

EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA GARANTÍA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS.

Alejandro Saiz Arnaiz

Catedrático de Derecho Constitucional UPV-EHU

Letrado del Consejo General del Poder Judicial

SUMARIO

1. Derechos humanos y Derecho Internacional tras la Segunda Guerra Mundial. 2. La Declaración Universal de Derechos Humanos. 3. El Consejo de Europa. 4. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio de Roma de 1950). 4.1 El proceso de elaboración del Convenio. 4.2 El contenido del Convenio (I). Los derechos. 4.3 El contenido del Convenio (II). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 5. Los efectos de las Sentencias.

1. Derechos humanos y Derecho Internacional tras la Segunda Guerra Mundial

El tratamiento de los derechos humanos por el Derecho Internacional es una novedad de la segunda mitad del siglo pasado. Hasta ese momento se asumía que, por afectar a las relaciones de los poderes públicos nacionales con sus ciudadanos, en definitiva, por *tocar* a un aspecto nuclear de la soberanía (interna, si se quiere), el Derecho Internacional había de permanecer ajeno, por definición, a toda pretensión normativa en un ámbito material que, por otra parte, venía integrado desde los albores del Estado constitucional en la Ley fundamental de cada ordenamiento nacional. Para los extranjeros regía, a lo más, “un estándar mínimo de justicia y civilización” formado por un conjunto de reglas concebidas como obligaciones “debidas al Estado de la nacionalidad del extranjero en cuestión y no directamente a los individuos, ya que éstos no eran titulares de derechos subjetivos en el derecho internacional tradicional”¹.

Resulta imposible, en efecto, y creo no exagerar, encontrar un tratado, acuerdo o convenio internacional que reconociera o declarara derechos (y, más aún, que instrumentara técnicas de garantía para los mismos) con anterioridad a la Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945, en cuyo Preámbulo se reafirma “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”. Un compromiso que se concreta en el art. 1 de la Carta cuando se incluye entre los “Propósitos de las Naciones Unidas”, “el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (apdo. 3).

Las razones de esta intervención inicial del Derecho Internacional en un sector material hasta entonces radicalmente excluido de su competencia son de sobra conocidas y tienen que ver con la vulneración a gran escala de los más básicos derechos humanos protagonizada por algunos Estados en las primeras décadas del siglo veinte, muy en particular, aunque no sólo, las que tuvieron lugar en suelo europeo entre los años treinta y la primera mitad de los cuarenta. La barbarie en forma de genocidio y aberrantes crímenes contra la humanidad llevó a la sociedad internacional a tomar conciencia de la necesidad de una intervención hasta entonces

¹ J. A. Carrillo Salcedo, *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, 1995, p. 24.

inimaginable. El valor simbólico de esta decisión, mucho más que sus efectos prácticos, al menos en un primer momento, está fuera de toda discusión.

La Carta de las Naciones Unidas concreta, a lo largo de su articulado, el compromiso con los derechos humanos de la nueva organización internacional, a la que se encarga la promoción del “respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos” y de la “efectividad de tales derechos y libertades” (art. 55.c). En concreto, se atribuye a la Asamblea General una función de elaboración de recomendaciones para “hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos” (art. 13.1.b), y se crea un Consejo Económico y Social que recibe competencias para el logro de idéntico propósito (arts. 62.2 y 68). La Corte Internacional de Justicia (“órgano judicial principal de las Naciones Unidas”, art. 92), cuyo Estatuto se aprueba el mismo día que la Carta, no recibe competencia explícita alguna en la materia, aunque la formulación abierta que resulta del art. 36 del citado Estatuto no excluye de su conocimiento las controversias en las que los derechos humanos de particulares puedan estar más o menos directamente afectados, todo ello a la luz de la sola legitimación estatal para ser parte “en casos ante la Corte” (art. 34.1 Estatuto), y del carácter voluntario de la aceptación de su jurisdicción (art. 36.1 y .2 Estatuto).

Aunque no puede desconocerse que el Tribunal Internacional de Justicia ha jugado un cierto papel de impulso y promoción de los derechos humanos en la sociedad internacional de nuestros días, guiado, eso sí, por una clara pauta de “prudencia judicial”², no puede tampoco ocultarse que el diseño institucional resultante de la Carta de las Naciones Unidas para el “desarrollo y estímulo de los derechos humanos” (recuérdese el art. 1.3 anteriormente citado) es de cuño netamente político por ser esa la condición de los órganos predispuestos a tales efectos, a saber, la Asamblea General y el Comité Económico y Social.

Con todas sus limitaciones; de un lado, las ya apuntadas en materia de garantías, o más correctamente, por cuanto este término no consta en la Carta, de desarrollo, promoción y estímulo de los derechos y, de otro, las que resultan de la absoluta indefinición de los contenidos de los derechos a los que se alude³, ha de reconocerse que la Carta de las Naciones Unidas supone un “cambio de tendencia capital” por

² Tomo la expresión de R. Goy, *La Cour internationale de justice et les droits de l'homme*, Bruselas, 2002, p. 35.

³ Con la excepción, quizá, de una cláusula general de igualdad en el disfrute de esos (indefinidos) derechos “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (arts. 1.3; 13.1.b; 55.c; 76.c).

cuanto “hace penetrar los derechos humanos en el orden internacional y atraviesa la pantalla que separaba derecho interno y derecho internacional”⁴.

2. La Declaración Universal de Derechos Humanos

El compromiso de las Naciones Unidas con los derechos humanos se concretaría tres años y medio después de la aprobación de la Carta fundacional, al votarse por la Asamblea General, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (DUDH). En su Preámbulo los derechos se convierten en fundamento de “la libertad, la justicia y la paz en el mundo”, a la vez que se proclama la necesidad “de un orden social e internacional” en el que tales derechos “se hagan plenamente efectivos” (art. 28 DUDH). De este modo, “el derecho internacional penetra en el corazón mismo del santuario de la soberanía” al pasar a ser no sólo un “Derecho interestatal” sino también un “Derecho superestatal”, encargado, “en nombre de valores comunes y superiores a los Estados, de la protección de intereses infra-estatales (es decir, de intereses individuales sometidos a la autoridad nacional)”⁵.

La Declaración Universal, que expresa en sus contenidos la tensión entre las dos grandes ideologías del momento, el marxismo y el liberalismo, se aprueba como Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas [en concreto la 217A (III)], lo que significa que *no crea obligaciones jurídicas para los Estados*. Así se aclaró en la presentación del Proyecto, cuando se insistió por parte de Eleanor Roosevelt, entonces Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y representante de los Estados Unidos en la Asamblea General al debatirse la

⁴ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6ª ed., París, 2003, p. 47. En términos muy similares se expresa A. Verdross, cuando reconoce que la Carta de las Naciones Unidas “ha roto con el principio de que un Estado puede tratar a sus súbditos a su arbitrio, sustituyéndolo por el principio nuevo de que la protección de los derechos humanos constituye una cuestión fundamentalmente internacional”, lo que supone “una ruptura con respecto a la concepción moderna del Estado hasta ahora imperante” (*Derecho internacional público*, trad. esp. de la reimpresión de la 6ª ed., Madrid, 1978, p. 542).

En general, sobre tratados internacionales en materia de derechos humanos y la problemática constitucional que plantean puede consultarse C.M. Ayala Corao, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Querétaro, 2003.

⁵ M. Virally, *Cours general de Droit international public*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1983 V, tomo 183, La Haya, 1984, pp. 123-128. En igual sentido, L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Milán, 1995, pp. 39 ss.

Declaración, en que *no se trataba de un acuerdo internacional y que no tenía fuerza de ley*⁶.

En todo caso, y transcurridos ya más de cincuenta años desde la aprobación de aquel texto, limitar los efectos de la Declaración Universal a los que son propios de cualquier otra Resolución votada por la Asamblea General, sería tanto como desconocer el valor real que aquella posee. Si bien es cierto que la mayoría de los autores consideran que la DUDH no forma parte del Derecho Internacional consuetudinario, parece existir igualmente un acuerdo generalizado a la hora de estimar que “la posible obligatoriedad que cabría deducir de la Declaración se sitúa, pues, en el plano de los principios que subyacen a la misma, esencialmente el del respeto y protección de los atributos esenciales del ser humano en el marco del Estado de Derecho. Ello se traduce en la exigibilidad de un buen número de derechos contenidos en la Declaración (derecho a la vida, derecho a la integridad física, derecho a la libertad y a la seguridad, derecho a la tutela judicial efectiva...), pero no de todos ellos ni tampoco de la declaración globalmente considerada”⁷. Por decirlo con palabras de Bobbio, “la declaración es algo más que un sistema doctrinal pero algo menos que un sistema de normas jurídicas”⁸.

Cosa distinta serán los efectos que la DUDH pueda provocar en los ordenamientos nacionales de acuerdo con la *recepción* que de la misma haya podido hacerse en su seno⁹. Así, por ejemplo, en Europa la Declaración es expresamente citada como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales presentes en la Constitución en Portugal (art. 16.2), España (art. 10.2) y Rumanía (art. 20), y en

⁶ Citada por R. Cassin en F. Sudre, *op. cit.*, p. 171.

⁷ M. Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, Madrid, 1996 (reimpresión de la 10ª ed.), p. 230. Sobre la imposible consideración de la DUDH como un elemento constitutivo de una costumbre internacional véase la completa argumentación de F. Sudre, *op. cit.*, 171-174, que concluye afirmando cómo la Declaración “ha sido el fermento del proceso de creación del derecho internacional de los derechos del hombre: fuente de inspiración de reglas jurídicas en la materia, la Declaración no forma parte de estas reglas y ha de analizarse como un instrumento prejurídico”.

Más matizadamente, no han faltado opiniones que afirman que “es generalmente aceptado que por lo menos algunos de los derechos que proclama la Declaración Universal son normas de derecho internacional consuetudinario; entre ellos el derecho de protección en contra de actos y políticas gubernamentales que sistemáticamente recurran al empleo de la tortura, esclavitud, asesinato, detención arbitraria, desapariciones, discriminación racial y otras violaciones graves de los derechos humanos” (T. Buergenthal et al., *Manual de Derecho Internacional Público*, trad. Esp., México, 1994, p. 98). Incluso algún autor ha entendido que el Tribunal Internacional de Justicia ha otorgado a la Declaración en ciertas decisiones “carácter obligatorio”; así, R. Goy, *op. cit.*, p. 27.

⁸ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Turín, 1990, p. 24. Un completísimo repaso a las distintas teorías sobre el valor jurídico de la DUDH se encuentra en J. Oraá y F. Gómez Isa, *La Declaración Universal de Derechos Humanos*, Bilbao, 2002, pp. 99 y ss.

⁹ J. Oraá y F. Gómez Isa, *op. cit.*, p. 111, recuerdan que “muchas Constituciones de los países que consiguieron la independencia después del 50 hacen referencia directa a la Declaración Universal”.

tales casos no puede negarse que, más allá de polémicas sobre lo que dicha incorporación constitucional pueda suponer, alguna relevancia habrá de otorgarse a semejante dato¹⁰. En Argentina, la reforma constitucional de 1994 llevó a otorgar a la DUDH y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos “jerarquía constitucional” (art. 75.22), con lo que se disiparía toda duda sobre el valor interno de aquella Declaración. En Francia, uno de los pocos países europeos, junto con Portugal, en los que la DUDH ha sido publicada oficialmente, el Consejo de Estado tiene declarado desde 1984 que el solo hecho de la publicación no otorga a la Declaración la condición de tratado o acuerdo internacional y que, en consecuencia, no vale para aquélla el art. 55 de la Constitución de 1958, que confiere a las normas internacionales pacticias una autoridad superior a la ley.

La Declaración Universal explicita en su Preámbulo muy claramente las razones que llevan a los “Estados Miembros” (y a “los pueblos de las Naciones Unidas”) a aprobar esta Resolución. Entre dichas razones, a las que me he referido más arriba, se cuenta la convicción de que “el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”, al tiempo que se insiste en el compromiso con el “respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre” y se hace un llamamiento a la adopción de “medidas progresivas de carácter nacional e internacional” que aseguren su “reconocimiento y aplicación universales y efectivos”.

La aspiración a la efectividad de los derechos declarados, ya presente en la Carta fundacional de las Naciones Unidas, se queda, también ahora, en un deseo, en una manifestación de (buena) voluntad para el logro de la cual no se articulan técnicas de garantía, inimaginables, de otra parte, en un contexto que ya comenzaba a ser de guerra fría y en el que los derechos humanos eran cada vez más frecuentemente utilizados como arma arrojada contra el enemigo ideológico.

La concreción en el ámbito de las Naciones Unidas de los contenidos de la DUDH y la primera definición de instrumentos de tutela de los derechos proclamados habría de esperar hasta los Pactos de Nueva York (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos

¹⁰ Para el caso español me remito a A. Saiz Arnaiz, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, 1999, pp. 122 y ss.

