

# ESTUDOS EM HOMENAGEM A ADA PELLEGRINI GRINOVER E JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Adrian Simons  
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes  
Alvaro Pérez Ragone  
Paulo Henrique dos Santos Lucon

Coordenadores



Coordenadores  
Adrian Simons  
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes  
Alvaro Pérez Ragone  
Paulo Henrique dos Santos Lucon

**ESTUDOS EM  
HOMENAGEM A ADA  
PELLEGRINI GRINOVER E  
JOSÉ CARLOS BARBOSA  
MOREIRA**





Copyright© 2019 by Adrian Simons, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes,  
Alvaro Pérez Ragone & Paulo Henrique dos Santos Lucon

Editor Responsável: Aline Gostinski  
Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

**CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:**

**EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT**  
Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de  
Investigações Jurídicas da UNAM - México

**JUAREZ TAVARES**  
Catedrático de Direito Penal da Universidade do Rio de Janeiro - Brasil

**LUIS LÓPEZ GUERRA**  
Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da  
Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

**OWEN M. FISS**  
Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

**TOMÁS S. VIVES ANTÓN**  
Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

E85 Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José  
Carlos Barbosa Moreira  
Organizadores Adrian Simons, Aluisio Gonçalves de  
Castro Mendes, Alvaro Pérez Ragone, Paulo Henrique dos  
Santos Lucon. – 1.ed. – São Paulo : Tirant lo Blanch, 2019.  
1248 p.  
  
ISBN: 978-85-9477-406-4  
  
1. Miscelâneas. 2. Homenagem. I. Título.  
  
CDU: 082.2

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/  
ou editoriais.  
A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei n° 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se  
à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei n°9.610/98).  
Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empório do Direito Editorial Ltda.



**Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.**  
Avenida Nove de Julho nº 3228, sala 404, ed. First Office Flat  
Bairro Jardim Paulista, São Paulo - SP  
CEP: 01406-000  
www.tirant.com/br - editora@tirant.com.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Coordenadores  
**Adrian Simons**  
Aluisio Gonçalves de Castro Mendes  
Alvaro Pérez Ragone  
Paulo Henrique dos Santos Lucon

# ESTUDOS EM HOMENAGEM A ADA PELLEGRINI GRINOVER E JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA



São Paulo  
2019

<b>SULLA FUNZIONE NOMOFILATTICA DELLE PRONUNCE NELL'INTERESSE DELLA LEGGE EX ART. 363 C.P.C.</b> .....	641
Giorgetta Basilico	
<b>ACTE AUTHENTIQUE FRANCESE E ATTO PUBBLICO ITALIANO COME PROVE DOCUMENTALI: ANALOGIE E DIFFERENZE ANCHE ALLA LUCE DELLA RIFORMA DEL CODE CIVIL DEL 2016</b> .....	649
Giulia Di Fazio	
<b>A SUMMA DIVISIO CONSTITUCIONALIZADA NO BRASIL DIREITO COLETIVO E DIREITO INDIVIDUAL E SUA IMPORTÂNCIA PARA O APERFEIÇOAMENTO DO SISTEMA DE TUTELA COLETIVA</b> ..	661
Gregório Assagra de Almeida	
<b>RIFLESSIONI SUL GIUDIZIO DI RINVIO AI SOLI EFFETTI CIVILI EX ART. 622 C.P.P.</b> .....	677
Guido Canale	
<b>LAS FACULTADES JUDICIALES DE DIRECCIÓN MATERIAL DE LOS PROCESOS CIVILES EN LA LEGISLACIÓN Y EXPERIENCIA ESPAÑOLAS.</b> .....	685
Guillermo Ormazabal Sánchez	
<b>EL APROVECHAMIENTO DE PRUEBAS OBTENIDAS ILÍCITAMENTE EN EL PROCESO CIVIL</b> .....	703
Hanns Prütting	
<b>OS CASOS REPETITIVOS NOS BRASIL: NOTAS SOBRE A AGREGAÇÃO DE LITÍGIOS, O PROCESSO COLETIVO E OS PRECEDENTES VINCULANTES NO CPC/2015.</b> .....	707
Hermes Zaneti Jr.	
<b>ACORDOS EM LITÍGIOS COLETIVOS: LIMITES E POSSIBILIDADES DO CONSENSO EM DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS APÓS O ADVENTO DO CPC/2015 E DA LEI DE MEDIAÇÃO</b> .....	719
Humberto Dalla Bernardina de Pinho	
<b>QUALI NUOVE PROSPETTIVE DI RIFORMA PER L'ARBITRATO AMMINISTRATO DALLA CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI IN ITALIA?</b> .....	735
Ilaria Lombardini	
<b>IDEOLOGÍA Y PROCESO ... <i>IN MEDIO VIRTUS</i>.</b> .....	749
Joan Picó i Junoy	
<b>EL CAMBIO DE PARADIGMAS EN MATERIA PROCESAL CIVIL</b> .....	763
Jorge W. Peyrano	
<b>REFLEXIONES SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DEL FUTURO PROCESO.</b> .....	767
José Bonet Navarro	
<b>SOBRE O CONCEITO DE ATO PROCESSUAL</b> .....	771
José Lebre de Freitas	
<b>CONFLICTOS COLECTIVOS Y PROCESO</b> .....	779
José María Salgado	
<b>RACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA COM GERENCIAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS DE INTERESSES</b> .....	789
Kazuo Watanabe	
<b>SULLA NATURA DELLA REVOCAZIONE PER ERRORE DI FATTO DELLE PRONUNCE DELLA CASSAZIONE.</b> .....	793
Laura Salvaneschi	
<b>ANÁLISIS CRÍTICO DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE PROCESOS COLECTIVOS DEL MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2018)</b> .....	803
Leandro J. Giannini	

<b>LA JUSTICE A TRAVERS LE CONTRAT</b> .....	813
Loïc Cadet	
<b>LOS FUNDAMENTOS DEL PROCESO PENAL DEL MENOR</b> .....	821
Lorenzo M. Bujosa Vadell	
<b>RIFLESSIONI SU <i>RULE OF LAW</i> «PRECEDENTE» GIUDIZIALE</b> .....	835
Luigi Paolo Comoglio	
<b>COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO EM FAVOR DE TERCEIROS E PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS</b> ....	853
Luiz Guilherme Marinoni	
<b>LA LEGITIMACIÓN DE LAS ASOCIACIONES DE CONSUMIDORES Y USUARIOS Y LA EXIGENCIA DE REPRESENTATIVIDAD ADECUADA</b> .....	865
Maite Aguirrezabal Grünstein	
<b>IMPUGNACIÓN DE LA COSA JUZGADA “INTERNA” PARA DAR CUMPLIMIENTO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA. LA REFORMA DE 2015</b> .....	877
Manuel Ortells Ramos	
<b>DÉCÈS DE DEUX GÉANTS BRÉSILIENS DE LA PROCÉDURE CIVILE</b> .....	895
Marcel Storme	
<b>CULTURA DEL PROCESSO E OBBLIGO DI VERITÀ DELLE PARTI</b> .....	897
Marco Gradi	
<b>LE OPPOSIZIONI DI MERITO E DI RITO DEL DEBITORE NEL DIRITTO ITALIANO E NEL DIRITTO BRASILIANO*</b> .....	907
Massimo Cirulli	
<b>UNA LINEA SOTTILE TRA LIBERTÀ E IMPOSIZIONE: LA MEDIAZIONE IN MATERIA CIVILE E COMMERCIALE IN ITALIA</b> .....	923
Michele Angelo Lupoi	
<b>A INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO ATRAVÉS DA CITAÇÃO DO RÉU: UM <i>GEDANKENSPIEL</i> PROCESSUAL</b> .....	937
Miguel Teixeira de Sousa	
<b>CORNERSTONES OF CIVIL JUSTICE</b> .....	947
Neil Andrews	
<b>COSTITUZIONE E PROCESSO CIVILE: DALL'ACCESSO AL GIUDICE ALL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA GIURISDIZIONALE</b> .....	955
Nicolò Trocker	
<b>L'EVOLUZIONE DEL <i>COLLABORATIVE LAW</i> IN ITALIA: LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN MATERIA FAMILIARE</b> .....	971
Olga Desiato	
<b>A TEORIA DA AÇÃO DE CLASSE (<i>CLASS ACTION</i>)</b> .....	993
Owen Fiss	
<b>LA TUTELA D'URGENZA E LE RIFORME PROCESSUALI ITALIANE</b> .....	999
Paolo Biavati	
<b><i>HOT TOPICS NAS ESPECIFICIDADES PROCESSUAIS DA ARBITRAGEM SOCIETÁRIA: DISPONIBILIDADE DO DIREITO DE NOMEAÇÃO DE ÁRBITRO E OBJETIVIZAÇÃO DO CONTRADITÓRIO OU DO RIGOR DAS PALAVRAS QUE APRENDI COM BARBOSA MOREIRA</i></b> .....	1007
Paula Costa e Silva	
<b>A CONTRIBUIÇÃO DA OBRA DO PROFESSOR JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA PARA O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL</b> .....	1015
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro	

Bujosa Vadell, L., "Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", *La Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Gómez de Liaño González, F.), Forum, Oviedo, 2000.

¾ *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995.

Cachón Villar, P., "El acceso a la jurisdicción civil (i). La titularidad de derechos e intereses legítimos: legitimación de las partes. Intervención de terceros. Protección de intereses difusos", *Principios constitucionales en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

Cappelletti, M., "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, 1995.

Cappelletti, M., y Garth, B., "The protection of the diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation", *Effectiveness of judicial protection and constitutional order. The general reports for the VIIth International Congress on Procedural Law* (coord. Habscheid Walther, E.), Bielefeld, Würzburg, 1983.

Cordón Moreno, F., "El acceso a la justicia civil de los derechos de los consumidores", *Estudios sobre Consumo*, núm. 16, 1989.

¾ "Comentario breve a las normas procesales de la Ley de competencia desleal", *Actualidad Civil*, núm. 34, 1991.

De la Oliva, A., "Verificación de los criterios esenciales de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, al año de su entrada en vigor", *Poder Judicial*, núm. 64, 2001.

¾ "Sobre la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: criterios inspiradores e innovaciones principales", *Tribunales de Justicia*, núm. 2, 2000.

¾ *Derecho procesal civil* (Con Fernández López). 4ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1997.

Escribano Mora, J. "Los derechos de los consumidores en el ordenamiento jurídico español". En *Jornadas sobre el Consumo* organizadas por el Parlamento Vasco, Julio de 1992.

Fairén Guillén, V., *Ensayos sobre procesos complejos*, Tecnos, Madrid, 1991.

Fleming, J., Hazard, G., Leubsdorf, J., *Civil Procedure*, 5ª ed., Ed. Foundation Press, New York, 2001.

García Tuñón, A.M., "Artículo 11. Legitimación para la defensa de los derechos e intereses de consumidores y usuarios" en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (dir. Lorca Navarrete, A. M.), Lex Nova, Valladolid, 2000.

Garnica Martín, J., "Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios", en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Fernández-Ballesteros, M.A.; Rifá Soler, J.M. y Valls Gombau, J.) Lurgium, Barcelona, 2000.

Gidi, A., "Las acciones colectivas en Estados Unidos", *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. Porrúa. México. 2003.

"La representación adecuada en las acciones colectivas brasileñas y el avance del Código Modelo", *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, (coord. Gidi, A. y Ferrer Mac-Gregor, E.), Porrúa, México, 2003.

"Cosa juzgada en acciones colectivas", en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales un una perspectiva comparada*, Porrúa, México, 2003.

