

“ El sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos como factor de integración en Europa ”

Por Susana Sanz Caballero

Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario
Universidad CEU-Cardenal Herrera, Valencia



Introducción

Ya no es cierto que el Derecho Internacional sólo regule las relaciones entre Estados soberanos, que sólo éstos tengan derechos y obligaciones en este ordenamiento y que por tanto sean el único sujeto de Derecho Internacional, como decía Anzilotti en 1935¹. La complejidad de la sociedad internacional es cada vez mayor y se ha reconocido la personalidad jurídica internacional de las organizaciones internacionales como entidades con vocación de permanencia, de carácter universal o regional, en las que los Estados cooperan.

Además, desde el final de la Segunda Guerra Mundial se ha ido aceptando que, aunque los seres humanos no son sujetos consagrados del Derecho Internacional, sí tienen ciertos derechos y obligaciones en el marco de este ordenamiento jurídico. La principal razón de este cambio de mentalidad se debió al Holocausto. Millones de personas fueron desplazadas, esclavizadas y exterminadas con la excusa de que en el derecho alemán de la época esos comportamientos no estaban penados y que cada Estado podía hacer lo que quisiera con sus propios nacionales (algunos, incluso, con los de otros). Esas atrocidades hicieron comprender a los Estados que debían dotarse de normas internacionales que estuvieran por encima de las leyes nacionales y que aseguraran los derechos humanos básicos de la persona. De este modo, los derechos humanos pasaron a ser un interés y una preocupación internacional².

Uno de los hitos del comienzo de la protección de los derechos humanos fue la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Aunque surgió como resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, muchos tratados internacionales de derechos humanos han sido concluidos posteriormente sobre su base. Hoy día la Declaración tiene cierto grado de oponibilidad porque parte de su contenido se ha convertido en norma consuetudinaria.

El primero de los tratados que siguió a la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos fue un convenio regional, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950, que fue redactado en el seno del Consejo de Europa. De la simple lectura del preámbulo del CEDH se desprende que la voluntad de los Estados miembros de la organización en cuyo seno se hizo este convenio era crear, poco después de la Declaración, un sistema regional de protección de los derechos humanos. En el CEDH no sólo se reconocen derechos, como ocurre con la Declaración Universal, sino que también se crea un sistema de garantía colectiva y de efectividad real de ciertos derechos. El objetivo que se quería conseguir era la integración europea a través de la garantía de unos mismos derechos para todos.

1. Anzilotti, D.: *Corso di Diritto Internazionale*, 1935, CEDAM, Roma, *passim*.

2. Cohen-Jonathan, G. y Flauss, J.-F.: *Droit International, droits de l'homme et juridictions internationales*, 2004, Bruylant, Bruselas.

Pero el mecanismo de protección de los derechos humanos creado en el seno del Consejo de Europa no es el único disponible en continente europeo. Hoy en territorio europeo se superponen parcialmente varios mecanismos de protección vinculados a otras organizaciones internacionales como la UE, la OSCE y la CEI, lo cual nos demuestra la importancia que se otorga a la garantía del respeto de los derechos humanos en Europa. De entre todos estos otros sistemas, destaca singularmente el sistema de protección que ha surgido, de manera un poco utilitarista, en la UE.

El contexto histórico de creación del Consejo de Europa

Para entender por qué tras la Segunda Guerra Mundial Europa se convierte en uno de los escenarios principales en el proceso de internacionalización de los derechos humanos hay que recordar las condiciones que vivía el continente europeo en aquel tiempo. Europa había sido el principal escenario de las batallas, estaba destruida y desolada. La sociedad europea hace examen de conciencia, entona el mea culpa (*plus jamais, never again*) y saca dos consecuencias de cara al futuro: 1) la necesidad de que los Estados europeos cooperen en el seno de instituciones internacionales, a fin de -a través del conocimiento mutuo- evitar nuevos eventuales enfrentamientos. 2. La necesidad de garantizar a toda costa unos valores comunes, estableciendo un sistema de protección de los derechos humanos como antídoto frente a futuras violaciones de los derechos de la persona.