Económicos, Sociales y Culturales), de 1966¹¹. Abiertos a la firma tras su aprobación como Resoluciones de la Asamblea General, su entrada en vigor se retrasaría hasta 1976. En todo caso, y puesto que el análisis de ambos Pactos excedería con mucho el propósito de estas páginas, quede aquí constancia de que las garantías jurisdiccionales en sede internacional brillarán por su ausencia en uno y otro supuesto, con los matices que han de efectuarse para la competencia reconocida en el ámbito del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos al Comité de Derechos Humanos, que suele ya calificarse como “órgano cuasi-jurisdiccional”, aunque sus pautas de organización y funcionamiento, así como los efectos de sus “dictámenes”¹², disten de los que caracterizan a otras instancias internacionales a alguna de las cuales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, me referiré más adelante.

Quede aquí simplemente constancia de este dato como demostración de la inexistencia en el marco de las Naciones Unidas de sedes jurisdiccionales de tutela de los derechos declarados o proclamados en su ámbito. Y quede igualmente apuntado que sólo en 1976, al entrar en vigor los Pactos, se implementaron los instrumentos de garantía para los derechos presentes en tales Pactos; unos instrumentos marcadamente políticos¹³, con la salvedad ya enunciada de cuanto resulta para el Comité de Derechos Humanos en el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹⁴.

3. El Consejo de Europa

En la Europa devastada por la Segunda Guerra Mundial proliferaron las iniciativas tendentes a la cooperación internacional en distintos sectores entre los Estados

¹¹ Además, ya se sabe, en el marco de las Naciones Unidas se han elaborado diversas Convenciones sectoriales para la protección de los derechos humanos, antes y después de los mencionados Pactos. Entre otras, y a título meramente indicativo, pueden citarse la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), y la Convención sobre los derechos del niño (1989). Cada una de ellas prevé específicos mecanismos de garantía, *en ningún caso jurisdiccionales*.

¹² En general, sobre los contenidos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su interpretación por el Comité de Derechos Humanos puede consultarse S. Joseph, J. Schultz y M. Castán, *The International Covenant on Civil and Political Rights. Cases, Materials and Commentary*, Oxford, 2002. En particular, sobre el Comité de Derechos Humanos véase D. McGoldrick, *The Human Rights Committee*, Oxford, 1991, *passim*.

¹³ Véase la Parte IV del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 28-45 y, también, la Parte IV del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 16-25.

¹⁴ Arts. 1-5 del Protocolo Facultativo.

democrático-liberales en el convencimiento de que sólo así podría garantizarse el desarrollo y el bienestar económico de los pueblos europeos y, además, se evitarían enfrentamientos como los padecidos en la primera mitad del siglo. En el ya famoso discurso de Zurich, de 19 de septiembre de 1946, uno de los grandes protagonistas de la derrota del nazi-fascismo, el premier británico W. Churchill, llamó a la transformación en pocos años de todo el continente para hacer de él un espacio “tan libre y feliz como lo es Suiza en la actualidad. Debemos construir -concluyó- una especie de Estados Unidos de Europa”.

En este contexto, aparece la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), cuyo Tratado Constitutivo se firmó en París en 1951¹⁵, primer paso de lo que más adelante serían las Comunidades Europeas, completadas en 1957 mediante el Tratado de la Comunidad Económica Europea y el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica¹⁶. Se plantea también en este momento la iniciativa que concluyó con la firma del Tratado de la Comunidad Europea de Defensa (CED) en mayo de 1952, que fracasó en 1954 al aplazarse *sine die* su ratificación por la Asamblea Nacional francesa. Se elaboró también un proyecto de Comunidad Política Europea en 1953 que instituía una “Comunidad europea de carácter supranacional” e indisoluble, provista de personalidad jurídica, y una Asamblea común para la CECA y la CED. El bloqueo de la Comunidad de Defensa llevó al fracaso también de esta última propuesta¹⁷.

Este ambiente, que hoy calificaríamos de euro-optimismo, llevaría a la convocatoria en mayo de 1948 del Congreso de La Haya, que reunió a más de mil delegados y observadores (políticos, representantes de comunidades religiosas, académicos, periodistas, escritores) de veinte Estados europeos. Se evidenció de este modo la fortaleza del movimiento a favor de la unificación europea¹⁸, aprobándose numerosas resoluciones entre las que, por lo que aquí interesa, deben destacarse las relativas a la creación de una asamblea consultiva elegida por los Parlamentos nacionales, la

¹⁵ Tratado que ha expirado el 23 de julio de 2002, tal y como se preveía en su art. 97.

¹⁶ Es de sobra conocido que los tres Tratados fundacionales fueron reformados sucesivamente mediante el Acta Única Europea (1986), el Tratado de Maastricht (1992), que creó la Unión Europea, el Tratado de Ámsterdam (1997) y el Tratado de Niza (2001) (las fechas que figuran entre paréntesis corresponden al año de la firma de los respectivos Tratados). Recientemente la Conferencia Intergubernamental ha cerrado en Bruselas, el día 18 de junio de 2004, el texto del Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, la firma del cual se prevé para el mes de octubre del mismo año, una vez traducido a las 21 lenguas oficiales de la Unión.

¹⁷ Sobre todas estas iniciativas resulta de indispensable consulta la obra de A. Truyol y Serra, *La integración europea*, vol. I, Madrid, 1999, en particular los tres primeros capítulos, pp. 19-53.

¹⁸ En el que existían dos grandes orientaciones: la favorable a la puesta en marcha de una federación europea (encabezados por Francia y Bélgica) y la de quienes proponían estructuras de cooperación intergubernamental (por ejemplo, Gran Bretaña, Irlanda y Suecia).

elaboración de un Carta de derechos humanos y la creación de un Tribunal para garantizar su cumplimiento. Dos meses después del Congreso de La Haya, el Ministro francés de Asuntos Exteriores convocó a sus socios del Tratado de Bruselas (Gran Bretaña y los países del Benelux) para implementar las iniciativas aprobadas en aquél. Las distintas percepciones sobre la construcción europea de Francia y de Gran Bretaña llevaron a una fórmula de compromiso de la que salió el Consejo de Europa, cuyo Estatuto fue firmado en Londres el día 5 de mayo de 1949¹⁹, entrando en vigor el 3 de agosto del mismo año. En la actualidad cuarenta y cinco Estados han ratificado el citado Estatuto.

El art. 1 del Estatuto del Consejo de Europa define como objetivo de la organización, la realización “de una unión más estrecha entre sus miembros” y la promoción “de los ideales y de los principios que son su patrimonio común” (apdo. a), entre los que se cuentan, a la luz del Preámbulo del Estatuto, la libertad individual, la libertad política y la preeminencia del Derecho. Aquel objetivo se perseguirá a través de los órganos del Consejo mediante, entre otros medios, “la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” (apdo. b), sin perjuicio de la contribución de sus miembros a la “tarea de las Naciones Unidas y de las demás organizaciones o uniones internacionales de las que sean parte” (apdo. c). Además, el art. 3 del Estatuto impone a todo miembro del Consejo el reconocimiento del “principio de la preeminencia del Derecho” y del “principio en virtud del cual toda persona sometida a su jurisdicción debe disfrutar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”. Se prevé, además, para los casos de vulneración “grave” de lo establecido en el art. 3 la suspensión del “derecho de representación” del Estado, la invitación por el Comité de Ministros a “retirarse” del Consejo y, de no atenderse dicha invitación, la expulsión por el citado Comité (art. 8)²⁰.

La estructura orgánica fundamental del Consejo de Europa (arts. 10 y ss.) consta de un Comité de Ministros y de una Asamblea Consultiva (Asamblea Parlamentaria). Del primero forman parte los Ministros de Asuntos Exteriores (o sus suplentes) de todos los Estados miembros; de la segunda, un número de representantes de los Parlamentos

¹⁹ Además de los cinco Estados ya referidos (Francia, Gran Bretaña, Holanda, Bélgica y Luxemburgo) firmaron también el Estatuto Irlanda, Italia, Dinamarca, Noruega y Suecia.

²⁰ En 1981 la Asamblea Parlamentaria privó a Turquía, tras un golpe de estado, de los escaños que en su seno le correspondían. Sólo en 1984, tras la celebración de elecciones libres, Turquía recuperó su representación. Años antes, en 1969, y siempre tras un golpe de estado, Grecia se retiró del Consejo horas antes de su expulsión por el Comité de Ministros.

nacionales elegidos por éstos de entre sus miembros²¹. En el marco de las finalidades del Consejo, el Comité de Ministros elabora Recomendaciones y la Asamblea parlamentaria, Resoluciones. No se trata, en ningún caso, de textos jurídicos que obliguen a los Estados parte sino, más bien, de orientaciones no vinculantes. Además, en el seno del Consejo se concluyen Convenios internacionales que se abren a la firma de los Estados miembros para su posterior ratificación²².

El papel que el Consejo de Europa ha jugado transcurrido ya más de medio siglo desde su constitución, ha sido fundamental. Se le ha calificado, con propiedad, como el club de las democracias europeas que integra a lo que se ha venido en denominar la “gran Europa”, frente a la “pequeña Europa” que estaría representada por los veinticinco Estados de la Unión Europea. La extinción de los regímenes autoritarios que han sobrevivido hasta tiempos muy recientes en el continente europeo ha provocado un incremento notable del número de países miembros del Consejo, la incorporación al cual se considera una suerte de aval a la condición democrática del Estado adherente. Así sucedió con Portugal (1976) y España (1977), tras la desaparición, respectivamente, de los respectivos regímenes autoritarios del General Salazar y del General Franco, y así ha ocurrido, más recientemente, con las nuevas democracias del centro y del este de Europa, que emergieron tras la caída del Muro de Berlín y el desmoronamiento del *imperio* soviético. En este último caso, y durante los años noventa del pasado siglo, las transiciones democráticas fueron reforzadas mediante programas específicos puestos en marcha por el Consejo de Europa con el objeto de orientar en la reforma del Estado en sectores clave como el establecimiento de un Poder Judicial independiente, la adecuación de la propia legislación a los estándares del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la conformación de una nueva función pública, y hasta en la elaboración de los textos constitucionales²³.

No pueden, sin embargo, ocultarse los problemas de todo tipo que emergen en un Consejo de Europa ampliado a cuarenta y cinco miembros, muy en particular la

²¹ El número de representantes parlamentarios de cada país (que parece guardar una cierta relación con la población) figura en el art. 26 del Estatuto del Consejo de Europa, que se ha modificado sucesivamente para acomodar a los Estados que se han ido incorporando a la organización. El mínimo de representantes es de dos (Andorra, Liechtenstein y San Marino) y el máximo de dieciocho (Francia, Alemania, Italia, Rusia y Reino Unido). España tiene doce, al igual que Turquía, Ucrania y Polonia.

²² Algunos de estos Convenios, el total de los cuales es en la actualidad de casi doscientos, han sido firmados por Estados no miembros, incluidos Estados no europeos y, también, las Comunidades Europeas. La lista completa de los Convenios puede consultarse en <http://conventions.coe.int>.

²³ Al respecto puede consultarse D. Maus, “The Influence of Contemporary International Law on the Exercise of Constituent Power”, en A. Jyränki (ed.), *National Constitutions in the Era of Integration*, La Haya, 1999, en concreto, pp. 50-53.

adecuación de los patrones democráticos por los que la organización vela a realidades sociales, económicas y políticas muy alejadas entre sí; se trata, quizá, de un mal menor por cuanto la pertenencia al Consejo bien puede servir para garantizar unos mínimos que se asumen transitoriamente y que, en caso contrario, brillarían por su ausencia tratándose de un Estado no-miembro²⁴.

Más allá de cuanto hasta aquí se ha dejado escrito, no creo exagerar si afirmo que el Consejo de Europa es conocido en buena medida por la que puede considerarse su *obra* principal, a saber, el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A él dedicaremos las próximas páginas.

4. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio de Roma de 1950)

4.1 El proceso de elaboración del Convenio

Ya se ha recordado con anterioridad que una de las Resoluciones aprobadas en la Conferencia de La Haya de 1948 proponía la elaboración de una Carta de Derechos y el establecimiento de un Tribunal para su aplicación. En concreto, el texto de la Resolución era el siguiente:

“We desire a Charter of Human Rights guaranteeing liberty of thought, assembly and expression as well as the right to form a political opposition; we desire a Court of Justice with adequate sanctions for the implementation of this Charter”²⁵.