Gómez De Liaño González, F., "La legitimación colectiva y el artículo 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial", *Justicia* 86.

Gómez Orbaneja, E., *Derecho Procesal* (con Herce Quemada, V.), 3ª ed., Madrid, 1951.

Gutiérrez de Cabiedes, P., "Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos de consumidores y usuarios", *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (coord. Cordón Moreno, F., et al.), Aranzadi, Navarra, 2001.

¾ "La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil y los daños con múltiples afectados", *Derecho del consumo. Acceso a la justicia, responsabilidad y garantía*. Ministerio de Sanidad y Consumo, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos, Aranzadi, Pamplona, 1999.

Klonoff, R., Bilich, E., *Class Actions and Other Multi-Party Litigation: Cases and Materials*, West Group, 2000, p. 109; Wright, C., "Class Actions", 47 *FRD* 169 1970.

"The Judiciary's Flawed Application of Rule 23's adequacy of representation requirement", 2004 *Mich. St. L. Rev* 671.

López-Fragoso Álvarez, T., "Artículos 10-11", *Proceso civil práctico* (dir. Gimeno Sendra, V.) La Ley, Madrid, actualizado a abril de 2004, pp. 2/95-2/141.

"Las partes", *Proceso civil práctico* (dir. Gimeno Sendra, V.), La Ley, 2004, pp. 2-107, 2-108 y 2-116.

Marín López, J.J., "Art. 20. 1.2. Derecho de representación, consulta y participación". En *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R. y Salas Hernández, J.), Civitas, Madrid, 1992.

Montero Aroca, J., *La legitimación en el proceso civil (intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él)*, Civitas, Madrid, 1994.

Navarro Hernán, M., *Partes, legitimación y litisconsorcio en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1998.

Ortells Ramos, M., "Una tutela jurisdiccional adecuada para los casos de daños a consumidores", *Estudios sobre Consumo*, núm. 16, 1989.

Pellegrini Grinover, A., "El nuevo proceso brasileño del consumidor", en *Estudios sobre Consumo*, 25, 1992.

"I processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana", *Rivista di Diritto Processuale*, 1994.

Prieto Castro, L., *Tratado de Derecho procesal civil*, t.I, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, 1985.

Trockner, N., *Proceso civile e Costituzione. Problema di diritto tedesco e italiano*. Milano-Dott. A. Giuffrè Editore. 1974.

Villar Fuentes I., "Algunas reflexiones sobre la legitimación para la protección de los intereses de los consumidores y usuarios", *Justicia* 2001.

## IMPUGNACIÓN DE LA COSA JUZGADA "INTERNA" PARA DAR CUMPLIMIENTO A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA. LA REFORMA DE 2015

**Manuel Ortells Ramos**

Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València

### I. DIVERSIDAD DE SIGNIFICADOS DE "CUMPLIMIENTO EN ESPAÑA" DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La eficacia en España del sistema de protección de derechos fundamentales del Consejo de Europa se manifiesta de diversos modos. Este trabajo se va a centrar en la eficacia de las sentencias del TEDH<sup>1</sup> que estimen una demanda contra el Estado español formulada por persona física, organización no gubernamental o grupo de personas que se consideren víctimas de una violación de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH y en sus Protocolos adicionales.

Hasta hace poco, el Derecho español no tenía previsto ningún instrumento específico para el cumplimiento de esas sentencias, lo que no significa que las mismas no fueran cumplidas. Ese instrumento, que ha consistido en una adaptación del juicio de revisión de procesos cerrados con sentencia firme, se estableció en julio de 2015, para los casos precedidos en el ámbito interno por un proceso no penal, y en octubre de 2015, para los casos que tuvieran como antecedente interno un proceso penal.

En el apartado III de este trabajo me referiré al mismo y a los problemas que suscita, pero quisiera enmarcar esa referencia en una consideración más general de la cuestión de cómo pueden ser cumplidas en el correspondiente ordenamiento estatal las sentencias del TEDH.

Los datos normativos principales vienen dados por dos artículos del CEDH.

Por una parte, el artículo 41 CEDH establece que "si el Tribunal declara que ha existido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte contratante sólo permite eliminar imperfectamente las consecuencias de esta violación, el Tribunal concederá, si corresponde, a la parte perjudicada una satisfacción equitativa".

Por otra, el artículo 46 CEDH dispone, en su apartado uno, que "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes", y, en su apartado dos, que "La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución". El Protocolo 14 de 2004, que España ratificó en 2006, especificó la regulación de los poderes del Comité de Ministros y del Tribunal en esta materia, pero no es relevante para el objeto de este ensayo.

La eficacia del pronunciamiento subsidiario sobre la indemnización puede plantear problemas. Apuntaré dos: la inexistencia de un propio título ejecutivo frente al Estado, aparte de las especialidades de la ejecución por deudas dinerarias frente al mismo; los problemas de coordinación con los medios de Derecho interno para exigir responsabilidad del Estado por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración

1 Siglas y abreviaturas utilizadas en el trabajo: AAP: *Auto de Audiencia Provincial*; AN: *Audiencia Nacional*; ATS: *Auto del Tribunal Supremo*; CE: *Constitución Española*; CEDH: *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*; Fj.: *Fundamento jurídico*; LEC: *Ley de Enjuiciamiento Civil*; LECrim: *Ley de Enjuiciamiento Criminal*; LJCA: *Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*; LRJS: *Ley reguladora de la Jurisdicción Social*; LOPJ: *Ley Orgánica del Poder Judicial*; STC: *Sentencia del Tribunal Constitucional*; STEDH: *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*; STS: *Sentencia del Tribunal Supremo*; TEDH: *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*; TC: *Tribunal Constitucional*; TS: *Tribunal Supremo*.

de Justicia.<sup>2</sup> No obstante, las mayores dificultades no se dan respecto de la eficacia de este pronunciamiento subsidiario, sino respecto de la eficacia que debe tener en el ordenamiento estatal el pronunciamiento de la sentencia del TEDH específicamente relativo a la violación del derecho fundamental.

### 1. ¿Eficacia ejecutiva de las sentencias del TEDH? Algunas precisiones técnicas

Es frecuente que el tratamiento de este tema vaya acompañado de una serie de imprecisiones técnicas que resulta conveniente desbrozar.

Una primera tiene que ver con la afirmación de que la sentencia del TEDH carece de eficacia ejecutiva en el ordenamiento estatal y que eso se debe al modo en que se expresan los artículos del CEDH que se acaban de mencionar. Esta explicación es correcta, pero parcial.

Aunque las sentencias del TEDH pudieran tener efecto por ellas mismas en Derecho español, bien sea de modo directo, bien sea mediante una especie de *exequatur*, no se podría hablar técnicamente de eficacia ejecutiva.

Para empezar, la parte dispositiva de la sentencia del TEDH se limita, por regla muy general, a declarar que se ha producido lesión de determinados derechos, pero no impone deberes de cesación de las actuaciones causantes de la misma, ni deberes de restitución de las cosas al estado anterior a la lesión. Es decir, no contiene, pronunciamientos ejecutables en el sentido técnico de esta expresión. Es cierto que, en algún caso, el TEDH utiliza expresiones que van más allá de la declaración; por ejemplo, en la Sentencia 21 de octubre de 2012, en el caso *Del Río Prada c. España*, el TEDH falla que “el Estado demandado debe garantizar que la demandante sea puesta en libertad en el más breve plazo”. Ni siquiera este modo de expresarse la sentencia excluye que competa al Estado demandado determinar quién y cómo, dentro de su estructura institucional, debe decretar la puesta en libertad.

Más allá de las palabras, la verdadera objeción frente a la eficacia técnicamente ejecutiva deriva de la regla del agotamiento de los recursos internos. Esta regla, establecida por el art. 35 CEDH, conduce a que lo que se somete al TEDH sean disposiciones o actos jurídicos, casi siempre judiciales, que producen determinados efectos jurídicos según el ordenamiento del Estado demandado. Si el TEDH declara que la disposición o el acto lesionan derechos fundamentales esos efectos deberán ser eliminados. Por consiguiente, reparar específicamente el derecho lesionado no consistirá en ejecutar un pronunciamiento de condena, sino más bien en eliminar, mediante resoluciones de naturaleza constitutiva dictadas en el ordenamiento del Estado demandado, la disposición, el acto y sus efectos jurídicos que el TEDH ha entendido lesivos del derecho reconocido.

En buena medida, cuando se trata de eficacia interna de la sentencia del TEDH en el ordenamiento de un Estado, se debate si ese ordenamiento tiene establecida una acción impugnativa, específica o genérica, para, con fundamento en la sentencia de aquel Tribunal, atacar la cosa juzgada o, genéricamente, la inmutabilidad producida por la resolución judicial con la que se agotaron los recursos internos. En ese plano se situaron las respuestas jurisprudenciales hasta las reformas de 2015 y en el mismo se hallan los instrumentos habilitados por esas reformas.

Ahora bien, la previsión de ese tipo de acciones no agota las necesidades, ni las posibilidades, para dar eficacia en el ordenamiento interno a una sentencia del Tribunal.

Esa sentencia genera en el Estado demandado un deber de acatar la decisión del TEDH respecto del derecho fundamental que se ha constatado como violado (art. 46.1 CEDH).

El contenido de ese deber presenta gran complejidad. Depende de cuál haya sido el derecho violado, de si es o no posible reparar su violación, o repararla en la parte en que subsista, de si la causa de la violación ha sido una norma, legal o de rango inferior, si lo han sido el indebido funcionamiento de los servicios administrativos o incorrectas resoluciones de la Administración, o si, en definitiva, la violación es atribuible a los

tribunales, bien directamente, como será el caso de los derechos fundamentales procesales, bien indirectamente, porque no han protegido un derecho fundamental cuya violación ha motivado la posterior reclamación ante los tribunales.

Al hilo de lo anterior, se plantea el problema de si ese deber del Estado de acatar la sentencia del TEDH consiste solamente en repararla concreta lesión producida o significa también que debe eliminar las causas que han dado lugar a la misma.

### 2. Causas de la lesión del derecho fundamental y modalidades de cumplimiento de las sentencias del TEDH más allá de la anulación de los efectos de la resolución judicial con la que se han agotado los recursos internos

La complejidad que puede presentar la eficacia interna de las sentencias debe ser afrontada por el Estado con arreglo a su sistema institucional, es decir, a través de sus órganos constitucionales y de acuerdo con las competencias y procedimientos de actuación de los mismos.

La serie de actuaciones en las que se concreta ese deber del Estado es muy amplia y la mayor parte de las mismas podían ser puestas en práctica, con arreglo a lo previsto en Derecho interno español, antes de las reformas de 2015.

Si la causa de la lesión es el precepto de una ley o de una disposición general de rango inferior, se debe distinguir entre la reparación de la concreta violación del derecho fundamental y la eliminación de la causa de la lesión con vista al futuro.

En cuanto a lo primero, el deber de agotamiento de recursos internos comportará que el acto de aplicación haya sido jurisdiccionalmente impugnado sin éxito. Será la eficacia de esa última decisión jurisdiccional interna la que habrá de ser eliminada si el TEDH estima la demanda contra el Estado. Ésta ha sido la cuestión problemática durante años (apartado II), que han intentado resolver las reformas de 2015 (apartado III).

Sin embargo, para la eliminación de la causa de la violación, no solo estaba, y está, abierto el camino de las decisiones políticas de derogación o reforma de las normas, sino que había y hay medios que permiten a los tribunales internos dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal. Si la norma que es causa de la violación tiene rango legal, los tribunales internos pueden, con ocasión de otros procesos en que la norma deba ser aplicada, asumir la sentencia del TEDH para realizar una interpretación respetuosa del derecho fundamental de que se trate, y, si eso no fuera posible, plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Si se trata de una norma de rango no legal pueden ejercer la potestad de inaplicación (art. 6 LOPJ) o plantear la cuestión de ilegalidad (arts. 123-126 LJCA) para eliminar esa norma del ordenamiento.

