respecto de cuestiones de interés público, como ha demostrado en el reciente caso *César Strawberry* (STC 35/2020) y como demostró en su día en el caso *Librería Europa* (STC 235/2007), en el que llegó incluso más lejos que el TEDH al afirmar que una democracia no militante⁵ como España no puede castigar el negacionismo del Holocausto, salvo que este se realice para incitar a la comisión de crímenes similares, glorificar a sus autores o menospreciar a las víctimas.

A modo de cierre, podemos afirmar que de la obra de Ignacio Álva-

rez se deducen dos conclusiones fundamentales: en primer lugar, que las brechas convencionales que aquejan a España no son tan hondas como parecen, sobre todo si tenemos en cuenta el escaso número de condenas que tiene nuestro país con respecto a otros Estados del Consejo de Europa; y, en segundo lugar, que los puntos de sutura necesarios para cerrar estas brechas ya se están aplicando. Sin embargo, aunque la cirugía ya ha comenzado y evoluciona favorablemente, para conseguir la curación completa resulta necesario que se haya realizado previamente un diagnóstico impecable de la dolencia. La obra del profesor Álvarez es precisamente este diagnóstico, y su lectura, a nuestro juicio, es indispensable para evitar que dentro de unos años tengamos que afirmar, como el personaje de Enrique V de Shakespeare pero en un sentido totalmente distinto a sus palabras, *once more unto the breach, my friends, one more*: «una vez más en la brecha, amigos míos, una vez más».

Alberto José FERRARI PUERTA
Investigador Predoctoral FPU
Dpto. Derecho Internacional,
Eclesiástico y Filosofía del Derecho
Instituto Universitario de Ciencias
de las Religiones. UCM

⁵ Sobre el concepto de democracia militante, acuñado por Karl LOEWENSTEIN en su artículo «Militant Democracy and Fundamental Rights», *The American Political Science Review*, vol. 31, núm. 3-4 (1937), *vid.* J. GARCÍA ROCA, «Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia (art. 17 CEDH)», en J. GARCÍA ROCA y P. SANTOLAYA MACHETTI, *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 3.ª ed., Madrid, CEPC, 2014, pp. 631-656.