Poco más de dos meses después de la firma, en mayo de 1949, del documento fundacional del Consejo de Europa se presentaron sendos borradores de Convenio

²⁴ Algunos autores, con opinión que resulta fácilmente compartible, han puesto en evidencia que la ampliación del Consejo a ciertos Estados del este de Europa “que son incapaces de respetar el compromiso fundamental inscrito en el artículo 3 del Estatuto, supone una rebaja de los estándares del Consejo de Europa que afecta a la credibilidad del sistema europeo y plantea igualmente el problema del respeto a los compromisos asumidos por los Estados miembros del Consejo de Europa” (F. Sudre, *op. cit.*, pp. 133-134). Este autor alude a países como Armenia, Azerbaijón, Bosnia-Herzegovina y Serbia-Montenegro, y cita también como ejemplo del deterioro del Consejo la incapacidad del Comité de Ministros, a pesar de las recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria, para sancionar a Rusia por su actuación en Chechenia, documentadamente contraria a los más básicos derechos humanos.

²⁵ El texto se ha sacado de M.W. Janis, R.S. Kay y A.W. Bradley, *European Human Rights Law*, Oxford, 2000, 2ª ed., pp. 16 y ss. Para el relato de la elaboración del Convenio que aquí se hace se ha utilizado, además del libro recién citado, la obra de A. Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, 1997 (reimpresión de la edición de 1983), pp. 3 y ss. y 48 ss.

Los *travaux préparatoires* del Convenio se publicaron entre los años 1961-1964 en una edición ciclostilada confidencial de la que sólo se distribuyeron ejemplares a los Gobiernos, a la Comisión y al Tribunal. En 1972 se autorizó la edición pública en ocho tomos de aquellos trabajos.

Europeo de Derechos Humanos y de Estatuto del Tribunal Europeo, elaborados por P.-H. Teitgen, Sir D. Maxwell-Fyfe y F. Dehousse²⁶, y aunque la actitud del Comité de Ministros era menos favorable a la puesta en marcha inmediata del proceso que habría de conducir a la aprobación del Convenio, prevaleció finalmente el criterio de la Asamblea Consultiva. Dos argumentos pesaron decisivamente: el carácter “imperfecto” de la Declaración Universal de Derechos Humanos (fruto de una transacción en las Naciones Unidas entre las dos grandes corrientes ideológicas del momento, y sin fuerza vinculante) y la muy reciente y brutal historia europea en materia de derechos humanos.

El *Committee on Legal and Administrative Questions* de la Asamblea Consultiva puso manos a la obra y elaboró un proyecto que enumeraba doce derechos, para cada uno de los cuales se contenía una expresa referencia a su correspondiente en la DUDH²⁷, creaba una Comisión y un Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otorgaba a los particulares y a los Estados un “derecho de petición” ante la Comisión. Sólo los Estados y la Comisión podían remitir los casos ante el Tribunal²⁸. Precisamente este armazón institucional y el derecho individual de acceso a la Comisión fueron los temas más polémicos. El Pleno de la Asamblea aprobó con pocas modificaciones, el 8 de septiembre de 1949, el texto propuesto para su remisión al Comité de Ministros. Este, contra la opinión de la Asamblea, propuso a los Gobiernos de los entonces doce Estados miembros del Consejo de Europa la designación de un Comité de Expertos integrado por abogados, jueces, parlamentarios y profesores, que debería elaborar un anteproyecto de Convenio a partir de los materiales salidos de la Asamblea y de otros propuestos por el Secretariado del propio Consejo.

Este Comité presentó su texto tras seis semanas de trabajo en las que asumió como material principal, y así lo reconocía en su presentación, el borrador de la Asamblea Consultiva. En todo caso, el texto en cuestión era abierto tanto en lo relativo al catálogo de derechos a declarar, como en cuanto a la eventual institución de un Tribunal, aspectos ambos en los que formulaba varias hipótesis. El Comité de Ministros convocó

²⁶ Teitgen era entonces Ministro del Gobierno francés y Diputado; Maxwell-Fyfe, Fiscal en el Proceso de Nuremberg, era miembro del Parlamento británico y sería poco tiempo después Ministro de Interior; Dehousse, profesor de Derecho Internacional que había participado en la Delegación belga en la Conferencia de San Francisco, era en aquel tiempo miembro de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y sería más adelante (1956-1959) Presidente de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa.

²⁷ A.Z. Drzemczewski, *op. cit.*, p. 7, recuerda cómo el catálogo de derechos presente en el Convenio (“un documento mucho más modesto que la Declaración Universal”) se basa en gran medida en un primer borrador, elaborado en Naciones Unidas, de lo que muchos años después sería el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁸ Aunque se planteó el acceso directo del individuo al Tribunal, la iniciativa fue rechazada.

una Conferencia de Altos Funcionarios de los Gobiernos (*Committee of Senior Officials*) que habría de preparar su decisión última. Esta Conferencia se reunió entre los días 8 y 17 de junio de 1950 y formuló una propuesta de consenso en lo tocante al carácter más o menos detallado de los derechos declarados, materia ésta en la que los Estados se encontraban divididos entre los partidarios de la mera enumeración de los derechos (así se había decidido por la Asamblea) y quienes defendían la formulación detallada de los mismos. La mayoría de los Representantes eran contrarios a la creación de un Tribunal, prosperando finalmente la iniciativa sueca que convertía en opcional (a voluntad de cada Estado) el sometimiento a su jurisdicción. La mayoría de los Estados avalaban, contra el criterio de tres de ellos, el “derecho de petición” individual ante la Comisión.

Devuelto el texto al Comité de Ministros, éste, en agosto de 1950, adoptó la decisión (salomónica, podría decirse) de solventar los dos grandes escollos mediante las denominadas cláusulas opcionales: las referidas a la competencia del Tribunal (art. 46) y al acceso individual directo a la Comisión (art. 25)²⁹. El día 4 de noviembre de 1950 el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) se firmó en Roma. Entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, de acuerdo con cuanto establecía su art. 66.2, es decir, tras el depósito de diez instrumentos de ratificación. Para España, entró en vigor el 4 de octubre de 1979, fecha del depósito de su instrumento de ratificación; se publicó en el Boletín Oficial del Estado en fecha 10 de octubre.

4.2 El contenido del Convenio (I). Los derechos

En su versión original, de noviembre de 1950, el Convenio se estructuraba en cinco Títulos innominados. El primero (arts. 2-18), contenía el catálogo de derechos; el segundo (art. 19), instituía la Comisión y el Tribunal; el tercero (arts. 20-37), definía la

²⁹ La referencia a los arts. 25 y 46 del Convenio ha de entenderse hecha a su texto original, anterior, en consecuencia, al que resulta de la entrada en vigor del Protocolo XI.

El art. 25.1 del Convenio establecía: “La Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa por cualquier persona física [...], que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el presente Convenio, en el caso de que el Estado haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia. [...]”.

El tenor del art. 46.1 era el siguiente: “Cada una de las Altas Partes Contratantes puede declarar, en cualquier momento, que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial la jurisdicción del Tribunal para todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del presente Convenio”.

Como dato demostrativo de la elevada aceptación de estas dos cláusulas opcionales recordaré que en 1982, con veintiún Estados parte del Convenio de Roma, diecisiete habían procedido a la declaración prevista en el art 25.1 y diecinueve a la que resultaba en el art. 46.1.

composición, funcionamiento y competencias de la Comisión Europea de Derechos Humanos; el cuarto (arts. 38-56), venía referido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el quinto (arts. 57-66), contenía una serie de disposiciones generales. Con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio se incorporaron al mismo, hasta el Protocolo XI al que aludiré inmediatamente, un total de diez Protocolos, que añadieron algunos nuevos derechos al catálogo inicial y modificaron ciertas previsiones originales del CEDH³⁰.

La reforma en profundidad del sistema convencional de garantía de los derechos fundamentales llegó en noviembre de 1998 con la entrada en vigor, tras su ratificación por todos los Estados parte del Convenio, del ya citado Protocolo XI, firmado en 1994. En la actualidad cuarenta y cinco Estados han ratificado el Convenio.

Tras las importantes modificaciones introducidas por el Protocolo XI, que afectaron a la estructura interna del Convenio y a la vigencia de algunos de sus Protocolos, los contenidos del CEDH se encierran, además de en el texto del propio Convenio, en los Protocolos I, IV, VI y VII³¹. Después de 1998 se han elaborado y abierto a la firma el Protocolo XII (Roma, 2000), que contiene una prohibición general de discriminación en el ejercicio de todo derecho garantizado por la ley, y el Protocolo XIII (Vilnius, 2002), que prohíbe la pena de muerte en toda circunstancia de tiempo y lugar; el primero de estos Protocolos no ha entrado aún en vigor, mientras que el segundo lo ha hecho, para

³⁰ El Protocolo I, conocido como Protocolo Adicional, (firmado en 1952), que garantiza el derecho de propiedad, el derecho a la educación y el derecho a elecciones libres. El Protocolo II (1963), que atribuía al Tribunal competencia para emanar opiniones consultivas. El Protocolo III (1963), que modificaba los arts. 29, 30 y 34 del CEDH, referidos a la Comisión. El Protocolo IV (1963), que prohíbe la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales, reconoce el derecho a la libre circulación, prohíbe la expulsión de nacionales y las expulsiones colectivas de extranjeros. El Protocolo V (1966), que reformaba los arts. 22 y 40 CEDH, sobre la composición de la Comisión y del Tribunal. El Protocolo VI (1983), que abole la pena de muerte excepto en tiempos de guerra o de peligro inminente de guerra. El Protocolo VII (1984), que enumera las garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros, reconoce el derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal, el derecho a indemnización en caso de error judicial, el derecho a no ser juzgado o castigado dos veces y la igualdad entre esposos. El Protocolo VIII (1985), relativo a la organización del Tribunal y de la Comisión y a las competencias de esta última, arts. 20, 21, 23, 28, 29, 30, 31, 34, 40 y 41. El Protocolo IX (1990), sobre la competencia del Tribunal, arts. 31, 44, 45 y 48 CEDH. El Protocolo X (1992), que reformaba el art. 32 CEDH.

Sobre los contenidos del Convenio y sus Protocolos puede consultarse J. A. Carrillo Salcedo, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2003, en particular, sobre los derechos reconocidos, pp. 25 y ss. Véanse, también, J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, 2002, 3ª ed., pp. 73-368; AA.VV., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Paris, 2003, pp. 83-530; F. Sudre, *op. cit.*, pp. 243-487; S. Bartole, B. Conforti y G. Raimondi, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela el diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Pádua, 2001, pp. 35-474; P. van Dijk y G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Londres, 1998, 3ª ed., pp. 293-694, y D.J. Harris, M. O'Boyle y C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres, 1995, pp. 37-570.

³¹ Mientras que el Convenio, ya se sabe, ha sido ratificado por 45 Estados, solo 43, 38, 44 y 36 de ellos, respectivamente, han ratificado los Protocolos I, IV, VI y VII. España, que ha firmado estos cuatro Protocolos, no ha ratificado los números IV y VII.

los Estados que lo han ratificado, en julio de 2003³². Recientemente, en mayo de 2004, se ha abierto a la firma el Protocolo XIV, que reforma la organización interna del Tribunal y las competencias de sus diferentes órganos; la entrada en vigor de este nuevo Protocolo pasa por la ratificación de los 45 Estados miembros del Consejo de Europa.

En el momento presente, y a la luz del Protocolo XI, la estructura interna del CEDH se divide en tres Títulos, cada uno de ellos encabezado -ahora sí- con una específica denominación: Derechos y libertades (Título I, arts. 2-18); Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Título II, arts. 19-51); Disposiciones diversas (Título III, arts. 52-59).

Los derechos declarados resultan del Título I y de los Protocolos I, IV, VI y VII, estos últimos, ya se sabe, no ratificados por todos los Estados parte del Convenio. La lista de derechos, de acuerdo con los rótulos establecidos por el Protocolo XI, es la siguiente:

- Derecho a la vida (art. 2)
- Prohibición de la tortura (art. 3)
- Prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado (art. 4)
- Derecho a la libertad y a la seguridad (art. 5)
- Derecho a un proceso equitativo (art. 6)
- No hay pena sin ley (art. 7)
- Derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8)
- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9)
- Libertad de expresión (art. 10)
- Libertad de reunión y de asociación (art. 11)
- Derecho a contraer matrimonio (art. 12)
- Derecho a un recurso efectivo (art. 13)
- Prohibición de discriminación (art. 14).

El art. 15 prevé la suspensión (“derogación”) de la mayoría de los derechos convencionales -no de todos ellos- en tiempos de guerra o de “otro peligro público que amenace la vida de la nación”. El art. 16 consiente la imposición de restricciones a la actividad política de los extranjeros en el marco de los arts. 10, 11 y 14. El art. 17 prohíbe el abuso de derecho al impedir el amparo del Convenio para el ejercicio de

³² En ambos casos se exige para la entrada en vigor el depósito de al menos diez instrumentos de ratificación.