Por otra parte, cuando una norma legal imperfecta está detrás de violaciones concretas de derechos fundamentales, suele existir otravía para evitar ese resultado. Los tribunales internos, principalmente los de más alto grado, pueden realizar, mediante técnicas de interpretación y de integración normativa, una aplicación correctora de los defectos de la ley. El propio TEDH acepta esa práctica porque, para determinar si un derecho fundamental ha sido violado, no sólo atiende a la regulación legal interna del ejercicio y restricciones de ese derecho, sino también a las garantías que añade a esa regulación el modo en que es aplicada por los tribunales.

No obstante, esta práctica debe tener límites. Mantener una norma legal de escasa calidad, que haya de ser suplida continuamente por la labor integradora de los jueces, es causa de inseguridad y hace más probable la lesión de los derechos, lo que determina la procedencia de una reforma legislativa que regule de modo más claro la intervención en el derecho fundamental.

Un buen ejemplo de este modo de cumplimiento del deber de eficacia interna de las sentencias lo tenemos en el caso *Dacosta Silva c. España*. La sentencia del TEDH, de 2 de noviembre de 2006, declaró que la sanción de arresto domiciliario de tres días impuesta a un guardia civil por el superior jerárquico e inmediatamente ejecutiva, constituía violación del derecho fundamental a no ser privado de libertad salvo

<sup>2</sup> Traté estas cuestiones en Ortells Ramos, M., “El juez español ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del TEDH”, en *Seminario sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, 1998, págs.42-45.

por pena legal impuesta por tribunal competente, sin que la regulación interna y su aplicación estuvieran amparadas por la reserva del Estado español respecto del régimen disciplinario militar. Dado que los hechos ocurrieron en 1998 y que el TEDH dictó sentencia en 2006, con firmeza en 2007, cualquier consideración de cumplimiento en forma específica de la sentencia del TEDH era irreal. No obstante, la sentencia se puede considerar cumplida por la Ley Orgánica 12/2007, de 22 octubre, que aprobó un nuevo régimen disciplinario de la Guardia Civil, en el que la sanción de arresto solo está prevista para faltas cometidas en misiones de carácter militar en las que participe la Guardia Civil.

Otro ejemplo, notable y reciente, de este modo de cumplimiento lo tenemos en la regulación por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de la intervención de comunicaciones telefónicas y otras establecidas mediante nuevas tecnologías, que ha venido a sustituir la formalmente anómala regulación jurisprudencial instaurada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, que el TEDH aceptaba a regañadientes como suficientemente garantizadora de los derechos afectados.<sup>3</sup>

Un tercer ejemplo, también importante y reciente, es la ordenación que la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha dado a los recursos contra sentencias de primera instancia en procesos penales, que está destinada a paliar la insuficiente extensión del recurso de la persona condenada en el proceso penal y también a impedir la eventual lesión de derechos de esa persona si la condena se produce, o se agrava, precisamente a consecuencia del recurso de la parte acusadora contra la sentencia de la primera instancia. Atajar el primer problema era urgente desde que España ratificó, en 2009, el Protocolo número 14 al CEDH. Por la segunda razón mencionada, el TEDH ya había estimado demandas contra España, como, entre otras, la de la sentencia de 27 de noviembre 2012, en el caso *Vilanova Goterris y Llop García c. España*.<sup>4</sup>

Si la lesión del derecho fundamental no tiene por causa una norma no respetuosa con ese derecho, sino una actuación singular de los poderes públicos internos (no jurisdiccionales o jurisdiccionales), el precepto del agotamiento de los recursos internos habrá conducido a que el acto haya sido impugnado ante los tribunales internos y, ya en vía jurisdiccional, a que se hayan utilizado los medios de impugnación admisibles, sin que los tribunales internos hayan considerado existente la violación del derecho fundamental, y, consiguientemente, sin que la hayan reparado. Como en el caso de que la decisión singular lesiva se fundara en una norma no respetuosa con el derecho fundamental, nos encontramos ante la necesidad de instrumentos que permitan eliminar la cosa juzgada o la inmutabilidad de las que el ordenamiento interno dota a las resoluciones judiciales que cierran las posibilidades de recurso.

## II. Cumplimiento en España de las sentencias del TEDH en caso de violación (o no protección) de un derecho fundamental por un órgano jurisdiccional: la difícil busca de un instrumento en el Derecho positivo español y la sorprendente reacción de los tribunales tras la sentencia del TEDH en el caso *Del Rio Prada*

Hasta las reformas de 2015, en Derecho español no existía un instrumento legal específico para eliminar la cosa juzgada o la inmutabilidad de resoluciones jurisdiccionales que, poniendo fin al agotamiento de recursos internos, hubieran, según una sentencia del TEDH, lesionado – activamente, o por no otorgar protección frente a violaciones atribuibles a otros poderes públicos- derechos fundamentales reconocidos por el CEDH. La necesidad de solución fue satisfecha, o se intentó satisfacerla, de dos modos. Por un lado, se intentó adaptar medios de impugnación previstos por la ley para otros fines y que estaban regulados en atención a esos otros fines. Por otro lado, específicamente a raíz de un caso notable, se llevaron a cabo actuaciones judiciales atípicas, nada preocupadas por el necesario respaldo legal que debían tener tanto la atribución de potestades de anulación de la cosa juzgada de las resoluciones judiciales, como el procedimiento para su ejercicio.

Revisar esos intentos tiene interés en un doble aspecto. Por un lado, es ilustrativo de cierta desatención frente a los problemas de articulación de los sistemas interno e internacional de tutela de derechos

3 Ortells Ramos, M., “Legisladores, jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015)”, en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Barcelona, 2016, págs. 50-52

4 Ortells Ramos, “Legisladores, jueces...”, cit., págs. 61-63.

fundamentales, de la tensión favorable a la efectividad de esa articulación y de las dificultades a las que se enfrenta. Por otro lado, proporciona criterios derivados de la experiencia para valorar la respuesta legal que las reformas de 2015 han dado a estos problemas.

### 1. Los intentos de adaptar la revisión de sentencias firmes (juicio de revisión) para el cumplimiento en forma específica de las sentencias del TEDH estimatorias de demanda contra España

La revisión de sentencias firmes, o juicio de revisión, es el medio tradicional de impugnación de la cosa juzgada en Derecho español. Hacia él se dirigieron las miradas de los justiciables y de los tribunales para encauzar las peticiones impugnativas de resoluciones de los tribunales internos que el TEDH hubiera declarado lesivas de un derecho fundamental.

La adaptación de este instrumento se enfrentaba a varios obstáculos: posibilidad de subsumir tales sentencias en las causales de revisión, clase de resolución judicial frente a la que era admisible esta impugnación y efectos de la estimación de la misma.

El esfuerzo de adaptación se centró en primer obstáculo y, durante una larga etapa, tanto el TS, como el TC cuando debió examinar en amparo resoluciones del máximo tribunal ordinario, argumentaron las razones que impedían que la revisión fuera la vía impugnativa adecuada, aun apurando los límites interpretativos de las causas en que podía fundarse. No obstante, en 2014, la Sala de lo Penal del TS decidió que la revisión era el medio de impugnación adecuado, al menos hasta una regulación legal expresa. Y, en efecto, en 2015 el legislador optó por adaptar la revisión con esa finalidad. Pero de estos dos episodios, que merecen valoraciones muy diferentes, trataré en el apartado III. A continuación, repasaré los intentos razonados, y fracasados, de adaptar la revisión por vía jurisprudencial.

En el caso considerado por la STS (Sala de lo Militar) de 27 de enero de 2000, se pidió la revisión con base en una sentencia del TEDH (25 julio 2002, caso *Perote Pellón c. España*) que había declarado la violación del derecho a un juez imparcial (art. 6.1 CEDH) en el proceso penal en el que había sido condenado el demandante. La revisión fue desestimada porque, a pesar de interpretaciones extensivas de la causal de revisión del art. 328.6ª Ley Procesal Militar,<sup>5</sup> la sentencia del TEDH no evidencia ningún error en el juicio de fondo de la sentencia penal, sino un vicio en la composición del tribunal.

El intento también fracasó totalmente en el caso considerado por la STC (Sala Primera) núm. 197/2006, de 3 de julio. El TC considera que no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva la desestimación por la Sala de lo Social del TS de una revisión fundada en que la sentencia estimatoria del TEDH constituía un “documento recobrado” a efectos de una causal legal de revisión,<sup>6</sup> dado que, según interpretación constante de esa causal, sólo puede considerarse “recobrado” un documento preexistente a la sentencia firme, pero no la sentencia del TEDH, que ha sido necesariamente formada después de la sentencia firme del proceso dentro del cual el TEDH ha declarado producida una violación de derecho fundamental.

En el asunto del ATS (Sala de lo Penal) de 29 de abril de 2004 el TS dio tratamiento de solicitud de autorización para interponer revisión a la petición de un condenado que cumplía pena privativa de libertad y que pedía protección de diversos derechos fundamentales y anulación de su condena por estar basada en pruebas que el TEDH había declarado obtenidas con violación del secreto de comunicaciones telefónicas. El TS reconoce que falta una regulación específica e insta al poder legislativo su establecimiento. No obstante, llega a sostener que, atendiendo a otras interpretaciones extensivas de las causales de revisión, una STEDH podría considerarse hecho nuevo o documento nuevo que evidencia la inocencia (art. 954.4º LECrim) y permitiría, por tanto, la revisión. Sin embargo, deniega la autorización para interponer este medio de impugnación porque, aun eliminando de la narración de hechos probados aquellos cuyo conocimiento ha sido obtenido mediante la lesión del derecho fundamental, la condena se sostiene sobre otros hechos probados.

5 Según la citada disposición la causal de revisión consiste en que: “después de dictada sentencia condenatoria se conociesen pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas”.

6 Según el art. 510 LEC “1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme: 1.º Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado”.

La STC (Sala Primera) 240/2005, de 10 octubre, que enjuicia un amparo por denegación de autorización para interponer revisión, establece que, en principio, el TS no podría denegar esa autorización con el argumento de que una STEDH no es un hecho o un documento nuevo en un caso en que tal sentencia declara violado el derecho de libertad de unas personas que suministraron información precisamente en ese estado de privación ilegal de libertad, siendo sus declaraciones testificales decisivas para fundar la condena de las personas que solicitan la revisión. La idea vendría a ser que como el hecho y el documento en que se basa la solicitud de interponer revisión se refieren a terceras personas y no a los propios condenados y a un proceso diferente al que dio lugar a la condena, tal hecho y documento son elementos ajenos al proceso en el que los reclamantes fueron condenados y, por lo tanto, tomarlos en consideración no significa una simple nueva valoración de lo que ya fue examinado al juzgarlos. No obstante, definitivamente el TC no estimó que el TS hubiera lesionado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, porque, al no admitir la revisión, razonó que, aun eliminando esa prueba testifical, subsistiría prueba suficiente para sostener la condena. Complementariamente debe anotarse que las condiciones de la prestación de las declaraciones testificales no fueron desconocidas, ni dejaron de ser invocadas, debatidas y examinadas en el proceso penal cuya condena se intentaba revisar.