El final de la Segunda Guerra Mundial es el período más proclive que ha existido a la creación de todo tipo de instituciones, asociaciones y organizaciones internacionales de corte europeo. Se piensa en contener la soberanía tradicional de los Estados, en dar protagonismo a la cooperación institucionalizada. Los países occidentales habían experimentado las funestas consecuencias de la implantación de regímenes dictatoriales en Italia y Alemania. De ahí la necesidad de instaurar una cooperación que impidiese la instalación de nuevas dictaduras.

Pero el Consejo de Europa, igual que las CCEE/UE, también debe su creación a las tensiones de la Guerra Fría y no sólo al recuerdo de la Segunda Guerra Mundial. La URSS había sido aliada durante Segunda Guerra Mundial pero pronto se ven sus afanes expansionistas. Poco a poco se va haciendo con el control de los Estados de Europa del Este con invasiones, colocación de gobiernos afines y aplastamiento de movimientos libertarios. La Europa occidental creó instituciones internacionales también como modo de protección frente al peligro expansionista soviético. El Consejo de Europa y luego las CCEE fueron desde un principio organizaciones que promovieron los ideales liberales, como el estado de derecho, la democracia o las libertades individuales de la persona. Por eso Paul-Henri Spaak, político belga y uno de los padres de la Europa unida, dijo que Stalin era quien más había hecho por la idea de una Europa occidental unida. El temor al expansionismo habría unido a los Estados de la Europa occidental.

El Congreso de la Haya de 1948

En este período de efervescencia europeísta, una de las iniciativas que más consecuencias trajo para el futuro de Europa fue la convocatoria en 1948 de una conferencia a la que acudieron casi 800 personalidades europeas, muy diferentes entre sí (había políticos, sacerdotes, profesores, sindicalistas, empresarios...) pero que tenían en común su convencimiento de que había que crear algún tipo de organización europea en la que todos los Estados de los que ellos provenían (19 en total) participaran. Esta conferencia fue denominada el Congreso de La Haya del Movimiento Europeo. En común tenían la bandera de los principios liberal-democráticos en una época en la que se empezaba a percibir la atmósfera de Guerra Fría y la extensión del comunismo. Sin embargo, en el seno del Congreso de La Haya pronto se manifestaron dos tendencias. Una, la liderada por los británicos, consideraba que había que crear una organización internacional de cooperación intergubernamental, una estructura de colaboración estatal que no afectase a la soberanía de los Estados europeos. Y otra tendencia federalista, que reflejaba otra forma de entender Europa, según la cual habría que crear una entidad supranacional en la que los Estados cediesen soberanía. Las dos tendencias expuestas en el Congreso de La Haya tuvieron éxito puesto que al año siguiente de dicha reunión se creó el Consejo de Europa (con lo que parece que en un principio triunfaron las ideas menos federalistas) pero en 1951 surgió la primera Comunidad Europea, la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, demostrando que las ideas federalistas tampoco habían sido abandonadas.

En el Congreso de La Haya se redactó el célebre "Mensaje a los europeos", una suerte de resolución final del congreso, en el que se dan dos indicaciones: 1. la necesidad de redactar una carta de derechos humanos y 2, el establecimiento de un tribunal que vele por su cumplimiento.

El Consejo de Europa y las CCEE, dos fórmulas diferentes para promover la integración europea

El Conde Coudenhove-Kalergi, austriaco del período de entreguerras que creó la asociación Panaeuropa, dijo que una Europa dividida lleva la guerra y la opresión, mientras que una Europa unida lleva a la paz y la democracia. El Consejo de Europa y la UE son producto de unas mismas ideas y unas mismas ambiciones. Los tratados constitutivos del Consejo de Europa (el Estatuto de Londres de 1949) y los de las CCEE/UE (el Tratado de París de 1951 y los de Roma de 1957, más el Tratado de Maastricht de 1992 creador de la UE) expresan la intención de crear una "unión más estrecha" entre sus respectivos Estados miembros, esto es, el objetivo de ambas es la integración europea. Sin embargo, su filosofía para alcanzar este objetivo difiere. Un dato importante consiste en que todos los Estados miembros de la UE lo son a su vez del Consejo de Europa de modo que las actividades del Consejo de Europa pueden afectar a todos los Estados de la UE.