España no ha firmado el Protocolo XII. Por el contrario, sí que ha firmado, *ad referendum*, el Protocolo XIII, que aún no ha ratificado.

actividades tendentes a la destrucción de las libertades (en otras palabras: del “régimen político verdaderamente democrático”, al que alude el Preámbulo) garantizadas por el propio Convenio. El art. 18, en fin, impone límites a las restricciones que el propio CEDH hace posibles respecto de ciertos derechos, que “no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas”.

Esta lista de derechos (arts. 2-14) y las disposiciones horizontales (arts. 15-18), en definitiva, todo el Título I CEDH, no ha sido objeto de reforma de ningún tipo desde su entrada en vigor, por lo que su *tenor literal* sigue siendo hoy el mismo que hace más de cincuenta años. El catálogo demuestra con claridad la voluntad de los autores del Convenio, que no era tanto la “creación” de nuevos derechos sino, tal y como puede leerse en su Preámbulo, el aseguramiento de “la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”³³. Se trataría, en definitiva, de otorgar tutela internacional a ciertos derechos (básicos, por lo demás) ya reconocidos en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros del Consejo de Europa. En otros términos: *lo relevante del Convenio más parecía ser la garantía internacional que el carácter acabado, sobre el modelo de la DUDH, de la lista de derechos*. De ahí que los impulsores del Convenio aceptaran un catálogo de derechos “incompleto para no poner en peligro los nuevos procedimientos” de garantía³⁴.

De otro lado, las disposiciones que declaran los derechos lo hacen de un modo no tan abierto como el que resulta de la propia Declaración Universal. Antes bien, y sin llegar al extremo que proponía algún representante británico, que alertó frente a fórmulas susceptibles de “mil y una interpretaciones distintas”³⁵, la voluntad, ya recordada, de compromiso llevó al establecimiento de definiciones relativamente detalladas que, por una parte, habrían de facilitar el trabajo de las instancias de garantía del Convenio y, por otra, consentirían a los Estados una rápida evaluación de la compatibilidad de su Derecho nacional con el estándar convencional³⁶.

A los derechos que resultan del Título I del CEDH desde 1950 se han añadido, con posterioridad, los que traen causa de los varios Protocolos hoy vigentes, que completan, si bien no para todos los Estados parte, por cuanto algunos de ellos no han ratificado

³³ El inciso “algunos”, tal y como ha recordado A. Z. Drzemczewski, *op. cit.*, p. 7, se introdujo muy conscientemente.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Citado en M. W. Janis, R. S. Kay y A. W. Bradley, *op. cit.*, p. 7.

³⁶ En este sentido, véase la opinión de A. Z. Drzemczewski, *op. cit.*, p. 8.

todos o varios de tales Protocolos³⁷, el catálogo convencional. Los “nuevos” derechos, siempre con la denominación que resulta de los *headings* añadidos por el Protocolo XI, son los siguientes:

- Protección de la propiedad (art. 1, Protocolo I)
- Derecho a la educación (art. 2, Protocolo I)
- Derecho a elecciones libres (art. 3, Protocolo I)
- Prohibición de prisión por deudas (art. 1, Protocolo IV)
- Libertad de circulación (art. 2, Protocolo IV)
- Prohibición de la expulsión de los nacionales (art. 3, Protocolo IV)
- Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4, Protocolo IV)
- Abolición de la pena de muerte (art. 1, Protocolo VI)
- Pena de muerte en tiempo de guerra (art. 2, Protocolo VI)
- Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros (art. 1, Protocolo VII)
- Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal (art. 2, Protocolo VII)
- Derecho a indemnización en caso de error judicial (art. 3, Protocolo VII)
- Derecho a no ser juzgado o castigado dos veces (art. 4, Protocolo VII)
- Igualdad entre esposos (art. 5, Protocolo VII)
- Abolición de la pena de muerte en toda circunstancia (Protocolo XIII).

Los derechos garantizados por el Convenio y los Protocolos son, *en principio*, catalogables como derechos civiles y políticos; libertades individuales que persiguen la garantía de la integridad y de la libertad de la persona humana. En el ámbito del Consejo de Europa los derechos económicos y sociales resultan de la Carta Social Europea, adoptada en Turín en 1961 y que entró en vigor el 26 de febrero de 1965, que hasta el momento presente ha sido ratificada por veintiséis Estados miembros (y firmada por seis más) y que no prevé una técnica de control jurisdiccional como la que resulta del Convenio³⁸.

³⁷ Véase la nota 31.

³⁸ La Carta Social Europea prevé un mecanismo de control internacional (arts. 21-29, modificados por el Protocolo de Turín, de 1991) que descansa sobre los informes que los Estados presentan periódicamente ante el Comité de Derechos Sociales (compuesto por doce expertos, elegidos por el Comité de Ministros, y un observador de la OIT), que formula unas Conclusiones (positivas o negativas) públicas que se remiten al Comité Gubernamental (integrado por representantes de los Estados y observadores de los interlocutores sociales europeos) que, a su vez, eleva al Comité de Ministros un Informe donde se sugieren, en su caso, las Recomendaciones que habrán de dirigirse a cada Estado afectado. El Comité de Ministros, en fin, elabora una Resolución de conjunto referida al período considerado y, en su caso, Recomendaciones individuales a los diferentes Estados.

No obstante cuanto acaba de afirmarse, ha de reconocerse que algunos de los derechos presentes en el CEDH tienen una naturaleza que podría calificarse como mixta por cuanto poseen una vertiente social (como la libertad sindical), cultural (como el derecho a la educación) o prestacional (como el derecho a un proceso equitativo o también el derecho a la educación) evidente. Así lo ha reconocido el propio TEDH desde su sentencia en el caso *Airey*, de 9 de octubre de 1979, en la que se reconoce que si bien el Convenio “enuncia esencialmente derechos civiles y políticos, muchos de ellos tienen prolongaciones de orden económico y social” que no pueden separarse artificialmente puesto que se trata de “proteger derechos no teóricos o ilusorios, sino concretos y efectivos”. Los Estados asumen, de este modo, “obligaciones positivas”, de hacer, para la protección de los derechos (*López Ostra*, de 9 de diciembre de 1994).

En caso de “guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación” se hace posible la suspensión de la mayoría de los derechos convencionales; la adopción “de medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional” (art. 15.1 CEDH). Quedan excluidos de toda posible suspensión (art. 15.2 CEDH) los derechos presentes en los arts. 2 (derecho a la vida), “salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra”³⁹, 3 (prohibición de torturas y de penas o tratos inhumanos o degradantes), 4.1 (prohibición de la esclavitud), y 7 (legalidad penal). El art. 4 del Protocolo VII otorga idéntico trato al derecho al *non bis in idem*. Estos derechos integrarían una suerte de “núcleo duro” de los derechos humanos en razón de su “intangibilidad”⁴⁰, ya que se trata de derechos a los que tanto el Convenio, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José de Costa

El Protocolo Adicional de Reclamaciones Colectivas (firmado en 1995 y ratificado por once Estados, entre los que no se encuentra España) prevé una nueva técnica de garantía sobre el modelo del Comité de Libertad Sindical de la OIT, en virtud de la cual se admiten reclamaciones colectivas que aleguen violaciones de la Carta y que pueden plantearse por distintos sujetos nacionales e internacionales (sindicatos de trabajadores y de empresarios y organizaciones internacionales no gubernamentales dotadas de estatuto consultivo ante el Consejo de Europa) ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, que elabora un Informe al Comité de Ministros, el cual puede adoptar una Recomendación dirigida al Estado demandado. Sobre la Carta puede consultarse, L. Samuel, *Droits sociaux fondamentaux. Jurisprudence de la Charte sociale européenne*, Estrasburgo, 2ª ed., 2002, *passim*.

³⁹ El Protocolo XIII (abolición de la pena de muerte en toda circunstancia) prevé también la no suspensión en su art. 2: “No derogation from the provisions of this Protocol shall be made under Article 15 of the Convention”.

⁴⁰ F. Sudre, *op. cit.*, pp. 197-199.

Rica (o Convención Americana de Derechos Humanos) se refieren en las condiciones apuntadas⁴¹.

Todos los demás derechos proclamados en el Convenio y en los Protocolos vigentes son, por lo tanto, susceptibles de suspensión temporal (“derogación”, en el lenguaje convencional) para afrontar graves peligros públicos y dentro del marco que resulta del citado art. 15 CEDH tal y como ha sido interpretado por el Tribunal de Estrasburgo. Además, muchos de aquellos derechos “derogables” pueden padecer restricciones o injerencias expresamente previstas en el texto del Convenio⁴². Tales restricciones se someten a las condiciones que se formulan en el apartado segundo de varios de los artículos que enuncian los derechos, en concreto, los arts. 8-11. Así, *las injerencias han de estar previstas por la ley, han de ser necesarias en una sociedad democrática y han de perseguir alguno de los fines legítimos explicitados en el propio Convenio*. Analicemos muy brevemente cada una de estas condiciones.

La previsión por ley de la medida injerente remite a la legislación estatal, es decir, al Derecho interno de cada parte contratante, a la que se reconoce un “margen de apreciación nacional”, no exento de control europeo, para establecer las condiciones en las que resulta justificable una restricción a una de las libertades convencionales. “Prevista por la ley” significa, como el Tribunal aclaró en el caso *Kruslin*, de 24 de abril de 1990, no sólo que la medida restrictiva ha de estar recogida en el Derecho nacional sino que, además, éste ha de reunir una ciertas condiciones de “calidad”. El concepto de ley que, a estos efectos, sostiene el TEDH es un concepto material por cuanto la previsión puede resultar de la ley (formal), del reglamento y de la propia jurisprudencia. En uno de sus *leading cases* (*Sunday Times*, de 26 de abril de 1979) el Tribunal de Estrasburgo estimó que “la palabra ‘ley’ comprende al mismo tiempo el Derecho escrito y el Derecho no escrito”, para concluir que ninguna importancia posee el hecho de que el “*contempt of court*”⁴³ sea una creación del *common law* y no de la legislación”, afirmando que “se iría manifiestamente contra la intención de los autores del Convenio si se estableciera que una restricción impuesta en virtud del *common law* no está

⁴¹ El PIDCP añade otros tres derechos adicionales al catálogo de los no susceptibles de suspensión (arts. 11, 16 y 18). Por su parte, el Pacto de San José de Costa Rica amplía la imposible suspensión a los derechos que resultan de sus arts. 3, 12, 17, 18, 19, 20 y 23.

⁴² Restricciones o injerencias que no resultan, por ejemplo, del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1 CEDH, excepto en lo referido a la publicidad del proceso), del derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH), del derecho a la enseñanza (art. 2 Protocolo I), y del derecho a elecciones libres (art. 3, Protocolo I).

⁴³ Un equivalente al desacato que, en el caso concreto, se comportaba como límite a la libertad de expresión.

‘prevista por la ley’ por el solo hecho de que no resulta de ningún texto legislativo: se privaría a un Estado de *common law* parte del Convenio de la protección del artículo 10, apartado 2, y se afectaría a la base de su sistema jurídico”⁴⁴.

Por otra parte, ya se ha dicho, la ley (en sentido material) ha de reunir unas condiciones de calidad a tenor de las cuales ha de ser “suficientemente accesible”, a cuyos efectos basta con que la “base legal” que consiente la injerencia haya sido objeto de publicación y, además, sea lo bastante precisa como para permitir al ciudadano regular su conducta, de modo que, en su caso mediante el pertinente consejo técnico, aquél pueda prever las consecuencias que se derivan de la realización de un determinado acto. Precisión y previsibilidad se convierten así en garantía del “principio general de seguridad jurídica” (*Baranowski*, de 28 de marzo de 2000), asumido en todo caso que la idea de precisión se hace depender en gran medida de la materia objeto de regulación y del número y calidad de sus destinatarios⁴⁵. Por su singular naturaleza se ha estimado así que el nivel de precisión de las disposiciones constitucionales “puede ser inferior al exigible en otro tipo de legislación” (*Rekvény*, de 20 de mayo de 1999).

Las restricciones a los derechos convencionales deben perseguir alguno de los fines legítimos tasados por el CEDH. Se trata, en todos los casos, de nociones reconducibles a la categoría de orden público: seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y prevención de las infracciones penales, protección de la salud o de la moral, protección de los derechos y las libertades de los demás. Fines todos ellos citados en el art. 8.2 CEDH, como límites al derecho al respeto de la vida privada y familiar, y que se reproducen, con algunas variables en los arts. 9.2 (para la libertad de pensamiento, conciencia y religión), 10.2 (para la libertad de expresión, a la que se añaden la garantía de la autoridad e imparcialidad del poder judicial y la protección frente a la divulgación de informaciones confidenciales) y 11.2 (para la libertad de reunión y de asociación, donde aparecen como fines legítimos las restricciones para los miembros de las fuerzas armadas, de la policía y de la Administración del Estado). La generosidad y el realismo con el que la justificación de

⁴⁴ En el caso *Prado Bugallo*, de 18 de febrero de 2003, el TEDH admitió, para un ordenamiento como el español, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, podría, en teoría, cubrir las insuficiencias de la legislación nacional a propósito de las escuchas telefónicas.