Realmente el principal obstáculo para utilizar este instrumento son las causales de revisión, porque las mismas están concebidas como situaciones extraprocesales nuevas o descubiertas después de la firmeza de la sentencia, mientras que en el supuesto de una sentencia del TEDH referida a una violación de derecho fundamental, producida o no corregida en un proceso judicial interno, no se trata de dar eficacia anulatoria a unos hechos inexistentes o desconocidos en ese proceso, sino conocidos, debatidos y valorados en él, incluso invocados y examinados en impugnaciones interpuestas durante el mismo. Lo necesario para eliminar la cosa juzgada sería poder atender a una posterior valoración jurídica de esos hechos, concretamente la del TEDH que, con su sentencia, los ha declarado lesivos de un derecho fundamental.

## 2. La vía de la solicitud ante los tribunales ordinarios de nulidad de actuaciones posterior a resolución firme

Otro instrumento legal que se intentó utilizar para que las sentencias estimatorias del TEDH afectaran, eliminándola, a la validez de la resolución judicial con la que se hubieran agotado los recursos internos, fue el incidente de nulidad de actuaciones posterior a sentencia u otra resolución firme que ponga fin a un proceso, que puede plantearse ante el tribunal ordinario que hubiera dictado tal resolución.

Hasta la reforma del art. 240 LOPJ en 1997, esta vía tenía la dificultad adicional de tenerse que acoger a la interpretación constitucional del límite “sentencia definitiva” como “sentencia definitivamente ejecutada”.<sup>7</sup> Las reformas de 1997 y 1999 clarificaron la regulación del incidente de nulidad, pero, hasta la reforma de 2007, los casos en que procedía no fueron lo suficientemente amplios para que pudiera invocarse la vulneración de todos los derechos fundamentales. Y, cuando ahora hablo de derechos fundamentales, me refiero a los que están reconocidos por la CE.

No obstante, incluso con la reforma de 2007 – que permite fundar la petición de nulidad en “cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 CE”-, y a pesar de lo apropiado que resulta el tratamiento de la nulidad por sus causas y sus efectos, el régimen del incidente de nulidad nunca podía ser aplicado para el cumplimiento de una sentencia del TEDH sin prescindir abiertamente – sería atrevido hablar de adaptar- de elementos esenciales de su régimen jurídico, como la competencia, la causa y el plazo para formular la petición.

En ninguno de los casos en los que, dándole o no ese nombre, se utilizó este instrumento se consiguió, sólo con ello, que una sentencia del TEDH fuera cumplida con la anulación de la resolución del

<sup>7</sup> Hay ciertas nulidades procesales que la parte solo puede conocer después de que haya sido dictada la resolución firme del correspondiente proceso. Hasta cierto momento, el Derecho español no regulaba un medio de impugnación para plantear esas nulidades ante los tribunales ordinarios, de modo que el amparo ante el Tribunal Constitucional acababa por ser el único medio para denunciarlas, con fundamento en la violación del derecho fundamental a la no indefensión. Para ampliar el campo en el que los tribunales ordinarios pudieran tutelar el derecho a la no indefensión, el TC extendió al máximo el significado de “resolución que ponga fin al proceso”. No obstante, la escasa regulación legal hacía particularmente inseguro el régimen de este medio de impugnación.

tribunal interno.

En el caso que acabó por ser resuelto por la STC (Pleno) núm. 245/1991, de 16 de diciembre, los demandantes – dos de los cuales seguían cumpliendo condena de pena privativa de libertad-, invocando la sentencia del TEDH que había declarado violado su derecho a un juicio justo, pidieron a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que había dictado la sentencia tras el juicio oral, que declarara su nulidad. Tras diversas vicisitudes – incluidas decisiones cambiantes sobre la suspensión o no de la ejecución de la pena, con o sin restricciones adicionales de libertad- la Audiencia Nacional defirió el pronunciamiento sobre la petición de nulidad a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Ésta denegó declarar la nulidad porque el ordenamiento español no tenía previsto un instrumento que habilitara a los tribunales para hacer esa declaración por la causa invocada. En el Fj 5º de la STC 245/1991, el TC reconoció que el pronunciamiento de la nulidad de actuaciones no le estaba permitido al Tribunal Supremo – tal como este tribunal había argumentado-, ni a otros órganos judiciales ordinarios, por imperativo legal en supuestos como el planteado.

En el caso de la STS (Sala de lo Civil) de 20 de noviembre de 1996 se pidió a la Sala la nulidad de la sentencia sobre el fondo que esa misma Sala había dictado tras estimar un recurso de casación, porque en esa sentencia el TS había desestimado la demanda sin realizar ningún examen de una defensa que la demandada había formulado oportunamente. Este defecto determinó que el TEDH declarara violado el derecho a que la causa sea oída y el tribunal decida sobre el litigio (art. 6.1 CEDH) en lo que se basa la actual petición de nulidad. El TS la desestimó porque no había en la ley ningún instrumento que le apoderara para hacer tal declaración.

En dos asuntos se intentó utilizar el incidente de nulidad de actuaciones en la configuración normativa más clara que recibió con la primera reforma del art. 240 LOPJ.

El Auto del TS (Sala de lo Militar) de 9 de diciembre de 2002, se ocupa de una petición de nulidad de sentencias dictadas por el Tribunal Militar Central y la propia Sala del TS en casación, por la vía prevista en el art. 240.3 LOPJ y con fundamento en que el TEDH había declarado violado, por una defectuosa composición del tribunal del juicio, el derecho a que la causa sea oída por un juez imparcial. El TS destaca que la vía elegida abre una nueva posibilidad para el cumplimiento de las sentencias del TEDH, pero, en definitiva, concluye que esa posibilidad no es útil. Por un lado, la lesión denunciada no es subsumible en las causas que, según la reforma, podían basar la nulidad – indefensión, incongruencia-. Por otra parte, el hecho causante de la lesión ya había sido conocido, planteado y resuelto en los procesos internos.

En el caso del ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 27 de abril de 2005, el reclamante pide la declaración de nulidad del auto de inadmisión de un recurso de casación, con base en una sentencia del TEDH que había declarado lesiva de los derechos reconocidos por el art. 6.1 CEDH la resolución de inadmisión del recurso por su formalismo y rigorismo. Para este caso la reforma del art. 240.3 LOPJ ofrecía un dato favorable: la nulidad no solo puede pedirse de sentencias firmes, sino también de resoluciones firmes que pongan fin al proceso, como la del caso. No obstante, subsistían los dos obstáculos que condujeron a la desestimación en el caso mencionado antes. Ni la lesión declarada por el TEDH era de las que legalmente pueden fundar el incidente de nulidad, ni los hechos que la causaron habían sido ignorados en los procesos internos.

La reforma de 2007 en los arts. 240 y 241 LOPJ, que extendía el acceso al incidente de nulidad a la vulneración de todos los derechos fundamentales de la CE, parecía abrir nuevas perspectivas para la solución del problema que nos ocupa.

En el caso considerado por el ATS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 13 de mayo de 2013 se pone de manifiesto, tanto esa novedad, como el obstáculo esencial subsistente. El demandante de nulidad ante la Sala del TS impugnaba una sentencia de éste que había denegado pronunciarse sobre el fondo de su recurso de casación por defectos del acto de preparación de ese recurso. Basaba su solicitud en una sentencia del TEDH que había declarado que esa resolución, por su formalismo, era lesiva de los derechos reconocidos en el art. 6.1 CEDH. Esta violación podía encuadrarse en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo que, tras la reforma, podía fundar la petición de nulidad. A partir de ahí debía examinarse si la



solicitud de nulidad se había presentado en el plazo de veinte días desde el hecho causante de la lesión o de su conocimiento. En este punto, la motivación del ATS considerado opta por transitar un camino que había facilitado el propio reclamante: la solicitud de nulidad no era admisible porque fue presentada dos años después de que la persona que la formuló tuvo conocimiento de la sentencia del TEDH. Si la solicitud se hubiera presentado en el plazo legal de veinte días, el TS no hubiera podido eludir el problema de explicar por qué realizó el cómputo del plazo desde la notificación de la sentencia del TEDH, en vez de hacerlo, como requiere el art. 241.1, párrafo segundo LOPJ, desde que el hecho causante de la vulneración del derecho fundamental fue conocido, debatido y valorado en los procesos internos previos al acceso al TEDH.

### 3. La tercera vía explorada, con algún resultado: el “segundo” amparo ante el TC

Un tercer instrumento legal adaptado es el que podríamos llamar “segundo” amparo constitucional. La característica más singular de este intento es que, en algún caso, ha conducido a un estricto cumplimiento en sus propios términos de sentencias del TEDH.

El *leading case* que será reiteradamente invocado, a veces con éxito, en los asuntos posteriores, es el de la STC (Pleno) núm. 245/1991, de 16 de diciembre. El TEDH había declarado violados, de forma cualificada, derechos fundamentales de los acusados en un proceso penal que había concluido con imposición de condenas de privación de libertad, alguna de las cuales continuaba en ejecución. El TC había dictado la resolución que agotó los recursos internos; antes del acceso al TEDH había declarado no admisible el amparo interpuesto. Dictada por el TEDH la sentencia estimatoria de la demanda contra el Estado español, y después de que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo hubieran declarado no poder modificar sus sentencias firmes por inexistencia de los instrumentos legales para hacerlo en cumplimiento de sentencias del TEDH, el TC consideró que debía estimar el amparo porque, por un lado, subsiste la violación del derecho a un juicio público con todas las garantías, puesto que las penas privativas de libertad aún están siendo ejecutadas, y porque, por otro lado, el TC, a diferencia de los tribunales ordinarios, no está sujeto al límite del art. 240 LOPJ, que prohíbe modificar sentencias firmes.

Sin profundizar, ahora, en el análisis de esta sentencia, sí que es importante resaltar una crítica insalvable a uno de sus argumentos nucleares que puso de manifiesto el voto particular del magistrado Gimeno Sendra, y que ha aflorado también en otros votos particulares de casos en que el TC ha debido ocuparse del cumplimiento de sentencias del TEDH. Es cierto que al TC no le vincula la prohibición de modificar las resoluciones firmes de los tribunales ordinarios, pero la cuestión en este caso es otra: si el TC puede prescindir de la cosa juzgada producida por el auto de inadmisión que dictó al examinar el primer amparo planteado en el caso, siendo así que la causa de inadmisión había consistido en un examen de fondo que concluyó en la manifiesta falta de contenido constitucional del amparo (motivo de discrepancia 5 del voto particular de Gimeno Sendra).

En resoluciones de inadmisión de amparos interpuestos por varios miembros de la familia Ruiz-Mateos, dictadas en 31 enero de 1994, el TC se enfrentaba con el cumplimiento de la STEDH de 23 de junio de 1993, que había declarado violado el derecho de aquellos a un juicio justo debido a las restricciones a las que se había sujetado su intervención en los procedimientos de una cuestión y de un recurso de inconstitucionalidad contra la ley que autorizó la expropiación de un grupo empresarial de titularidad de aquellas personas. En aquellas resoluciones el TC sí que enfatiza la inexistencia de medios legales que le habiliten para declarar la nulidad de sus sentencias que han producido cosa juzgada y rechaza aplicar los criterios de su sentencia 245/1991.