La integración a través de los derechos humanos: el Estatuto de Londres de 1949

En Europa, el Consejo de Europa es la organización humanista por autonomasia. La creación de la misma está en íntima relación con la defensa de los valores de la democracia, el Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos. Representa la Europa de la "seguridad democrática". Todo Estado que desee ser miembro del Consejo de Europa debe adherirse a los valores que se expresan en el artículo 3 del Estatuto: ser Estados de derecho y respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales. Es su imperativo ideológico. Por eso tradicionalmente se le conoce como el club de las democracias. El artículo 3 no habla de democracia pero, parece que será difícil proteger los derechos humanos si no hay un Estado de Derecho, elecciones libres, separación de poderes, jueces imparciales, reserva de ley y garantía del principio de legalidad, es decir, todo lo que defiende la democracia, que va ligado a la defensa de los derechos humanos. Por eso, el Consejo de Europa ha sido el instrumento más importante de democratización del continente.

Desde los 10 Estados miembros iniciales del Consejo de Europa, se ha pasado a 47. Es una Gran Europa, formada por 800 millones de personas. En 1989 parecía que no podría crecer más. Sus miembros eran 22 tras la entrada de Finlandia. Nadie tenía una bola de cristal para saber que caería el muro de Berlín y que los Estados -otrora enemigos- del telón de acero pedirían su admisión en el Consejo de Europa como primer paso para reconciliarse con el resto de Europa y demostrar su adhesión a los valores democráticos.

El Estatuto del Consejo de Europa, concluido en 1949 en Londres, lo deja bien claro: para ser miembro de la organización hay que ser un Estado de Derecho y respetar los derechos humanos. Y también esto se deja ver en los artículos 8 a 11 del CEDH, esto es, en el seno del primer tratado de esta Organización. Dichas disposiciones establecen la cláusula de las medidas que son necesarias en una sociedad democrática, lo cual nos abre la vía a la aplicación del principio de proporcionalidad, esto es, las medidas de limitación de derechos que son necesarias y proporcionales en democracia.

En los noventa, todos los Estados del otro lado del telón de acero tuvieron que hacer grandes cambios legislativos y estructurales a fin de poder ser admitidos como miembros de la Organización. Previamente algo parecido tuvieron que hacer los países de la Europa del Sur, tras sus dictaduras militares. Y la falta de libertades y la ausencia de democracia están en la base de la no admisión de Bielorrusia.

El artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa deja abierta la puerta a que la organización pueda suspender de derechos e incluso, como ultima ratio, expulsar al Estado que, siendo ya miembro, deje de cumplir los compromisos que adquiere en relación con el artículo 3. Lo primero sí se ha hecho, lo segundo no. Se ha suspendido de derechos a

Turquía (1981), Malta (1982), Chipre (1986) y Rusia por la guerra en Chechenia (2000) aunque no del modo previsto en el Estatuto. Habrá que considerar si tras la anexión de la península de Crimea, Rusia debería ser suspendida de nuevo de sus derechos en el seno de la organización. Por su parte, el artículo 58.3 del CEDH establece que si un Estado decide retirarse del Consejo de Europa dejará de ser parte del CEDH porque demostrará su falta de compromiso con el imperativo ideológico de la Organización. Esto es algo también a tener en cuenta a la vista de la reciente amenaza británica de denunciar el CEDH.

Esta es la fórmula de integración europea que promueve el Consejo de Europa desde 1949: la integración a través de los derechos humanos.

La protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa

El Estatuto de Consejo de Europa prevé en su artículo 1 una organización con fines cuasi-generales, en la que sus Estados miembros colaborarán en diversidad de materias. Pero lo cierto es que la tarea por la que es más conocido es la de la protección de los derechos humanos. Si la Organización es de 1949, al año siguiente, en 1950, ya había auspiciado el convenio más emblemático que existe en Europa, y casi en el mundo, de protección de los derechos humanos, un dispositivo sin equivalentes, uno de los pilares de nuestra sociedad democrática, un convenio cuya ratificación se convierte hoy día en condición sine qua non para el Estado que quiera ser miembro del Consejo de Europa. El Estado candidato no sólo debe ratificar el Estatuto del Consejo de Europa para ser miembro, sino que también debe ratificar el CEDH. Con ello los Estados aceptan una suerte de intervención del Consejo de Europa a este respecto por parte de la Organización desde el momento de su adhesión. El "producto" más conocido e importante del Consejo de Europa en materia de derechos fundamentales es sin duda el CEDH. Pero conviene tener en cuenta que la labor del Consejo de Europa en materia de derechos humanos no se agota con este tratado. En 1961 se concluyó la Carta Social Europea y, a día de hoy, el número de tratados auspiciados por la Organización en materia de derechos humanos asciende a 35.

El CEDH

El CEDH se hizo para proteger a nivel europeo un mínimo de derechos que no eran nuevos sino que ya se reconocían en el derecho interno de los Estados creadores del Consejo de Europa y en la propia Declaración Universal. Lo que se quería era, aparte de declarar una serie de derechos (en concreto, de carácter civil y político, esto es, libertades individuales) crear un mecanismo internacional de control efectivo de los mismos. El CEDH fue adoptado en Roma en 1950 y entró en vigor en 1953.

Desde sus inicios hasta la actualidad, el CEDH ha pasado por diversas situaciones. Lo más destacable del momento

actual es el crecimiento exponencial del número de demandas presentadas ante el órgano de aplicación del Convenio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y el consecuente incremento del número de sentencias emitidas por éste. En la década actual, el sistema ha estado a punto de morir de éxito con casi 120000 demandas que esperaban ser admitidas en enero de 2010 ante el TEDH, un sistema que no da a basto y una situación de impasse que, aunque ya se ha solucionado parcialmente, ha provocado un cuello de botella en el trabajo del TEDH. La más reciente situación de impasse fue producida por Rusia, que durante años decidió no ratificar el Protocolo 14 al CEDH de 2004. Este Protocolo era una medida ideada para sacar al TEDH del colapso al que se ve sometido pero requería de la ratificación de todos los Estados parte del CEDH para entrar en vigor. El boicot de uno bloqueaba a todos. En mayo de 2009 se optó por crear un nuevo Protocolo, el Protocolo 14 bis. La misión de este protocolo "bis" era paliar en la medida de lo posible los efectos adversos de la no entrada en vigor del Protocolo 14 e infundir mayor rapidez y eficacia al sistema del CEDH en tanto entraba en vigor el Protocolo 14. Y es que los datos asustaban y asustan: en 1999 se emitieron 177 sentencias; en 2009 ya fueron 2395. En casi 40 años, de 1959 a 1998, el TEDH emitió 837 sentencias. En cambio, en 6 años, de 1999 a 2005, emitió 5129 sentencias, lo cual da cuenta de la presión de trabajo a la que se ve sometida el TEDH.

En febrero de 2010, justo antes de la conferencia internacional que organizó el Consejo de Europa en la ciudad suiza de Interlaken para hablar sobre el futuro del TEDH, Rusia ratificó el Protocolo 14. El Protocolo 14 entró en vigor el 1 de junio de ese año. Por tanto, el Protocolo 14 bis ya es historia, como también lo es el Protocolo 11, que en 1998 reformó el sistema de control. Todos los procedimientos en marcha ante el TEDH han pasado a ser regulados y finalizados a través del procedimiento que establece el Protocolo 14 respecto de todos los 47 Estados partes (según lo establecido por el artículo 20 del Protocolo 14).