⁴⁵ En materia de telecomunicaciones o de ordenación del medicamento, por ejemplo, el TEDH ha reconocido que la precisión no puede ser absoluta.

las injerencias aparece prevista en el Convenio “no plantea problemas agudos, más allá de los casos en los que la mala fe de un Estado es evidente”⁴⁶.

Finalmente, la medida restrictiva ha de ser necesaria en una sociedad democrática, para cuya existencia, a la luz del Preámbulo del Convenio, resulta imprescindible el mantenimiento de las libertades fundamentales. El TEDH ha considerado que “el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura” son los elementos constitutivos de una sociedad democrática (*Handyside*, de 7 de diciembre de 1976), y que ésta “no supone la supremacía constante de la opinión de la mayoría”, sino que exige “un equilibrio que asegure a las minorías un trato justo que evite todo abuso de posición dominante” (*Young, James y Webster*, de 13 de agosto de 1981). En su fundamental sentencia en el caso *Partido Comunista de Turquía*, de 30 de enero de 1998, el Tribunal ha sistematizado su jurisprudencia en la materia al decidir sobre la compatibilidad con el Convenio de la disolución de aquel Partido por la Corte Constitucional turca, es decir, juzgando acerca de una medida nacional restrictiva del pluralismo político. Se dice allí que la democracia es “un elemento fundamental del orden público europeo”; el “único modelo contemplado por el Convenio y, por lo tanto, el único compatible con él”. La democracia es, para el TEDH, indisponible por el propio soberano: deja de ser una realidad “cuando la población de un Estado, incluso mayoritariamente, renuncia a sus poderes legislativo y judicial en beneficio de una entidad que no es responsable ante el pueblo al que gobierna, ya sea esta entidad laica o religiosa”⁴⁷.

La necesidad de la medida restrictiva, que no puede afectar a la substancia del derecho (léase, contenido esencial) se evalúa por el Tribunal mediante el empleo del test de proporcionalidad, que se integra por el pretor estrasburguense en este aspecto de su control (el carácter necesario en una sociedad democrática de aquella medida): la injerencia, así, debe responder a una “necesidad social imperiosa” y debe ser “proporcionada al fin legítimo perseguido” (*Handyside*, de 7 de diciembre de 1976).

Se recordaba más arriba que en el *case-law* del TEDH se reconoce a los Estados parte en el Convenio un “margen nacional de apreciación” para la adopción de las medidas injerentes. Se trata de una doctrina de elaboración jurisprudencial, susceptible

⁴⁶ G. Dutertre, *Extraits clés de jurisprudence. Cour européenne des Droits de l’Homme*, Estrasburgo, 2003, p. 283.

⁴⁷ Esta última afirmación se contiene en la sentencia en el caso del *Partido de la Prosperidad*, de 31 de julio de 2001. Sobre la doctrina del Tribunal Europeo a propósito del “irreemplazable” papel de los partidos puede consultarse A. Saiz Arnaiz, “La disolución de partidos políticos y el test de convencionalidad”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n. 533, 25 de mayo de 2002, *passim*.

de aplicación a todos los derechos excepto a los que resultan de los arts. 2 y 3 CEDH⁴⁸, que ha provocado no pocas críticas doctrinales. En pocas palabras, el margen nacional de apreciación parte de la idea de subsidiariedad sobre la que reposa el Convenio todo: las autoridades nacionales, mejor conocedoras de la propia realidad, se encuentran en la posición óptima para garantizar la aplicación del Convenio y de las limitaciones que éste posibilita. Por decirlo en los términos que resultan de *Handyside*: “gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de su país, las autoridades estatales se encuentran en principio mejor colocadas que el juez internacional para pronunciarse” sobre el contenido de las exigencias del orden público europeo y sobre la necesidad de una medida injerente.

El Tribunal se muestra de este modo receptivo a la diversidad europea, a las plurales tradiciones jurídicas que expresan, hoy quizá más que nunca, los cuarenta y cinco Estados que se han adherido al Convenio de Roma de 1950, que no impone una “uniformidad absoluta” (*Sunday Times*). Las tradiciones culturales, históricas, religiosas, la diversa concepción de ciertas instituciones como la familia, las plurales realidades políticas en los Estados recién salidos de largos periodos totalitarios, son algunos factores que condicionan en el entendimiento del TEDH los contenidos de los derechos y libertades.

Medidas restrictivas admisibles en un país, pueden no serlo en otros. Un ejemplo reciente de cuanto acaba de decirse resulta del caso *Podkolzina*, de 9 de abril de 2002, en el que el Tribunal parece reconocer que la exigencia de *acreditar* un elevado conocimiento de la (única) lengua oficial para poder concurrir como candidato a las elecciones parlamentarias supone una injerencia al derecho a elecciones libres (art. 3, Protocolo 1) admisible en ciertas circunstancias como las que concurren en la realidad de un Estado como Letonia, pero que no lo sería en defecto de esa singular realidad: “A los efectos de la aplicación del artículo 3, toda ley electoral debe apreciarse siempre a la luz de la evolución política del país, de modo que detalles inaceptables en el marco de un sistema determinado pueden justificarse en el de otro”. Así las cosas, concluye el Tribunal, la obligación de un elevado conocimiento de la lengua letona resulta justificable a tenor de “consideraciones de orden histórico y político que son propios” a

⁴⁸ En estos términos se expresa el actual Presidente del Tribunal, L. Wildhaber, en “Place de la Cour européenne des Droits de l’Homme dans le paysage constitutionnel européen”, en *XII Conférence des Cours Constitutionnelles européennes* (<http://www.confcoconsteu.org>).

Sobre el margen de apreciación resulta de enorme utilidad la obra de S. Greer, *The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European convention on Human Rights*, Estrasburgo, 2000, *passim*.

la citada República báltica. La pregunta resulta obligada: ¿puede en estas condiciones identificarse un estándar europeo mínimo para el derecho de sufragio pasivo?

El margen de apreciación nacional, obvio es el recordatorio, no está excluido del control por parte del TEDH: en caso contrario se diluiría, hasta desaparecer, el canon convencional de los derechos fundamentales. Dicho control se concreta en el test de proporcionalidad, en cuya realización el Tribunal tiene en cuenta la naturaleza del derecho afectado⁴⁹, la complejidad técnica de las actividades en juego⁵⁰ y un elemento fundamental como es la eventual existencia de lo que podríamos denominar *communis opinio* estatal, es decir, un denominador común o entendimiento (más o menos) compartido sobre el aspecto litigioso del derecho⁵¹. La referencia a la mencionada *communis opinio* en el discurso motivador del TEDH se convierte, además, en un elemento fuertemente legitimador de la decisión por cuanto su contenido se hace depender en alguna medida del criterio mayoritariamente compartido por los Estados parte del Convenio con los que el Tribunal dialoga (en respuesta a las decisiones nacionales) a través de sus sentencias. La proximidad de este criterio interpretativo al que resulta de las “tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”, empleado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas está, a mi juicio, fuera de toda duda; su utilidad, a los mismos efectos, también. En ausencia de dicho denominador común, el margen de apreciación nacional será mayor (por ejemplo, a propósito de la adopción por homosexuales, *Fretté*, de 26 de febrero de 2002); si, por el contrario, el entendimiento compartido es una realidad, el control europeo será mucho más exigente (así, en lo relativo a la igualdad de trato entre hijos legítimos y naturales, *Marckx*, de 13 de junio de 1979).

Los riesgos de una doctrina como la ahora referida están fuera de discusión. En efecto, su compatibilidad con el Convenio concebido, a la luz del art. 53, como un estándar mínimo, resulta en no pocas ocasiones conflictiva; del mismo modo que parece enormemente valorativo (y por lo mismo polémico) un criterio como el de la presencia del mencionado denominador común. Poco puede sorprender, así las cosas, que las críticas al Tribunal de Estrasburgo en esta materia sean abundantes. Se ha dicho, por

⁴⁹ Así, por ejemplo, el margen de apreciación es “reducido”, y por lo tanto el control europeo más riguroso, en el ámbito del art. 11 (disolución de partidos políticos), o cuando están en juego aspectos de la intimidad individual (art. 8).

⁵⁰ La discrecionalidad estatal para afectar restrictivamente derechos es mayor en actividades como el urbanismo o la competencia desleal.

⁵¹ Un ejemplo reciente del empleo por el TEDH de esta idea puede encontrarse en *I c. Reino Unido*, de 11 de julio de 2002, sobre el reconocimiento jurídico del cambio de sexo y el art. 8 CEDH

ejemplo, que la aplicación de la misma ha permitido a algunos Estados escapar a los patrones compartidos en el resto de Europa; que el Tribunal es en ocasiones poco claro o incluso contradictorio en el manejo de su doctrina; que en alguna oportunidad incluso ha dejado pura y simplemente de explicar porqué la medida nacional restrictiva era compatible con el CEDH, limitándose a remitirse al margen de apreciación o, en fin, que ha evolucionado, sin aclararlo suficientemente, en la intensidad de la aplicación de esta doctrina a ciertos derechos convencionales⁵².

4.3 El contenido del Convenio (II). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En el sistema de garantía resultante del *texto original* del CEDH, los órganos encargados de decidir sobre las demandas individuales (art. 25, entonces como cláusula opcional; hoy, art. 34 CEDH) o las interestatales (art. 24; hoy, art. 33 CEDH) eran, con competencias lógicamente distintas, la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal y el Comité de Ministros⁵³.

La Comisión decidía sobre la admisión de la demanda, que se planteaba ante el Secretario General del Consejo de Europa, y si el pronunciamiento era favorable a la misma, fijaba los hechos y proponía un arreglo amistoso a las partes que de fracasar llevaba a la Comisión a emitir un “*rapport*” sobre el fondo (art. 31). Tras este informe, el caso pasaba al Comité de Ministros en el supuesto de que el Estado demandado no hubiera aceptado la competencia del Tribunal (art. 46)⁵⁴ o de que éste no fuera llamado a pronunciarse en el plazo de tres meses desde la elaboración de aquel *rapport* por la propia Comisión o por el Estado. En cualquiera de estas hipótesis la decisión final en forma de “resolución” correspondía al Comité de Ministros, con lo que un órgano político de composición intergubernamental fallaba (esto es, decía el Derecho en el caso concreto) sobre la eventual vulneración de alguno de los derechos presentes en el

⁵² Estas críticas en R. Blackburn, “Current developments, Assessment, and Prospects”, en R. Blackburn y J. Polackiewicz (eds.), *Fundamental Rights in Europe*, Oxford, 2001, pp. 81 y ss.

⁵³ El art. 52 CEDH (antes, art. 57) prevé otra técnica de garantía que nada tiene que ver con las demandas individuales o de Estado a Estado. Se establece allí que el Secretario General del Consejo de Europa podrá requerir a toda Alta Parte Contratante para que ésta le proporcione “las explicaciones pertinentes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualquiera de las disposiciones de este Convenio”.

⁵⁴ Con la aceptación de Turquía a finales de 1989, todos los Estados entonces parte del Convenio se sometieron a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Convenio⁵⁵. Si el Tribunal era competente, por haberlo aceptado así el Estado demandado, y se solicitaba su intervención, emanaba su sentencia⁵⁶.

El Protocolo IX, en vigor desde octubre de 1994 hasta su derogación por el Protocolo XI, hizo posible el acceso al Tribunal para los demandantes individuales, frente a los Estados que lo ratificaran, tras el informe de la Comisión y la superación de un filtro en forma de Comité de tres jueces que, en ciertos casos, podía decidir por unanimidad transferir el asunto al Comité de Ministros en lugar de al Tribunal.

Algunos datos pueden demostrar el funcionamiento del sistema de garantía antes del 1 de noviembre de 1998: desde 1955, fecha en la que se constituyó la Comisión, se registraron algo más de 44.000 demandas, de ellas cinco mil en los diez primeros meses de 1998. Por su parte, el Tribunal, que había dictado una media de menos de dos sentencias por año en el período 1960-1979, pasa a dictar casi cuatrocientas entre 1994 y 1998. La duración media de los procedimientos desde el registro de la demanda en la Comisión hasta el pronunciamiento del Tribunal se calcula en torno a sesenta y cinco meses. El sistema, en definitiva, estaba a punto de bloquearse, con más de siete mil asuntos pendientes ante la Comisión en el momento de la entrada en vigor del Protocolo XI.