En relación con el caso Castillo Algar, resuelto por la STEDH de 28 de octubre de 1998, que declaró violado el derecho a ser juzgado por un tribunal con imparcialidad objetiva, porque magistrados que antes habían decretado el procesamiento después integraron el tribunal del juicio, el TC no admitió el amparo interpuesto antes del acceso al TEDH. Dictada sentencia por el TEDH, el TC tuvo oportunidad de conocer dos amparos relacionados con su cumplimiento. Un amparo directo no fue admitido porque, a diferencia del caso de la STC 245/1991, la pena privativa de libertad ya había sido ejecutada. Otro amparo se planteó al ser desestimada una demanda de revisión ante la Sala de lo Militar del TS, mediante la que se había intentado que la sentencia del TEDH eliminara la eficacia de la sentencia del tribunal interno. Este segundo amparo

también fue inadmitido con auto de examen anticipado del fondo en el que se reiteró la no aplicabilidad de los criterios de la STC 245/1991 y, además, se razonó que la desestimación de la revisión por falta de causa legal – el TEDH había declarado un defecto de composición del tribunal, no que el contenido de las sentencias dictadas estuviera viciado- no había lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva de quien intentó la revisión.

El cumplimiento de la STEDH de 25 de julio de 2002, que había declarado violado el derecho a ser juzgado por un tribunal con imparcialidad objetiva, se intentó, de entrada, con una petición de nulidad ante la Sala de lo Militar del TS, que fue desestimada por falta de concurrencia de causa legal. El recurso de amparo subsiguiente – segundo, tras el amparo que había precedido al acceso al TEDH, que había sido inadmitido por entender que los magistrados cuya imparcialidad se cuestionaba no habían realizado actos que exteriorizaran su opinión sobre la culpabilidad del acusado- fue desestimado por la STC 313/2005, de 12 de diciembre. La motivación no fue, ahora, la de que no subsistía una situación de privación de libertad, como en la STC 245/1991 – el reclamante había afirmado que los derechos fundamentales que seguían siendo lesionados eran los del acceso a funciones y cargos públicos y al honor-, sino que en la sentencia del TEDH no había base para concluir que la cuestionable imparcialidad de algún magistrado hubiera llegado a ser determinante de algún contenido incorrecto de la sentencia que condenó al reclamante.

En relación con el cumplimiento de la STEDH de 29 de febrero de 2000, que había declarado que un despido disciplinario de un trabajador de TVE había violado su derecho a la libertad de expresión y el principio de no discriminación, el TC había desestimado por sentencia el amparo previo al acceso al TEDH por entender que las declaraciones del reclamante no estaban amparadas por el derecho a la libertad de expresión. Dictada la sentencia del TEDH, y tras el intento fracasado de darle cumplimiento mediante una revisión ante la Sala de lo Social del TS, el reclamante interpuso de nuevo amparo, que fue desestimado porque, a diferencia del caso de la STC 245/1991, no subsistía una violación actual del derecho a la libertad de expresión, dado que el reclamante solicitó y obtuvo una satisfacción del daño moral adecuada a la desproporcionada sanción y a la situación laboral que tenía cuando fue despedido. También el Comité de Ministros aceptó que la sentencia se había cumplido. Tampoco el examen, en este amparo, de la desestimación de la revisión desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva condujo a la estimación, porque el TC considera que la interpretación del TS que le impide considerar concurrente una causa legal de revisión está motivada y fundada en Derecho, no siendo arbitraria, ni irrazonable, ni constitutiva de error patente. El voto particular (apartado 4) del magistrado Pérez Tremps muestra su disconformidad con la posibilidad de que, en el estado de la legislación, en algún caso, aún excepcional, pueda darse cumplimiento a las sentencias del TEDH, porque esto siempre implicaría desconocer, sin base legal, la cosa juzgada de las resoluciones del TC.

El cumplimiento de la STEDH de 8 de noviembre de 2007, que había declarado violado el derecho de acceso a un tribunal – el propio TC, ante el que se había interpuesto amparo- por una resolución del TC que declaró la inadmisión del amparo por falta de agotamiento de los recursos ante los tribunales ordinarios en un caso en que la resolución considerada lesiva del derecho fundamental (a la prueba pertinente) contenía la expresa mención de no ser recurrible, ponía a prueba hasta qué punto estaba dispuesto el TC a que la eficacia de las sentencias del TEDH afectara a la firmeza de sus resoluciones. En definitiva, el TC, tras recordar la inexistencia de instrumentos legales, no admitió el amparo que pretendía la nulidad del auto de inadmisión del primer amparo, porque el caso no era igual al de la STC 245/1991, por no subsistir lesión actual del derecho fundamental en cuanto que el TEDH declaró expresamente que no había existido violación del derecho a la prueba, ni a la presunción de inocencia, que eran las violaciones de derechos fundamentales que el reclamante planteaba en el segundo amparo.

### 4. Las actuaciones subsiguientes a la sentencia del TEDH sobre el caso Del Rio Prada: de la eficacia de las sentencias del TEDH sobre el caso concreto que resuelven a la eficacia de su jurisprudencia respecto de casos iguales

Un cuarto instrumento ha sido singular en muchos sentidos. Ha sido aplicado para el cumplimiento de la sentencia del TEDH en el caso Del Rio Prada. Es un instrumento diferente a los tres que hemos considerado. Ha sido utilizado con resultado positivo en muchos casos. Pero, sobre todo, su singularidad consiste en que ha

conducido a ampliar la eficacia interna de las sentencias del TEDH, permitiendo no solo dar cumplimiento a las concretas sentencias del Tribunal, sino dar eficacia a la jurisprudencia que las mismas contienen, mediante su aplicación por los tribunales nacionales a la resolución de casos iguales al resuelto por el TEDH, pero sobre los cuales éste no se ha pronunciado.

La sentencia del TEDH de 21 de octubre de 2013, en el caso Del Rio Prada, se ocupa de la duración concreta de una condena a privación de libertad en atención a la incidencia que debían tener en ella beneficios penitenciarios legalmente previstos y cuyas condiciones cumplía la persona privada de libertad. La liquidación de las condenas, que se había realizado teniendo en cuenta diversas sentencias dictadas entre 1993 y 2004 y situaciones penitenciarias constatadas, no fue aprobada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que ordenó que se practicara otra liquidación con arreglo a los criterios establecidos por la STS (Sala de lo Penal) 197/2006, de 28 de febrero, según la cual los beneficios penitenciarios en el caso de personas condenadas con arreglo al Código Penal de 1973 – como era el caso de Del Rio Prada- debían ser aplicados de un modo diferente al propuesto por el centro penitenciario, con la consecuencia de que el límite de cumplimiento de la pena pasaba a ser posterior al que resultaba de la propuesta de ese centro. El auto que estableció la liquidación de la Audiencia Nacional fue recurrido ante la misma, la desestimación de este recurso fue impugnada en amparo por violación del principio de igualdad (art. 14 CE), del derecho a la libertad (art. 17 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y a la legalidad penal (art. 25 CE), pero el TC no admitió el amparo por falta de trascendencia constitucional de la queja.

La sentencia del TEDH declaró violado el derecho a una pena establecida por la ley con anterioridad al delito (art. 7 CEDH), el derecho a la libertad desde que la pena debió ser considerada cumplida (art. 5.1 CEDH), concluyendo que el Estado debía garantizar la puesta en libertad de la persona afectada en el plazo más breve posible.

Al día siguiente a la publicación de la sentencia del TEDH, la Sala de lo Penal de la AN, de oficio, dictó auto ordenando la inmediata puesta en libertad de Del Rio Prada en cumplimiento de la sentencia del TEDH, que, según declara la Sala, había dejado sin efecto las previas resoluciones de la AN en las que se sustentaba la continuación del cumplimiento de la pena. Las razones básicas de la resolución son dos: una – derivada de la STC 245/1991- consiste en que al subsistir, como era el caso, la privación de libertad por violación del principio de legalidad penal, la violación debe ser reparada porque, en su defecto, acabaría por imponerla el TC al conocer de un amparo subsiguiente; la otra razón es específica para la clase de resolución causante de la violación, pues, al haber sido dictada en un proceso de ejecución de penas privativas de libertad, comparte su carácter “por naturaleza dinámico y en evolución”, dependiente de diversas circunstancias que surgen durante el cumplimiento de la pena, lo que minimiza el obstáculo que podía significar la cosa juzgada como efecto jurídico que fuera necesario eliminar.

La singularidad de este instrumento respecto de los que hemos mencionado en los apartados II.1 y II.2 consiste, principalmente, en que:

1º) No es una adaptación de la revisión, porque la resolución no se pide de, ni se adopta por, la Sala de lo Penal del TS, ni la impugnación – cuando existe y no hay actuación de oficio- no se dirige contra sentencias firmes, sino contra resoluciones que revisten otra forma y son dictadas durante la ejecución de la sentencia. Estas resoluciones son del tribunal sentenciador y él las revoca de oficio o se impugnan ante él.

2º) Tampoco es un ajuste del incidente de nulidad posterior a resolución firme, porque su finalidad y su efecto no es la declaración de nulidad de una resolución, para que pueda dictarse otra nueva que proceda según hechos y Derecho, sino exactamente la reforma del contenido de la resolución impugnada para ajustar ese contenido a lo dispuesto por la sentencia del TEDH.

3º) Se dice que, específicamente en estos casos, la eficacia de reformar el contenido de la resolución lesiva del derecho fundamental estaría facilitada por la variabilidad que caracteriza a las resoluciones que se dictan a lo largo del proceso de ejecución de penas privativas de libertad. No obstante, como se argumenta coherentemente en el voto particular del magistrado Del Moral a la STS (Sala de lo Penal) núm. 1000/2013, de 7

de febrero, la variabilidad a la que se alude lo es en función de que hayan concurrido nuevas circunstancias fácticas, no porque han sobrevenido “nuevos argumentos jurídicos o una reflexión jurídica novedosa que se considera más atinada”.

La singularidad más sorprendente del expeditivo cumplimiento por los tribunales internos de la STEDH en el caso Del Rio Prada nolo fue el nada problematizado instrumento que se utilizó con total éxito en el caso concreto, sino que la sentencia mencionada desencadenó una serie de impugnaciones contra resoluciones de liquidación de condena respecto de casos que se afirmaban iguales a los de Del Rio Prada y realizadas con arreglo a los mismos criterios que el TEDH declaró lesivos del principio de legalidad penal cuando se aplicaron a la liquidación de la condena de Del Rio Prada. El problema de la eficacia en el ordenamiento español de las sentencias del TEDH experimentó, con ello, una transformación esencial. Había dejado de ser solo el problema de dar cumplimiento – y cómo hacerlo- a una concreta sentencia del Tribunal, para abrir paso a la posibilidad de que la jurisprudencia del TEDH fundamentara la reforma de resoluciones de tribunales españoles que no habían sido – o no habían sido aún- examinadas por el TEDH y que, consiguientemente, no habían sido consideradas por él como directa o indirectamente lesivas de un derecho fundamental. A título de ejemplo pueden mencionarse el Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional núm. 62/2013, de 25 de octubre y el AAP Barcelona (Sección 5ª) de 24 de octubre de 2013. Y, muy especialmente, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de 12 de noviembre de 2013 que, en previsión de una serie de solicitudes de igual contenido a las antes mencionadas, determinó los supuestos y el procedimiento para reformar las resoluciones de acumulación y liquidación de condenas dictadas con anterioridad a la sentencia del TS que estableció la llamada “doctrina Parot”, declarada lesiva del principio de legalidad penal por el TEDH en el caso Del Rio Prada. Siguiendo los criterios de ese acuerdo fueron resueltos recursos de casación en casos relevantes como, por ejemplo, los de la STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª), núm. 1000/2013, de 7 de febrero, y de la STS (Sala de lo Penal) núm. 919/2013, de 4 de diciembre.

Esta eficacia de la jurisprudencia del TEDH respecto de resoluciones jurisdiccionales internas sobre casos afirmados como iguales a otro sentenciado por el TEDH ya había sido invocada, sin éxito, a partir de las declaraciones del TEDH en el caso Dacosta Silva, en el sentido de que la reserva del Estado español respecto del régimen disciplinario militar no amparaba cualquier aplicación del mismo a los miembros de la Guardia Civil y, consiguientemente, el Estado debía ser considerado responsable de algunas aplicaciones de ese régimen lesivas de derechos fundamentales. Pueden verse el ATS (Sala especial del art. 61 LOPJ) 10 de febrero de 2015, y el ATS, de la misma Sala, núm. 9/2015, de 6 de noviembre. La falta de éxito de los intentos en estos casos se debe, probablemente, a que la igualdad de los elementos relevantes en los casos en juego no era tan intensa y precisa como en los casos afectados por la STEDH en el caso Del Rio Prada, y, también – por lo menos en la segunda resolución- a que ya habían entrado en vigor las reformas de 2015 que, como veremos, excluyen que la jurisprudencia de las sentencias del TEDH tenga la eficacia que se le reconoció en relación con el caso Del Rio Prada.

### III. LA OPCIÓN LEGISLATIVA DE LAS REFORMAS DE 2015: UNA ADAPTACIÓN DEL JUICIO DE REVISIÓN

Todas las resoluciones de los tribunales que tuvieron que ocuparse de peticiones de cumplimiento de sentencias del TEDH tuvieron que afrontar el problema de la inexistencia de instrumentos legales específicos para llevarla a cabo e incluso instaron al legislador a establecerlos.

En algunos casos, todos ellos encuadrados en el área -más sensible- del Derecho penal, los tribunales se aventuraron a ir más allá y llenaron el vacío legal de un modo que consideraron justo. Recuerdo el “segundo amparo” ante el TC y el tratamiento que dio la Audiencia Nacional, otros tribunales de instancia y la Sala de lo Penal del TS a las impugnacionessubsiguientes a la STEDH en el caso Del Rio Prada.

La reacción activista más sorprendente fue la de la Sala de lo Penal del TS que, tras haber establecido con una convincente y reiterada doctrina jurisprudencial, que la revisión tal como estaba regulada no podía ser la

vía, acordó, en Pleno no jurisdiccional de 21 de octubre de 2014, que: “En tanto no exista en el ordenamiento jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 LECrim cumple este cometido”. Así, sin mayor complemento justificativo, a pesar de contradecir su jurisprudencia reiterada. Con arreglo a ese criterio, admitió y estimó demandas de revisión fundadas en sentencias estimatorias del TEDH.<sup>8</sup>

No sabría decir si esta toma de postura del TS orientó la opción legislativa o si fue la orientación de los trabajos pre-legislativos lo que animó al TS a dar un paso tan insólito.<sup>9</sup> El hecho es que el legislador optó por adaptar un medio de impugnación tradicional, el juicio de revisión, como instrumento específico para dar cumplimiento a las sentencias del TEDH. Con ese fin, la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, introdujo un nuevo artículo en la LOPJ, el art. 5bis, autorizando la revisión con esa finalidad en todos los órdenes jurisdiccionales, y mediante la disposición final 4ª de esa misma ley reformó los artículos 510, 511 y 512 de LEC para establecer normas especiales para la revisión fundada en esa causa, regulación que sirve como supletoria para el proceso contencioso-administrativo (art. 102.2 y 3 LRJCA) y para el proceso laboral (art. 236 LRJS). Por su parte, la Ley 41/2015, de 5 de octubre, introdujo en el régimen de la revisión del proceso penal, en concreto en el art. 954 LECrim, las modificaciones que estimó necesarias para esa nueva funcionalidad de la revisión.

Los tres apartados siguientes tienen por objeto, el primero de ellos, exponer sintéticamente en qué ha consistido la adaptación de la revisión, y, el segundo y el tercero, la crítica de esa opción legislativa.

## 1. LAS ESPECIALIDADES DE LA REVISIÓN POR CAUSA DE SENTENCIAS DEL TEDH QUE ESTIMEN DEMANDAS CONTRA EL ESTADO ESPAÑOL

Las normas especiales con las que el legislador ha completado el régimen del juicio de revisión para que sea útil al objetivo perseguido son varias, aunque no todas ellas tienen la misma importancia. Las revisaré muy sintéticamente, con algún mayor detenimiento en las más problemáticas.

1º) En cuanto a las *resoluciones que pueden ser objeto de la impugnación*, ésta se podrá interponer no solo contra sentencias firmes, como en la regulación tradicional de la revisión, sino contra resoluciones judiciales firmes. Este ajuste era necesario porque no siempre es una sentencia que genere cosa juzgada material – sentencia firme sobre el objeto de un proceso de declaración- la resolución judicial causante de la violación del derecho fundamental que ha podido estimar el TEDH. Pueden serlo también resoluciones que han impedido el acceso al proceso, resoluciones que, en el desarrollo de la actividad procesal, han violado derechos fundamentales y resoluciones que han infringido esos derechos con ocasión de actividades judiciales ejecutivas. En cualquier caso, el requisito de la firmeza exige, en conjunción con el de agotamiento de recursos internos, que la resolución del tribunal español no sea impugnabile de otro modo dentro del ordenamiento estatal.<sup>10</sup>

2º) La *causal de revisión* es la innovación más importante. Consiste, en primer lugar, en la sentencia que ha dictado el TEDH declarando la violación de un derecho fundamental atribuible, directamente o por falta de protección, a una resolución firme de un tribunal español, y, adicionalmente, en que “la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

La primera parte de esta norma es la esencial para despejar el camino del cumplimiento de las

8 De acuerdo con el art. 264 LOPJ, los magistrados destinados a una Sala pueden reunirse en pleno no jurisdiccional para “la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales”, aunque, según esa misma disposición, tales acuerdos no vinculan a las formaciones de esa Sala que se constituyen legalmente para el ejercicio de potestad jurisdiccional en los diferentes procesos. Siendo cierto lo segundo, la realidad es que, de hecho, esos acuerdos son respetados en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales. Concretamente, en la materia que tratamos, el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional es invocado en resoluciones de autorización de la revisión – p.ej., ATS, Sala de lo Penal, 28 octubre 2014 y ATS, Sala de lo Penal, 5 noviembre 2014- y de estimación de la misma – p.ej., STS; Sala de lo Penal, 23 octubre 2015-.

9 Ayuda a entender esa posible interacción la cuidadosa información que aporta Mascarell Navarro, M. J., “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el juicio de revisión civil”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 45 (2018), págs. 29-33.

10 Mascarell Navarro, “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., págs. 34-35.

sentencias del TEDH a través de la revisión: la novedad relevante para que esta impugnación se admita es la propia sentencia, sin necesidad de tener que argumentar novedades imposibles o desconocimientos imposibles de los mismos hechos que, existentes, conocidos y valorados en los procedimientos internos anteriores al acceso al TEDH, este Tribunal ha declarado después lesivos de un derecho fundamental.<sup>11</sup> Se demuestra así el voluntarismo que encerraba la argumentación de la admisibilidad de la revisión antes de la reforma invocando la causal de hecho nuevo o de hecho desconocido. Lo único nuevo es la valoración jurídica del caso que ha realizado el TEDH.

El segundo componente de la norma es, en parte, evidente, y, en parte críptico. Volveremos sobre el mismo al examinar la reforma desde la perspectiva de la seguridad jurídica que se proponía mejorar.

3º) La *competencia para conocer de la impugnación* corresponde a la Sala del Tribunal Supremo del orden jurisdiccional que hubiera conocido del asunto antes de acceder al TEDH, aunque si fue juzgado por el orden civil cabe la posibilidad de que la competencia corresponda a la Sala de lo Civil de un Tribunal Superior de Justicia (art. 509 LEC en relación con el art. 73.1, b LOPJ).

Consecuentemente, la competencia no corresponderá a ningún órgano jurisdiccional de grado inferior, aunque ese órgano hubiera dictado la resolución que violó o no protegió el derecho fundamental y aunque la misma no fuera recurrible ante el TS.

La competencia tampoco corresponderá al TC, aunque la regla de agotamiento de recursos internos normalmente habrá determinado que el TC haya sido el último tribunal interno en haberse pronunciado – dado que tiene la competencia para proteger derechos fundamentales mediante el amparo- o, incluso, sea el único tribunal interno en haberlo hecho.<sup>12</sup> El TC solo tendrá oportunidad de conocer de un asunto en el que el TEDH haya dictado sentencia estimando una demanda contra el Estado español si se interpone amparo contra la resolución sobre la demanda de revisión que se haya interpuesto con base en tal sentencia.

4º) La *legitimación activa* para instar esta revisión se concede solo a “quien hubiera sido demandante ante el TEDH” (art. 954.3 LECrim, art. 511 LEC, al que remiten las demás leyes procesales).<sup>13</sup>

5º) El *plazo para instar la revisión* es de un año desde la firmeza de la sentencia del TEDH (art. 954.3 LECrim, art. 512 LEC, al que remiten las demás leyes procesales).

6º) Los *efectos de la estimación de la revisión interpuesta por esta causa* no han sido objeto de normas especiales. Esto no tendría importancia si no hubiera unas normas generales sobre los efectos de la estimación de la revisión cuya aplicación conducirá a resultados no siempre adecuados a la entidad de la revisión fundada en sentencia estimatoria del TEDH.

Específicamente, en los procesos civiles y asimilados, el efecto de la estimación será la anulación de la cosa juzgada, con la consiguiente libertad de las partes para usar “de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente” (art. 516.2 LEC), cuya sentencia, caso de realizarse tal nuevo eventual proceso, estará vinculada a las declaraciones contenidas en la sentencia de revisión.

En el proceso penal, la falta de una norma especial es particularmente llamativa porque, antes incluso de esta reforma de la revisión, el art. 958 LECrim establecía los efectos en función de la causal que hubiera sido estimada. Era, pues, esperable que la reforma de 2015 estableciera el efecto debido para una revisión fundada en una sentencia estimatoria del TEDH. Ni esto último se ha hecho, ni se ha reformado el art. 958 LECrim para adecuarlo a la nueva configuración de las demás causales de la revisión que también ha llevado a cabo la propia reforma de 2015. En principio, la letra del art. 958 LECrim conduce, a pesar de la diversidad de supuestos, a que el efecto de la estimación de la revisión sea la extinción de la eficacia de todo el proceso penal que se realizó y de la sentencia que le puso fin.

11 Garcandía González, P. M., “Motivos de revisión penal: Análisis de la nueva configuración del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de 2015 y al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 39 (2016), pág. 26.

12 También llamando la atención sobre esto, Mascarell Navarro, “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., pág. 40.

13 Para un análisis detallado, Mascarell Navarro, “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., págs. 40-45.

Esta regulación inadecuada hará imprescindible un ajuste por vía jurisprudencial.<sup>14</sup>

## 2. LAS LECCIONES DE LA EXPERIENCIA QUE NO HAN SIDO ATENDIDAS

Al aprobar la regulación sintéticamente expuesta, y si ponemos el hito inicial en la STC 245/1991, el legislador ha tenido ante sí veinticinco años de experiencia respecto de los problemas de cumplimiento en España de las sentencias del TEDH. Ha podido considerar las características de los casos en los que se ha pedido el cumplimiento y las reflexiones manifestadas en múltiples resoluciones judiciales, en especial de los de más alto grado en el ordenamiento español.

En mi opinión, la demorada respuesta legislativa no ha sido acertada, en buena medida por desconocer esa experiencia previa, aunque también por otras razones.