Este Protocolo reforma el sistema de garantía desde algunos aspectos sustanciales del mismo: *suprime las cláusulas opcionales o facultativas presentes en el texto original del Convenio* (y referidas, ya se sabe, a la aceptación de la demanda individual y de la jurisdicción del Tribunal) *y hace desaparecer a la Comisión*, con lo que se posibilita el *acceso directo de los particulares al Tribunal*. La unificación orgánica se completa con la *supresión de la competencia decisoria (“jurisdiccional”) del Comité de Ministros*, que mantiene sin embargo su competencia para velar por la ejecución de las sentencias (art. 46. 2), por lo que el juicio sobre la admisión y sobre el fondo corresponderá en todos los casos al *Tribunal*, que ahora se hace *permanente*. Cambia, en fin, notablemente la composición y la estructura del Tribunal, así como el procedimiento ante el mismo. Me detendré a continuación en estos aspectos.

⁵⁵ O, en su caso, no fallaba simplemente porque no decidía. Se trataba de una “perversión del CEDH” que en la práctica suponía una “denegación de justicia”, en palabras de F. Sudre, *op. cit.*, pp. 500-501.

⁵⁶ En opinión de P. Mahoney, el Convenio de Roma de 1950 era “un documento revolucionario, no por el catálogo de derechos civiles y políticos que contenía, sino porque, citando su Preámbulo, representaba la adopción de ‘los primeros pasos para la garantía colectiva’ de esos derechos: el primer ejemplo de garantía efectiva de los derechos del ser humano frente a su Estado en el Derecho Internacional”, en “The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the European Convention on Human Rights from the Perspective of the European Convention”, *Human Rights Law Journal*, núms. 8-12, 2002, pp. 300-301.

La organización, funcionamiento y competencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) vienen detalladas en el Convenio (arts. 19-51) y en el Reglamento del Tribunal (RTEDH), que él mismo aprueba (art. 26.d CEDH)⁵⁷.

El número de jueces del Tribunal es igual al de las Altas Partes Contratantes (art. 20). En la actualidad cuarenta y cinco Estados han ratificado el Convenio, por lo que el total de jueces es, también, de esa mismo número. El acceso a la condición de juez pasa por el goce de “la más alta consideración moral” y por el cumplimiento de las “condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales” o por “ser jurisconsultos de reconocida competencia” (art. 21.1 CEDH). Los miembros del TEDH “no podrán ejercer ninguna actividad que sea incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad o disponibilidad necesaria”, teniendo en cuenta el novedoso carácter permanente del órgano (art. 21.3 CEDH). Gozarán de los privilegios e inmunidades previstos en el art. 40 del Estatuto del Consejo de Europa (art. 51 CEDH). La elección de los jueces, y aquí otra importante novedad, corresponderá a la Asamblea Parlamentaria, que decidirá por mayoría de votos emitidos tras una audiencia con los candidatos propuestos (en terna ordenada) por cada Estado parte (art. 22 CEDH). Hasta la edad de jubilación, setenta años, los jueces son elegidos por seis años, y son reelegibles (art. 23 CEDH). La separación del cargo solo es posible si por mayoría de dos tercios el propio Tribunal concluye que un juez “ha dejado de reunir las condiciones requeridas para serlo” (art. 24 CEDH). El Tribunal elige a su Presidente y a uno o dos Vicepresidentes por un período de tres años, siendo reelegibles (art. 26.a CEDH; el art. 8.1 RTEDH prevé la existencia de dos Vicepresidentes). Las decisiones del Tribunal se adoptan en sesión secreta (y, en principio, a mano alzada, art. 23.2 RTEDH) por la mayoría de sus miembros y son posibles los votos particulares (art. 45 CEDH); no caben las abstenciones en la decisión final sobre la admisión de un asunto o sobre su fondo (art. 23.2 RTEDH). El Tribunal se encuentra asistido por una Secretaría (art. 25 CEDH).

Este rápido repaso al *status* de los jueces y al funcionamiento del Tribunal acredita la plena garantía de independencia individual y colectiva de la que quiere rodearse el ejercicio de sus funciones y la alta cualificación que se pretende para sus integrantes.

⁵⁷ Sobre el TEDH, muy en particular para todos los aspectos relativos a su organización y funcionamiento, resulta de imprescindible consulta en la literatura española la obra de A. Queralt Jiménez, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, 2003.

El Tribunal se articula en formaciones diversas: Pleno, Gran Sala, Salas y Comités de tres jueces (arts. 26 y 27 CEDH). El Pleno ejerce únicamente tareas “administrativas”, nunca jurisdiccionales. Así, por ejemplo: elige al Presidente y a los Vicepresidentes del Tribunal, a los Presidentes de las Secciones y al Secretario General y a los adjuntos. Así mismo, aprueba el Reglamento.

La Gran Sala se integra por diecisiete jueces y al menos tres jueces suplentes. Son miembros de pleno derecho (salvo supuestos de incompatibilidad) el Presidente y los Vicepresidentes del TEDH y los Presidentes de las Secciones. El resto de miembros varía en función de los asuntos a conocer por la Gran Sala (art. 24 RTEDH). Así, cuando se trata de una “remisión” de un asunto ya decidido por una Sala (art. 43 CEDH), no podrán integrar la Gran Sala los miembros de aquella, excepto su Presidente y el juez del Estado demandado, que formarán parte necesariamente de la Gran Sala. Cuando se trata de un asunto del que la Gran Sala conoce tras haberse inhibido una Sala (art. 30 CEDH), todos los integrantes de esta última se incorporarán a la Gran Sala. En todo caso, el resto de jueces de la Gran Sala hasta el total de diecisiete se decidirán mediante un sorteo que garantice el equilibrio geográfico y la pluralidad de sistemas jurídicos existentes en los Estados parte⁵⁸.

A los efectos de la propia organización interna y de reparto del trabajo, el Tribunal se organiza en Secciones⁵⁹, un mínimo de cuatro, de acuerdo con el Reglamento⁶⁰. La formación de estas Secciones es competencia del Pleno; se renuevan cada tres años y su composición debe “ser equilibrada tanto desde el punto de vista geográfico como de la representación de sexos y ha de tener en cuenta los diferentes sistemas jurídicos que existen en las Partes contratantes” (art. 25.2 RTEDH). Cada Sección elige a su Vicepresidente. El detalle de las características “sociológicas” de las Secciones es de enorme importancia por cuanto desde ellas se integran los Comités de tres jueces y las Salas que se pronunciarán sobre la admisión y el fondo de los casos planteados el Tribunal. Las Salas, formadas por siete jueces, se componen del Presidente de la Sección y del juez del Estado demandado, aunque este último no forme parte de la

⁵⁸ Corresponde siempre a la Gran Sala la competencia consultiva del TEDH (art. 31.b CEDH). La opinión que se solicita del Tribunal en estos casos, siempre por el Comité de Ministros, habrá de tener por objeto “cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos” (art. 47.1 CEDH). No podrán referirse al contenido o la extensión de los derechos garantizados en el Convenio y en sus Protocolos ni a ninguna otra cuestión de la que el Tribunal o el Comité pudiera conocer como consecuencia de la “presentación de un recurso previsto por el Convenio”.

⁵⁹ En puridad estas Secciones son creadas por el art. 25 RTEDH, ya que el Convenio no se refiere expresamente a ellas en ningún momento.

⁶⁰ En el momento presente existen cuatro Secciones.

Sección; los otros cinco jueces se designan por turno rotatorio por el Presidente de la Sección (art. 26 RTEDH). Se prevén los supuestos de designación por los Estados de un juez *ad hoc* para los casos de incompatibilidad decisoria del juez nacional en el asunto de que se trate (art. 29 RTEDH).

Los Comités de tres jueces pertenecientes a la misma Sección se constituyen por orden rotatorio anualmente⁶¹. El número de Comités se decide por el Presidente del Tribunal, tras consultar a los Presidentes de Sección. La presidencia del Comité corresponde al primer juez en el orden de precedencia (art. 27 RTEDH).

Dejando ahora de lado la competencia consultiva del Tribunal (art. 47 CEDH)⁶², describiré a continuación muy brevemente los rasgos fundamentales del procedimiento ante el Tribunal, a cuyos efectos puede consultarse la ficha que figura en la última página de este trabajo. Vaya por delante que el Tribunal decide en toda circunstancia con plenitud de jurisdicción (hechos y Derecho): su competencia, sobre la que sólo él se pronunciará en caso de impugnación, “se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos” (art. 32 CEDH).

Las demandas de un Estado contra otro, de las que solamente se han presentado trece hasta la fecha -ninguna de ellas tras la entrada en vigor del Protocolo XI- son objeto de conocimiento por una Sala, que se pronuncia sobre su admisión a trámite y, en su caso, sobre el fondo. Las demandas individuales, que se plantean por particulares o grupos de particulares, se pasan a la Sección a la que por turno corresponda, dentro de la cual el juez *rapporteur* designado por su Presidente decide someterla a una Sala (supuesto excepcional) o a un Comité de tres jueces (supuesto habitual). Este puede inadmitirla por unanimidad, con decisión no susceptible de recurso alguno o, de no alcanzarse dicha unanimidad, elevar el caso a la Sala, a la que llega acompañado del informe del ponente que contiene un resumen de los hechos, un apunte sobre las

⁶¹ Los Presidentes de Sección no forman parte de estos Comités.

⁶² Esta competencia se ha ejercido por vez primera mediante la decisión de 2 de junio de 2004, con la que la Gran Sala concluyó, en virtud del art. 47.2 CEDH, que “la demande d’avis consultatif ne relève pas de sa compétence consultative”. Se preguntaba al Tribunal Europeo de Derechos Humanos si la Comisión de Derechos Humanos de la Comunidad de Estados Independientes (CEI), instituida por el Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la CEI, entrado en vigor en agosto de 1998, habría de tener la consideración de “instancia internacional” a tenor del art. 35.2.b CEDH. El Tribunal excluyó su competencia para decidir a la luz de cuanto dispone el ya citado art. 47.2 CEDH, que impide un pronunciamiento consultivo sobre cualquier cuestión de la que el propio Tribunal o el Comité de Ministros pudieran llegar a tener que conocer como consecuencia del planteamiento de un recurso previsto por el Convenio.

cuestiones que el caso plantea a la luz del Convenio, una propuesta sobre la admisibilidad y, eventualmente, una opinión provisional sobre el fondo del asunto.

La competencia del Tribunal, y por lo tanto el juicio de admisión, ha de responder a cuatro criterios⁶³. Ha de serlo *ratione personae*, *ratione temporis*, *ratione loci* y *ratione materiae* (véanse los arts. 32-35 CEDH). En virtud del primero de dichos criterios, solo un Estado parte puede ser demandado, y puede serlo por todos los actos y omisiones de sus poderes públicos; el demandante habrá de ser otro Estado signatario del Convenio o una persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares. No caben las demandas anónimas. No se admiten las demandas planteadas por personas jurídicas de Derecho público contra el propio Estado⁶⁴.

El plazo para la presentación de la demanda (*ratione temporis*) es de seis meses tras la decisión nacional que agotó las posibilidades de recurso de acuerdo con el ordenamiento interno⁶⁵. *Ratione loci* la demanda debe referirse a hechos dependientes de la jurisdicción del Estado, lo que significa hechos ocurridos en el territorio nacional o, eventualmente, en territorios a los que el Estado haya extendido, por declaración expresa (art. 56.1 CEDH), la aplicación del Convenio. El TEDH ha admitido también la responsabilidad estatal en virtud de actos resultantes de la actividad de los órganos del Estado que despliegan sus efectos más allá del propio territorio (*Drozd y Janousek*, de 26 de junio de 1992). *Ratione materiae* la demanda ha de venir referida a alguno de los derechos reconocidos en el Convenio (o, en su caso, identificados por vía interpretativa por el propio Tribunal) o sus Protocolos, aunque no se admitirán las demandas que reproduzcan “esencialmente” otras examinadas anteriormente por el TEDH, o que se hayan sometido a alguna otra instancia internacional de arreglo. Se estimarán igualmente inadmisibles todas aquellas demandas individuales incompatibles con las disposiciones del Convenio, manifiestamente mal fundadas o abusivas.

Si la Sala se pronuncia a favor de la admisión, fija los hechos y propone a las partes un arreglo amistoso que de no producirse hace posible la decisión última sobre el fondo.

⁶³ Un completo y útil resumen de la jurisprudencia del TEDH sobre las condiciones de admisibilidad de las demandas puede encontrarse en D. Gomien, *Vade-mecum de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, 2ªed., 1999, pp. 152-157. Véanse, igualmente, AA.VV., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 531-556; F. Sudre, *Droit européen et international...*, pp. 502 y ss.; S. Bartole y otros, *Commentario...*, cit., pp. 535 y ss.