1º) La opción por ajustar el juicio de revisión ha evitado el problema que se hubiera planteado en cuanto a la resolución impugnada si se hubiera realizado una simple remisión al régimen preexistente de la revisión. Lo ha hecho mediante el sencillo expediente de añadir la resolución judicial firme a la sentencia firme, que era la resolución impugnada en el régimen tradicional de la revisión. Es cierto que con esto el legislador revela ser consciente de que mantener la sola mención de la sentencia firme plantearía de nuevo obstáculos en muchos casos de cumplimiento de sentencias del TEDH. No obstante, esos obstáculos también se hubieran podido evitar optando por el incidente de nulidad de actuaciones posterior a resolución judicial firme que, como después veremos, es más adecuado a la eficacia jurídica necesaria para aquel cumplimiento y cuyo régimen ya identificaba de ese modo las resoluciones impugnables desde la reforma del art. 240 LOPJ en 1999. Esta solución hubiera evitado la innecesaria alteración de la estructura tradicional de la revisión.

2º) La segunda crítica a la opción legislativa por la revisión es más profunda.

No creo que en este trabajo haya llegado a considerar todos los casos en que ha estado en cuestión el cumplimiento en forma específica de sentencias del TEDH estimatorias de demandas contra el Estado español. Sí que he examinado los casos más importantes. De ese examen se deduce que en el sesenta por ciento de los casos la sentencia que ha de ser cumplida ha declarado como violado un derecho fundamental de carácter procesal (derecho a que la causa sea oída equitativamente, a que se decidan los litigios – en algunos casos, permitiendo el acceso a un recurso o a la ejecución judicial-, derecho a un juez imparcial), en pocos casos ha sido declarado violado un derecho fundamental “material” (derecho a la libertad, a la legalidad penal, a la libertad de expresión) o la declaración ha versado sobre la repercusión que la violación de un derecho fundamental material puede tener sobre el juicio de fondo en un asunto judicial (pruebas ilícitamente obtenidas por violación del secreto de las comunicaciones privadas o del derecho a la libertad de personas que han prestado declaración como testigos).

A la vista de esta realidad la opción por adaptar la revisión se revela inapropiada porque las causales de la ordenación tradicional de ese medio de impugnación consisten en vicios graves que repercuten sobre la justicia del juicio sobre el fondo en un proceso de declaración y que son descubiertos cuando la cosa juzgada ya ha sido constituida. De nuevo el incidente de nulidad de actuaciones posterior a resolución judicial firme parece ser una solución más apropiada porque, desde la reforma de 2007, la solicitud que inicia ese incidente puede ser fundada en la vulneración de cualquier derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 CE (art. 241.1 LOPJ) y consecuentemente incluye la vulneración tanto de derechos fundamentales “procesales” como “materiales”.

3º) Una tercera objeción está relacionada con las dos anteriores y tiene una especial gravedad. Poco antes (punto 6º del apartado III.1) he recordado que el efecto de una revisión estimada es la eliminación de la cosa juzgada, con la consecuencia de que un nuevo proceso será necesario para resolver el litigio o la causa penal que había cerrado una sentencia firme. Este efecto jurídico es absolutamente desproporcionado o estrictamente inadecuado para reparar una serie de violaciones de derechos fundamentales declaradas en sentencias

<sup>14</sup> Muy crítico con esta parte de la reforma de 2015, Garcandía González, “Motivos de revisión penal: Análisis de la nueva configuración del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de 2015”, cit., págs. 28, 31-32, 33.

del TEDH que requieren cumplimiento. En algunos casos basta con una nueva resolución sobre el fondo del asunto en la que se juzgue evitando la violación del derecho que ha declarado el TEDH, en otros casos basta dictar una nueva resolución que modifique resoluciones internas dictadas en procesos de ejecución y que no involucran temas de cosa juzgada, y en muchos casos será suficiente anular actuaciones procesales internas y retrotraerlas hasta el momento previo a la violación declarada del derecho fundamental, para que se proceda con respeto a ese derecho.

La formulación más abierta de los efectos de la estimación de un incidente de nulidad de actuaciones posterior a resolución firme – “Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido” (art. 241.2 LOPJ)- es, de nuevo, más apropiada para dar respuesta a las diferentes necesidades que pueda plantear el cumplimiento de una sentencia del TEDH.<sup>15</sup> La opción legislativa por la revisión conducirá, con seguridad, a que, ahora por vía interpretativa, se corrijan, cuando sea necesario por resultar excesivos y desproporcionados, los efectos legales de la estimación de la revisión.

4º) La opción legislativa por la revisión comporta que la competencia corresponda a las Salas del TS. Esto es desacertado en buena técnica jurídica e ineficiente y antieconómico para el funcionamiento del sistema interno de tutela judicial de los derechos fundamentales.

En cuanto a la perspectiva de la corrección jurídica, deben tenerse en cuenta las implicaciones del requisito del agotamiento de los recursos internos.

En primer lugar, de acuerdo con ese requisito, sobre cualquier violación de un derecho fundamental objeto de una demanda admisible ante el TEDH, la última resolución en el ordenamiento interno habrá sido o bien una sentencia del TC desestimando un amparo, bien otra resolución firme del TC no admitiendo el amparo por defectos procesales o por no estar justificada una decisión de fondo del TC por carecer el caso de especial relevancia constitucional (art. 50 LOTC).

En segundo lugar, es posible que la resolución que el TEDH haya considerado lesiva del derecho fundamental sea, precisamente, una resolución del TC, como fue el caso, por ejemplo, de la STEDH de 8 de noviembre de 2007, de cuyo cumplimiento trata el ATC núm. 119/2010, de 4 de octubre.

Consiguientemente, la cosa juzgada o la firmeza que habrán de ser anuladas por el TS son las producidas por sentencias y resoluciones del TC, por lo que es jurídicamente inconsistente atribuir el TS la potestad de anulación.

Desde la perspectiva de la eficiencia del sistema interno de tutela judicial de los derechos fundamentales, la solución adoptada tampoco parece apropiada. De entrada, parece artificial que, en favor de la misma, se argumente el carácter subsidiario del amparo, como hizo, por ejemplo, el voto particular del magistrado Leguina Villa a la STC 245/1991. Ese carácter del amparo ya habrá sido respetado al no admitirse o no estimarse el amparo que habrá sido interpuesto antes de presentar la demanda ante TEDH. Tras la sentencia del TEDH solo resta contrastar las diferentes valoraciones que ese tribunal y el TC han realizado sobre el derecho fundamental y su lesión.

Si preocupa la incidencia que pudiera tener de una solución como ésta sobre la carga del trabajo del TC, resulta obvio que no haber permitido una impugnación directa ante el TC (un acceso directo al amparo, tras una sentencia del TEDH que haya estimado la demanda en un caso en que el amparo fue inadmitido o desestimado) no impedirá que el asunto acceda al TC si el TS no admite o no estima la revisión. Simplemente se habrá demorado la oportunidad de que el TC, supremo en materia de garantías constitucionales, reexamine su juicio sobre el derecho fundamental y su lesión a la vista de la sentencia dictada por el TEDH.

No estoy en condiciones de afirmar, ni de valorar, que las razones para no haber establecido un acceso directo al TC hayan podido deberse a la intención de eludir la imagen de este tribunal como “ejecutor” de las sentencias del TEDH o posibles riesgos de “choques de trenes”, demasiado vistosos, entre ambos tribunales.

<sup>15</sup> Las precedentes consideraciones coinciden con los datos aportados y con la valoración que realiza Mascarell Navarro en el cuidado trabajo “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., págs. 34-35, 45-48.

En cualquier caso, creo que hubiera sido un modo más eficiente de articular el “diálogo entre jurisdicciones”.

### 3. DECEPCIONES Y ALGUNA SORPRESA EN CUANTO AL OBJETIVO DE INCREMENTAR LA SEGURIDAD JURÍDICA

Dice la exposición de motivos de la LO 7/2015, refiriéndose al medio de impugnación que introduce, que con el mismo “se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución”.

Sólo en parte se puede compartir esa afirmación. La regulación deja abiertas muchas incógnitas y problemas respecto de la cuestión estricta del cumplimiento en España de las sentencias del TEDH. Lo único que deja claro, de modo contundente y en sentido negativo, es la solución de una cuestión distinta: la eficacia en España de la jurisprudencia del TEDH respecto de casos iguales a los que han sido objeto de sus sentencias. Explicaré estas dos afirmaciones.

Empiezo por la primera.

Algunas incógnitas y problemas ya los he apuntado. Pero, más en general, hay que atender a las siguientes consideraciones:

1º) En primer lugar, la posibilidad de utilizar esta revisión se describe de una forma sorprendente: se podrá interponer revisión si la violación del derecho fundamental declarada por el TEDH “no puede cesar de ningún modo que no sea mediante esta revisión”.

Después de veinticinco años esperando y requiriendo una respuesta del legislador, porque los tribunales reconocieron que, por vía jurisprudencial, no podían construir ninguna solución satisfactoria a partir de las normas vigentes, no parece muy acorde con las exigencias de la seguridad jurídica que el legislador responda como el oráculo de Delfos: el medio es la revisión, salvo que haya otras vías que no se encontraron en los veinticinco años anteriores.

2º) En segundo lugar, la causal de esta revisión incluye una restricción cuyo alcance es difícil de predecir. Y este es un defecto notable, si se tiene en cuenta que precisamente la seguridad jurídica consiste en hacer predecible la respuesta normativa.

Es necesario que “la violación (la del derecho fundamental declarada por el TEDH), por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

Se comprende bien que hay violaciones que, por el derecho afectado, la clase de lesión y el momento en que el asunto acaba siendo examinado y sentenciado por el TEDH, tienen carácter irreversible, de modo que una indemnización – una satisfacción equitativa- es la única tutela judicial posible, además de la declaración de haberse violado el derecho fundamental. Pienso, por ejemplo, en las violaciones del derecho a un proceso en un plazo razonable, del derecho de libertad de muy corta duración.

Es más difícil comprender, en cambio, que, si la situación lesiva del derecho fundamental subsiste y puede ser corregida restableciendo el disfrute del derecho violado, la consecución de este objetivo mediante la revisión dependa de la gravedad de la violación del derecho.<sup>16</sup>

En una primera aproximación a precisar el significado de esa exigencia se puede descartar que la misma haga referencia a los casos en que el tribunal interno – en España, el TS-, al revisar la sentencia interna en atención a la sentencia del TEDH, concluya que, aunque fueran suprimidos los elementos de la actividad estatal – en su caso, judicial- que el TEDH ha declarado lesivos de derechos fundamentales, la validez de esa actividad subsistiría total<sup>17</sup> o parcialmente.<sup>18</sup> Esta consideración no valora la gravedad de la violación del

16 Coincido, pues, con la crítica que formula Mascarell Navarro, “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., págs. 37-39.

17 Por ejemplo, en los intentos de cumplimiento en España de la STEDH 18 febrero 2003 (caso Prado Bugallo c. España), el ATS 29 de abril de 2004, no autorizó la interposición de la revisión porque, aunque se suprimiera la prueba obtenida – según declaró la TEDH- mediante violación del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas, la condena se sostenía sobre el resultado de otros medios de prueba.

18 Por ejemplo, en el caso tratado por el ATC 20 febrero 2017, el TS había estimado la revisión respecto de la condena por un delito, contenida en una

derecho fundamental, sino si la misma es o no causal de los pronunciamientos y efectos jurídicos de la resolución judicial impugnada. En la medida en que no lo sea, la revisión no debe ser estimada.