⁶⁴ Véase la decisión de inadmisión en el caso *Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco c. España*, de 3 de febrero de 2004 (demanda núm. 29134/03), en la que, como se sabe, y en sustancia, se recurría ante el TEDH la Ley Orgánica de partidos políticos.

⁶⁵ Sobre el agotamiento de los recursos nacionales puede consultarse la trascendental STEDH *Akdivar*, de 16 de septiembre de 1996.

El art. 39 RTEDH permite a las Salas o, en su caso, a sus Presidentes dictar medidas cautelares en el curso del procedimiento a instancias de alguna de las partes, de cualquier persona interesada o de oficio. Estas medidas suelen venir referidas a supuestos en los que existe un peligro inminente que afecta a los arts. 2 (derecho a la vida) o 3 (prohibición de torturas) del Convenio. El carácter obligatorio de tales medidas, sobre las que el CEDH guarda silencio, resultaba controvertido hasta la STEDH en el caso *Mamatkulov y Abdurasulovic*, de 6 de febrero de 2003, en la que el Tribunal concluye que “todo Estado parte en el Convenio al que se solicita que se indiquen medidas preventivas para evitar que se cause un daño irreparable a la víctima de la violación alegada, debe respetar estas medidas y abstenerse de cualquier acto u omisión que perjudique la integridad y efectividad de la sentencia definitiva”.

Contra la sentencia que dicta una Sala puede recurrirse (o, en el lenguaje del Convenio, solicitarse la remisión) “en casos excepcionales” y en un plazo de tres meses ante la Gran Sala (art. 43.1 CEDH). La admisión de la solicitud de remisión compete a un Comité de cinco jueces. De acuerdo con el art. 43.2 CEDH el recurso sólo se admitirá “si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general”.

Algunos datos resultantes de la Memoria del TEDH correspondiente al año 2003 pueden servir para aclarar el funcionamiento del procedimiento hasta aquí muy someramente descrito. Se pronunciaron un total de 548 sentencias, de las que 11 lo fueron por la Gran Sala. Se dictaron 128 decisiones que formalizaron arreglos amistosos a los que habían llegado las partes y se emanaron 27 decisiones de archivo por distintas razones (art. 37 CEDH). A lo largo de dicho año se declararon admisibles 612 demandas, y 16724 inadmisibles; 451 fueron archivadas en trámite de admisión. El número total (provisional) de demandas planteadas fue de 35613.

Estas cifras evidencian la sobrecarga de trabajo en un Tribunal para 45 Estados y más de 800 millones de personas. Los retrasos en las decisiones resultan ya preocupantes, máxime si se tiene en cuenta que el TEDH condena repetidamente a los Estados parte precisamente por vulneración del derecho a un proceso en plazo razonable (art. 6.1 CEDH). Poco puede extrañar que, tras un largo período de debate y reflexión, y con el propósito de remediar esta situación, se haya elaborado el Protocolo XIV, abierto a la firma tras su adopción por el Comité de Ministros en fecha 12 de mayo de 2004.

La novedad más relevante de dicho Protocolo, que entrará en vigor tras su firma por todos los Estados, consiste en la previsión de una nueva “formación” del Tribunal, junto

con los Comités de tres jueces, las Salas de siete jueces y la Gran Sala: el Tribunal unipersonal, integrado por un solo juez, al que se reconoce competencia para decidir, sin posible recurso, sobre la admisibilidad de las demandas individuales. Además, y sin entrar ahora en otros detalles (como el nuevo período de mandato de los integrantes del Tribunal), los Comités de tres jueces podrán pronunciarse sobre el fondo de los asuntos declarados admisibles por el Tribunal unipersonal, y por el propio Comité (que por unanimidad puede inadmitirlos), siempre que la cuestión suscitada por el caso sea ya objeto de jurisprudencia consolidada del TEDH (nuevo art. 28.1.b). Como aspecto relevante del Protocolo XIV, aunque fuera ya de aspectos procedimentales, ha de notarse que el nuevo art. 59 CEDH hace posible la incorporación de la Unión Europea al Convenio.

5. Los efectos de las Sentencias

Aludiré en este apartado a tres aspectos relativos a las sentencias del TEDH: la autoridad de cosa juzgada; su efecto de cosa interpretada y la reparación de la vulneración declarada por el TEDH⁶⁶.

La cosa juzgada resulta de la interpretación sistemática de los arts. 42 y 44 CEDH. En virtud de la primera de estas disposiciones las sentencias de las Salas “serán definitivas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 44, párrafo 2”, es decir, salvo que se remita el asunto a la Gran Sala, de acuerdo con cuanto se ha dejado escrito más arriba. La sentencia de la Gran Sala, de producirse, “será definitiva” (art. 44.1 CEDH). El carácter definitivo de la sentencia, dictada por la Sala o la Gran Sala, no impide una eventual solicitud de interpretación o aclaración (art. 79 RTEDH) o de revisión (“hecho nuevo”, art. 80 RTEDH), posibilidades ambas entendidas muy restrictivamente por el propio Tribunal. Las sentencias poseen “fuerza obligatoria”, en virtud de la cual los Estados “se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes” (art. 46 CEDH).

Ahora bien, aquella condición obligatoria no convierte a los pronunciamientos estrasburgueses en títulos ejecutivos. Así, en una interpretación obligada por el propio tenor del Convenio, puede leerse en el caso *Marckx*, de 13 de junio de 1979, que las sentencias del Tribunal tienen carácter declarativo (“*pour l’essentiel*”) y en alguna otra

⁶⁶ Más de un ochenta por ciento de las decisiones sobre el fondo del TEDH (Salas y Gran Sala), son de condena al Estado demandado.

ocasión se ha reconocido que no pueden anular o revisar disposiciones o decisiones adoptadas por las autoridades nacionales (*Pakelli*, de 25 de abril de 1983; *Hauschildt*, de 24 de mayo de 1989; *Brozicek*, de 19 de diciembre de 1989). La fuerza obligatoria de la sentencia impone a los Estados, *ex art. 46 CEDH*, una “obligación de resultado”⁶⁷, constante la libre elección de los medios a utilizar para poner término a la vulneración del derecho establecida por el Tribunal (*Vermeire*, de 29 de noviembre de 1991; aunque en alguna ocasión el TEDH ha explicitado a título de ejemplo algunos de tales medios, así, en *Zimmerman y Steiner*, de 13 de julio de 1983).

En los términos del Tribunal de Estrasburgo en el caso *Papamichalopoulos*, de 31 de octubre de 1995, una decisión que “constate la existencia de una violación implica para el Estado demandado la obligación jurídica, a la luz del Convenio, de poner término a dicha violación y de hacer desaparecer sus consecuencias restableciendo, en la medida de lo posible, la situación anterior a aquélla. Los Estados parte en un asunto son en principio libres de elegir los medios que emplearán para someterse a una decisión que constate una violación. [...]. Si la naturaleza de la violación permite una *restitutio in integrum*, corresponde al Estado demandado su realización, por cuanto el Tribunal no tiene ni la competencia ni la posibilidad práctica de llevarla a cabo por sí mismo. Si, por el contrario, el Derecho nacional no permite o sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de la violación, el artículo 50 [hoy, art. 41 CEDH] habilita al Tribunal para conceder a la parte perjudicada, si así procede, la satisfacción que le parezca apropiada”.

Las medidas nacionales en las que puede concretarse la reparación pueden ser de muy diverso tipo e intensidad (individuales y generales): así, por ejemplo, el cese de una violación constante en el momento de dictarse la sentencia del TEDH; la plena reparación o *restitutio in integrum*; la reforma de la legislación nacional o de prácticas administrativas que hacen posible la vulneración del derecho. Algunos Estados hacen posible la revisión (“reapertura o reexamen”), en ciertos supuestos, de casos decididos por los Tribunales nacionales cuyas sentencias han sido declaradas incompatibles con el Convenio por el TEDH⁶⁸. Esta expresión de plena reintegración ha sido sugerida recientemente por el Comité de Ministros en la Recomendación R (2000) 2, de 19 de enero de 2000.

⁶⁷ J. Polakiewicz, “The Execution of Judgements of the European Court on Human Rights”, en R. Blackburn y J. Polakiewicz (eds.), *Fundamental Rights in Europe*, *cit.*, p. 57.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 66-71.

El Comité de Ministros “velará por la ejecución” (art. 46.2 CEDH) de la sentencia definitiva. A tenor del Reglamento aprobado por el propio Comité a estos efectos, el control del cumplimiento de la sentencia se manifiesta mediante una “invitación” al Estado condenado para que informe de las medidas adoptadas tras la condena; si el Estado se niega a responder el Comité insistirá periódicamente (en el orden del día de su reunión semestral) en su solicitud⁶⁹. Con las informaciones proporcionadas por el Estado el Comité de Ministros adopta una resolución mediante la que “constata” que ha cumplido las funciones que le confiere el precitado art. 46.2 CEDH.

El segundo de los efectos de las sentencias del TEDH se conoce doctrinalmente como “cosa interpretada”, y no sería sino la vinculación de todos los Estados parte del Convenio a la jurisprudencia elaborada por el Tribunal al interpretar sus disposiciones. La razón para este efecto, que el TEDH nunca ha explicitado formalmente, se encontraría en el art. 32 CEDH, que define la competencia del Tribunal afirmando que “se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos”. El Tribunal ha notado que sus sentencias sirven “no solo para decidir los casos de los que conoce, sino en sentido más amplio para clarificar, salvaguardar y desarrollar las normas del Convenio, y para contribuir de este modo al respeto por los Estados de los compromisos que asumieron en su calidad de partes contratantes” (*Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978).

Por esta vía interpretativa, de auténtico rellenado del Convenio, su texto se ha adaptado a la evolución de la realidad europea en los más de cincuenta años transcurridos desde su firma. El TEDH tiene ya establecido que “el principio según el cual el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales, está sólidamente anclado en la jurisprudencia del Tribunal” (*Mamatkulov y Abdurasulovic*, de 6 de febrero de 2003). Se explica así que el Tribunal de Estrasburgo pueda desvincularse de su propia jurisprudencia: “Aunque el Tribunal no está formalmente obligado a seguir sus sentencias anteriores, es preferible, en interés de la seguridad jurídica y de la previsibilidad, que no se aparte, sin un motivo válido, de sus propios precedentes [...]. Sin embargo, es de crucial importancia que el Convenio se interprete y aplique de forma que sus garantías sean concretas y efectivas y no teóricas e ilusorias. Si el Tribunal no mantuviera un enfoque dinámico y evolutivo, dicha actitud podría obstaculizar cualquier reforma o mejora” (*idem*). Comportándose de este modo el

⁶⁹ En hipótesis teórica la negativa *sine die* podría provocar una suspensión del derecho de representación del Estado decidida por el Comité de Ministros (art. 8 del Estatuto de Europa).

TEDH parece aproximarse mucho más a un Tribunal Constitucional de cuanto pueda estarlo a otro de carácter Internacional. La singularidad del Convenio, en cuanto instrumento de garantía colectiva de los derechos y libertades “destinado a proteger y promover los ideales y valores de una sociedad democrática” (*Soering*, de 7 de julio de 1989), facilita el paralelismo apuntado: no en vano el propio Tribunal se ha referido al CEDH como “instrumento constitucional del orden público europeo” de los derechos fundamentales (*Loizidou*, de 23 de marzo de 1995).

Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH, su interpretación de los derechos presentes en el Convenio, se proyecta sobre los Estados, sobre sus órganos jurisdiccionales, en la medida en que éstos asumen, sin aludir en ningún momento al efecto de cosa interpretada, los contenidos y los límites que para aquellos derechos resultan del *case-law* del Tribunal de Estrasburgo. Y este fenómeno se produce en la mayoría de los Estados parte en ausencia de todo mandato constitucional en ese sentido (un mandato presente en muy pocos de ellos: España, Portugal y Rumania, con fórmulas diversas), y se produce, también, con independencia de cuál sea la posición que en el sistema interno de las fuentes del Derecho ocupa el Convenio de Roma de 1950⁷⁰. Así las cosas, la impregnación de los ordenamientos nacionales por la jurisprudencia estrasburguesa más parece obedecer a una opción compartida (aunque no formalizada) de política judicial y, más general, también de política legislativa, que considera a aquella jurisprudencia como el referente común en materia de derechos fundamentales en el espacio europeo.

Una buena expresión de la referida influencia, ahora al más alto nivel, resulta de la encuesta llevada a cabo con motivo de la XII Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos, celebrada en Bruselas los días 14-16 de mayo de 2002⁷¹, en la que una amplia mayoría de aquellos Tribunales reconoce “la influencia preponderante de la jurisprudencia” del TEDH cuando se trata de determinar el contenido de los derechos fundamentales garantizados por el Derecho nacional y las posibilidades de limitación de los mismos⁷². Más aún, en la práctica el Tribunal Europeo se ha convertido en una suerte de juez de la convencionalidad de la actuación de los propios

⁷⁰ Sobre el particular, por todos, L. Montanari, *I diritti dell'uomo nell'area europea tra fonti internazionali e fonti interne*, Turín, 2002, pp. 45-195, y J. Polakiewicz, “The Status of the Convention in National Law”, en R. Blackburn y J. Polakiewicz, *Fundamental Rights in Europe*, cit., pp. 31-53.

⁷¹ Conferencia de *Tribunales Constitucionales* a la que, por cierto, también asisten el TEDH y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

⁷² A. Alen y M. Melchior, “Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence en cette matière, de l'action des juridictions européennes”, *RUDH*, núms. 9-12, 2002, p. 356.

Tribunales Constitucionales (o Supremos, cuando actúan en esta veste) por cuanto las condenas a los Estados significan una cierta desautorización a dichos Tribunales, que fueron las últimas sedes nacionales en conocer y no remediar -cuando no en protagonizar directamente, por ejemplo en materia de dilaciones indebidas-, la vulneración alegada del derecho fundamental.

La proyección de los efectos interpretativos hasta aquí apuntada se reproduce en el ámbito del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (también conocido como Tribunal de Luxemburgo), última autoridad judicial en la interpretación del Derecho Comunitario y de la Unión Europea. Ya se sabe que la histórica ausencia de un catálogo comunitario de derechos fundamentales (que sólo se remediará con la entrada en vigor del Tratado que instituye una Constitución para Europa, cuya Parte II incorpora la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión) ha sido parcialmente reparada, a mi juicio de modo magistral, por el pretor luxemburgués, que ha procedido a una incorporación paulatina y continuada de aquellos derechos concebidos como “principios generales del Derecho Comunitario”, en lo que ha sido definido por Weiler como “ejercicio de ‘construcción de Constitución’ (*Constitution-building*)”⁷³. Para la identificación de tales “principios” el Tribunal de Justicia se ha servido de una doble fuente de elaboración propia y ajena a todo control: las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros (primera referencia en el caso *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970) y los tratados internacionales en materia de derechos humanos (aludidos inicialmente en la sentencia *Nold*, de 14 de mayo de 1974), entre los que posee una particular relevancia el Convenio Europeo (citado expresamente desde el caso *Rutili*, de 28 de octubre de 1975). Esta doble fuente se explicitaría a nivel normativo en 1992, en el art. F.2 del Tratado de la Unión Europea, hoy art. 6.2 del mismo Tratado⁷⁴.

Interesa además recordar en este momento que el Tribunal de Luxemburgo ha evolucionado en su seguimiento de la doctrina estrasburguesa al pasar de la pura referencia al Convenio a la cita expresa de la disposición que en éste proclama el derecho litigioso, para concluir, desde la segunda mitad de los años noventa del pasado siglo, con la mención de jurisprudencia del TEDH y, en su caso, la descripción de los contenidos de ésta por referencia al derecho o libertad discutido. Este estado de cosas,

⁷³ *Europa, fin de siglo*, Madrid, 1995, p. 32.

⁷⁴ Véase, C. Picheral, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, París, 2001, *passim*.

en el que parece asumirse que el más cualificado intérprete de los derechos fundamentales es el Tribunal de Estrasburgo, que proyecta su doctrina en sede nacional y también en la Unión Europea, parece consagrarse en gran medida en el Proyecto de Tratado constitucional recientemente aprobado por el Consejo Europeo (Bruselas, 18 de junio de 2004); en el Preámbulo de su Parte II y en los arts. 52 y 53 de esa misma Parte.

Esta tendencial sintonía entre el TEDH, el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales nacionales, a partir de los criterios interpretativos definidos por el primero de ellos, no está exenta de episodios de conflicto o enfrentamiento, que por definición podrán existir siempre que los tres polos de la relación actúen sobre idéntico ámbito material. En todo caso, la probabilidad de tales divergencias parece disminuir con el paso del tiempo y, a la postre, el hecho de que tales conflictos puedan producirse no supone sino un fuerte incentivo para el diálogo permanente mediante sus sentencias entre aquellos Tribunales. Quizá la mejor fórmula para definir esta situación pueda concretarse en el aforismo “*separated Courts, sharing powers*”⁷⁵, en unos momentos en los que en términos formales no parece haber una instancia última, suprema en el sentido fuerte de la expresión, cuya autoridad resulte (jurídicamente) indubitada e indiscutida en el terreno de los derechos fundamentales en Europa. Aunque bien podría concluirse que la ausencia de *soberano* en esta materia no tiene porque resultar perjudicial para los ciudadanos europeos; o, más aún, quizá deba afirmarse que esa falta de supremo intérprete resulta beneficiosa para los titulares de los derechos... siquiera sea porque los conceptos de soberano y de derechos fundamentales son en sí mismos contradictorios.

Queda, ya para finalizar, la referencia al tercero de los efectos de las sentencias del TEDH, es decir, la reparación pecuniaria de carácter subsidiario, que sólo deberá concederse por el Tribunal si el Derecho interno del Estado demandado no hace posible la reparación del derecho violado (o la reparación es en sí misma imposible), o solo la hace posible de manera imperfecta (art. 41 CEDH). La obligación del Estado condenado es, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, ya se sabe, la *restitutio in integrum*; cuando ésta no pueda llevarse a cabo el Tribunal podrá fijar la “satisfacción equitativa”. Esto significa que el TEDH debe verificar si el Derecho nacional en juego consiente la completa reparación de la vulneración por él declarada.

⁷⁵ Se trata, con todos los matices necesarios, de una traslación de “*separated institutions, sharing powers*”, términos con los que en ocasiones se ha definido el sistema político estadounidense.

El otorgamiento de la reparación es sometido por el Tribunal a una triple condición: el perjuicio debe ser personal, directo (estricta relación de causalidad entre la violación del derecho y el daño alegado) y cierto (como daño material o moral).

La satisfacción equitativa puede revestir diversas modalidades⁷⁶. En ocasiones el TEDH entiende que la constatación de la violación es en sí misma una satisfacción equitativa, aunque lo más habitual es que la indemnización comprenda tanto los daños sufridos, que el Tribunal fija “en equidad” de manera global y por lo tanto con un amplísimo margen de discrecionalidad, como la restitución de los gastos ocasionados por el pleito en Estrasburgo⁷⁷. Desde 1991 se establece por el TEDH un período de tres meses para que el Estado haga efectivo el pago de la satisfacción equitativa, acompañándose dicho plazo de la definición de los intereses de demora (de acuerdo con el interés legal del dinero en el país o el fijado por el Banco Central Europeo, incrementado en algún punto) para el supuesto de que se supere el mismo. En principio, y con carácter general, es posible afirmar que el monto de las indemnizaciones otorgadas por el TEDH suele ser escaso y no tener una relación directa con la entidad del derecho fundamental violado; en efecto, sorprende que en alguna ocasión el Tribunal haya sido mucho más generoso en materia de derecho de propiedad que, por ejemplo, en el ámbito del derecho a no padecer torturas. La indemnización otorgada es inembargable, o mejor, en palabras del Tribunal, “debería ser inembargable” (*Selmouni*, de 28 de julio de 1999).

Aunque el TEDH tiende a fijar el monto de la indemnización en la misma sentencia en la que se declara la violación del derecho, en ocasiones -cada vez menos- lo hace en una segunda decisión si el demandante y el Estado condenado no alcanzan un acuerdo que puede sugerirse en el fallo de la primera sentencia. Así, por ejemplo, en el muy reciente caso *Von Hannover* (de 24 de junio de 2004)⁷⁸, en el que tras declarar la vulneración del art. 8 CEDH, se excluye momentáneamente la aplicación del art. 41 CEDH, se invita a las partes a dirigir por escrito al Tribunal en un plazo determinado sus observaciones sobre este aspecto “y, en particular, a informarle de todo acuerdo al

⁷⁶ Sobre el particular, F. Sudre, *Droit européen et..., cit.*, pp. 561-565; J.-F. Renucci, *op. cit.*, pp. 629 y ss.; AA.VV., *Les grands arrêts..., cit.*, pp. 568 y ss.

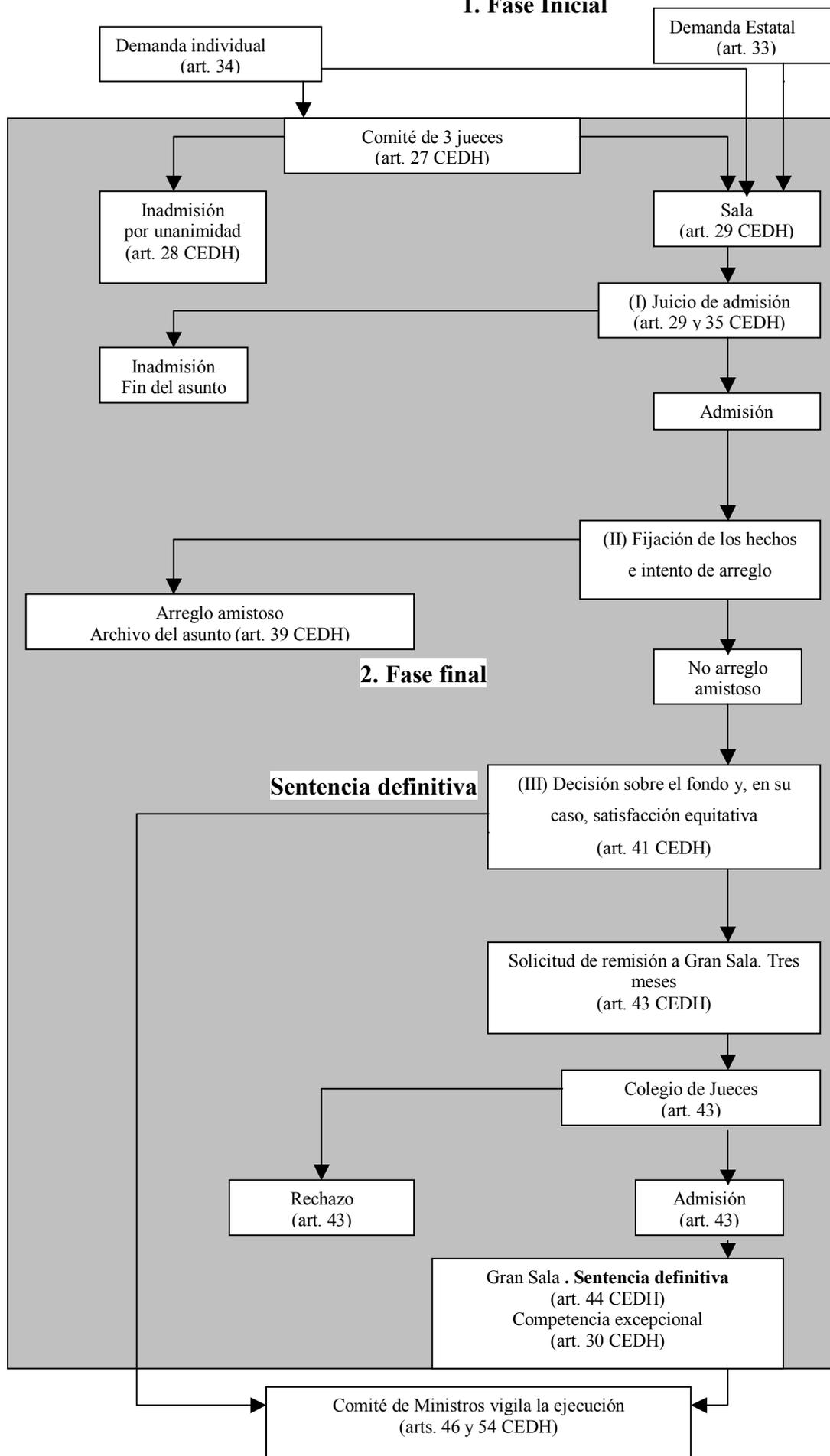
⁷⁷ En los últimos tiempos el Tribunal establece también en ciertas circunstancias la restitución de los gastos ocasionados por el litigio en sede nacional.

⁷⁸ La demandante, la Princesa Carolina de Mónaco, solicitaba una indemnización de 50.000 euros por daños morales y el reembolso de otros más de 142.000 de gastos ocasionados a resultas de distintos pleitos celebrados ante los Tribunales alemanes.

que hayan podido llegar”, y se reserva el procedimiento ulterior delegando en el Presidente de la Sala su convocatoria “si fuera necesario”.

Esquema del Procedimiento ante el TEDH tras la entrada en vigor del Protocolo XI *

1. Fase Inicial



2. Fase final

Sentencia definitiva