Una vía para concretar, con seguridad, los casos que satisfacen ese estándar de “gravedad” es la de atender a las resoluciones de los tribunales internos que, a lo largo de los años de busca de soluciones a este problema de articulación de jurisdicción nacional y jurisdicción internacional, han acabado, incluso en pugna con las dificultades de anclaje normativo, por dar cumplimiento en forma específica a sentencias del TEDH, anulando resoluciones judiciales internas que ese Tribunal hubiera declarado lesivas de un derecho fundamental. La conclusión es que esa gravedad se concibe con un alcance muy restrictivo.

En una primera etapa, la más larga, que se extiende desde que se tomó conciencia del problema hasta los aldeaños de su actual solución normativa, lo que se deduce de las resoluciones dictadas es que el estándar de persistencia y gravedad de la violación sólo se cumpliría en los casos en que subsistiera una situación de privación de libertad ordenada por las resoluciones internas que el TEDH ha declarado lesivas de un derecho fundamental. Así en el caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España, sobre el que hemos tratado en el apartado II.3 de este trabajo, y en el caso Del Rio Prada c. España, que hemos comentado en el apartado II.4.

En esta primera etapa, fracasó el intento de invocar la persistencia de la violación, si ésta no afectaba al derecho a la libertad, aunque sí a los derechos fundamentales al honor y a la permanencia en el ejercicio de funciones públicas en las condiciones legales, en un caso (Perote Pellón c. España, STEDH 25 julio 2002) en el que la carrera militar del demandante había quedado truncada por la condena penal y este efecto subsistía. Ciertamente que el TC, para desestimar el amparo que siguió a la sentencia del TEDH argumentó, adicionalmente, que el TEDH había afirmado que, aunque consideró violado el derecho a un juez imparcial, eso no implicó que la condena estuviera mal fundada.

También fracasó el intento de invocar que la falta de readmisión de un trabajador de RTVE, que había sido despedido a causa de unas declaraciones que el TEDH (STEDH 29 febrero 2000, caso Fuentes Bobo c. España) declaró amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión, implicaba persistencia de la violación de este derecho fundamental, así como de una situación discriminatoria. Igualmente, en este caso el TC (STC 197/2006) echó mano de argumentos complementarios, como que el TEDH había considerado el despido no como una sanción absolutamente injustificada, sino como una sanción desproporcionada a la gravedad de los hechos y había compensado esa desproporción con una indemnización que el propio reclamante había pedido.

Durante esta primera y larga etapa, las sentencias del TEDH que han declarado violados derechos fundamentales procesales y las peticiones de cumplimiento de sus sentencias sobre esos casos, nunca condujeron a que los tribunales internos anularan las actividades y las resoluciones judiciales internas por la sola razón de haberse violado tales derechos; sólo han llegado a anularlas (STEDH 6 diciembre 1988, caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España) cuando la violación había afectado al haz de derechos que integran la idea global de juicio justo y, además, había tenido como consecuencia una privación de libertad subsistente.

En una segunda etapa, cuyo inicio se sitúa en 2015, el TS ha ampliado las decisiones anulatorias más allá de los casos en los que la sentencia interna que el TEDH declara lesiva de un derecho fundamental es el título jurídico en el que se basa una persistente privación de la libertad, aunque sigue limitando tales pronunciamientos a casos en los que la violación de un derecho fundamental ha sido declarada respecto de actividades desarrolladas en procesos penales. En particular, el caso repetido ha sido el de las condenas dictadas en segunda instancia, como consecuencia de recursos de los acusadores, sin garantías de reproducción de la prueba testifical, de la declaración del acusado y de las posibilidades de confrontación entre testigos y acusados, cuando la condena en segunda instancia sólo podía basarse en esas pruebas personales.<sup>19</sup>

sentencia de casación que el TEDH consideró lesiva del derecho fundamental a un proceso equitativo –en concreto, las exigencias de celebración de vista y audiencia al reo en orden a la valoración de su culpabilidad que, según doctrina del TEDH, han de preceder a cualquier condena *ex novo* en segunda instancia, en aras de garantizar la inmediación y la contradicción-, pero desestimó la revisión respecto de la condena por otro delito contenida en la misma sentencia, porque el TEDH no había considerado violado el derecho fundamental en la actividad procesal en la que se basó la condena por ese otro delito.

19 Las resoluciones representativas de esta orientación son las SSTS, Sala de lo Penal, 12 marzo 2015, 26 marzo 2015, 23 octubre 2015 y 24 febrero 2017.

Vuelvo al principio de este apartado, para referirme a la segunda afirmación que he hecho allí. La relativa a lo que las reformas de 2015 sí que han dejado claro.

Sintéticamente: el llamado efecto extensivo de la sentencia del TEDH que se produjo a partir de la sentencia del caso Del Rio Prada – sería más preciso calificarlo como la eficacia directa de la jurisprudencia de las sentencias del TEDH respecto de casos iguales- queda expresamente excluido por las reformas de 2015. Y la exclusión no se ha hecho inconscientemente,<sup>20</sup> ni se llega a la misma como conclusión de una complicada interpretación. En efecto, la ley deja claro que para pretender la revisión por la nueva causa sólo está activamente legitimado “quien hubiera sido demandante ante el TEDH”, no quien, sin haber obtenido una sentencia estimatoria de ese Tribunal, se halle, o sostenga hallarse, en una situación igual a quien la hubiera obtenido.

La limitación me parece justificada si se tienen en cuenta que semejante eficacia sólo la tienen en Derecho interno, y con restricciones, las sentencias del Tribunal Constitucional que declaren la inconstitucionalidad de una norma legal, ni siquiera las sentencias que conceden amparo por violación de un derecho fundamental.

## BIBLIOGRAFÍA Y ACCESO A INFORMACIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL SOBRE LA MATERIA

Alcácer Guirao, R., Beladiez Rojo, M., Sánchez Tomás, J.M., (coord.), *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, 2013; Alonso Furelos, J. M., “La doctrina «Parot» de nuestro Tribunal Supremo, retroactividad e irretroactividad de las normas y la condena al Estado español por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 12-7-2012”, *Revista de Derecho UNED*, 07/2013; Bujosa Vadell, L., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, 1997; Cuerda Riezu, A., *La doctrina Parot, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la separación de poderes*, Iustel, 2014; Cámara Del Portillo, D., “La eficacia en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 07/1995; Escobar Hernández, C., “Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de junio de 1993 en el asunto Ruiz-Mateos c. España”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 07/1993, Volumen 45; Fossas Espadaler, E., “Cosa interpretada” en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardurularitzako Euskal Aldizkaria*, 2008, núm. 82; Garciandía González, P. M., “Motivos de revisión penal: Análisis de la nueva configuración del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de 2015 y al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 39 (2016); Izquierdo Sans, C., “El carácter no ejecutivo de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (comentario a la STS, 1.ª, de 20 de noviembre de 1996)”, *Derecho privado y Constitución*, 1997, núm. 11; López Guerra, L., “El diálogo entre el tribunal europeo de derechos humanos y los tribunales españoles. Coincidencias y divergencias”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2013, vol. 32; Martín-Retortillo Baquer, L., “La calidad de la ley según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Derecho privado y Constitución*, 2003, núm. 17; Mascarell Navarro, M. J., “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el juicio de revisión civil”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 45 (2018); Morte Gómez, C., *El procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los requisitos de admisibilidad de la demanda*, Tirant lo Blanch, 2004; Niño Estébanez, R., *La Ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Fe d’erratas, 2014; Ortells Ramos, M., “El juez español ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del TEDH”, *Seminario sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Valencia, 1998; Ortells Ramos, M., “Legisladores, jueces y renovación del proceso penal en España (1978-2015)”, en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, Barcelona, 2016; Pérez Sola, N., “El régimen disciplinario de la Guardia Civil y su compatibilidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Dacosta Silva v. España”, *Revista de Derecho Político*, 01/2008; Ripol Carulla, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español: la incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, 2007; Ruiz Miguel, C., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un estudio sobre la relación entre el derecho nacional y el internacional*, Tecnos, 1997.

Acceso libre a textos normativos y jurisprudenciales citados: Legislación española: <http://boe.es/legislacion/codigos/>; Textos normativos del sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa: [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487\\_pointer](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n1359128122487_pointer); Resoluciones del TEDH: [https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=#n14597620384884950241259\\_pointer](https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=#n14597620384884950241259_pointer); Resoluciones del Tribunal Constitucional español: <http://hj.tribunalconstitucional.es/>; Resoluciones de los tribunales ordinarios españoles: <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

20 Sobre los intentos de que la reforma legal acogiera también esa eficacia de la jurisprudencia del TEDH Mascarell Navarro, “Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, cit., págs. 35-37; Garciandía González, “Motivos de revisión penal: Análisis de la nueva configuración del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de 2015”, cit., pág. 23.

## DÉCÈS DE DEUX GÉANTS BRÉSILIENS DE LA PROCÉDURE CIVILE

**Marcel Storme**

Président honoraire de l’Association internationale du droit judiciaire

Quando fui convidado a escrever uma mensagem para este livro póstumo, não hesitei por um momento.

O Brasil está perto do nosso coração por várias razões.

A primeira esposa do meu cunhado embaixador Hubert De Schryver não era outra senão uma pianista brasileira de renome, Ophelia do Nascimento, que infelizmente morreu muito jovem.

A esposa da pessoa que escreveu o Código Judiciário belga nasceu em São Salvador da Bahia!

Deve-se ressaltar que nosso congresso mundial em (?) 2007 ocorreu exatamente em São Salvador da Bahia.

Finalmente, gostaria de adicionar os nomes de J. C. e Ada à lista de Gigantes em Direito Processual, que mencionei na época no Liber Amicorum Peter Gottwald.

C’est avec un tout grand plaisir que j’ai accepté d’écrire un message en honneur de ces deux collègues brésiliens, qui sont malheureusement décédés em 2017, ce qui signifie une perte majeure non seulement pour le Brésil, mais également pour le monde entier de la procédure être parfait... Em peinture il appartiendrait à l’école du pointillisme!

Je pense qu’il n’a manqué aucune rencontre internationale et qu’il était vraiment LE plus important commentateur du droit processuel brésilien.

Ce n’est que bien plus tard que j’ai eu l’honneur de rencontrer Ada... A l’occasion du Congrès au Mexique nous avons pu voyager ensemble après le Congrès et ainsi avoir l’opportunité de faire plus ample connaissance.

D’origine Napolitaine, elle n’a jamais perdu le sens d’une certaine intercontinentalité entre l’Amérique du Sud et l’Europe.

Tout ceci prouve que nous avons vraiment perdu en 2017 deux géants brésiliens de la procédure civile.

Et pour prouver que ce décès doit être considéré comme une perte internationale dans le domaine de la procédure civile je veux m’attarder à rappeler la valeur unique de ce que j’ai toujours qualifié de règle d’or.<sup>1</sup>

Dans le Code brésilien de 1973 l’article 244 déclare: «Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o jui considerará válido o ato se, realizado do outra modo, lhe alcançar a finalidade».

Originellement l’article 867 du code belge de 1967 déclarait: «L’omission ou l’irrégularité de la mention d’une formalité ne peut entraîner la nullité de la procédure s’il est établi, par les pièces de celle-ci, que cette formalité a été em réalité remplie». Ce fut déjà une amodiation des nullités en droit belge.

Mais en 1992 le législateur belge a modifié ledit article 867 et introduit la règle d’or: «L’omission ou l’irrégularité de la forme d’un acte, ... ne peut entraîner la nullité, s’il est établi par les pieces de la procedure que l’acte a réalisé le but que la loi lui assigne...»

Ainsi le droit brésilien a pu jouer un role majeur dans la déformalisation du droit de la procedure.

1 V. mon rapport au Congrès de l’Association internationale à Coimbra en 1991 sur l’Activisme du Juge.