La elaboración del CEDH y sus caracteres generales. Los Protocolos adicionales

El CEDH pudo estar listo en 1950, sólo un año después de la creación de la Organización, gracias a que su texto empezó a ser redactado en el seno del Congreso de La Haya del Movimiento Europeo de 1948. El convenio acabó de ser redactado en el seno de la Organización, una vez se hubo creado ésta en 1949. Por tanto, su elaboración se encuadra dentro del proceso institucional para la unificación europea, en el intento de dotar a Europa de una carta común de derechos que resumiese los valores políticos y culturales de las democracias occidentales.

Pierre-Henri Teitgen fue uno de los redactores del CEDH. Francés, miembro de la resistencia, prisionero de guerra, diputado y varias veces ministro, en el Informe Teitgen -que fue discutido en la Asamblea Consultiva del

Consejo de Europa los días 7 y 8 de septiembre de 1949³- planteó la posibilidad de que el CEDH incluyera también derechos sociales y económicos pero tuvo que descartar finalmente esa opción en el mismo documento porque era un "máximo deseable imposible de realizar en el presente". La realización de los derechos socio-económicos tiene siempre un coste financiero, imposible de asumir en la Europa de la posguerra. Por eso Teitgen indicó que habría que posponer la protección de los derechos colectivos hasta que se hubiese logrado una mayor coordinación de las economías europeas (cosa que ocurrió en 1961, con la conclusión de la Carta Social Europea).

Sobre la base del Informe Teitgen, un comité de expertos supervisado por la Asamblea y el Comité de Ministros, que junto con la Secretaría son los órganos principales del Consejo de Europa, acabó de redactar el convenio, que fue firmado el 4 de noviembre de 1950 en Roma. Entre los caracteres que lo convierten en un tratado especial, está el ser -como dice su Preámbulo- un reflejo del patrimonio común de ideales y tradiciones políticas de respeto a la libertad y de primacía del Derecho en Europa, esto es, el ser el reflejo de unos valores comunes. En segundo lugar, el universalizar la protección de los derechos en territorio europeo, dado que sus derechos los disfruta cualquier persona sometida a la jurisdicción de los Estados partes, no sólo sus nacionales. Y en tercer lugar, el poner a disposición de toda persona un recurso judicial individual que no está subordinado a ninguna declaración facultativa de los Estados.

Al CEDH acompañan hoy hasta 17 protocolos adicionales, si incluimos el Protocolo 14 bis, que obligan sólo a quienes los ratifiquen. Algunos requieren para entrar en vigor 3 o 4 ratificaciones aunque algunos de ellos para entrar en vigor, requieren de la ratificación de todos los Estados partes del CEDH, como el Protocolo de enmienda 14, por eso la ratificación de Rusia era fundamental. Los Protocolos han cumplido dos tipos de función principalmente. Unos han incrementado el número de derechos protegidos, como los Protocolos 1, 4, 6, 7, 12 y 13. Los otros, han supuesto reformas en el sistema de control, esto es, cambios en el funcionamiento de la Comisión Europea de Derechos Humanos (hoy desaparecida) y en el TEDH. De éstos últimos destacan por su alcance el Protocolo 11 (que unificó el sistema de protección en un único órgano, el TEDH y sustituyó a varios protocolos previos) y el 14.

Estructura del CEDH

El CEDH está dividido en tres partes o títulos: la primera establece los derechos que quedan protegidos (parte dogmática). La segunda es la parte orgánica y crea el TEDH, que protegerá dichos derechos (composición y competencias). La tercera, bajo el título de Disposiciones diversas, trata sobre cuestiones varias como el ámbito de aplicación territorial, las reservas, la denuncia, la firma o la ratificación del CEDH, a lo que se añade la explicación de las funciones

3. Accesible en <http://assembly.coe.int/Conferences/2009Annuaire49/DocRef/Teitgen6.pdf>, p. 198.

que tienen dos órganos del Consejo de Europa (el Secretario General y el Comité de Ministros) en el marco del CEDH. Lo más importante de esta estructura es destacar que el CEDH no declara derechos simplemente, sino que establece un sistema de control –y un sistema de control judicial– de los mismos.

Los derechos protegidos en el CEDH4

El CEDH protege el derecho a la vida en su artículo 2, aunque exceptúa el caso de la aplicación de la pena capital. Sin embargo, este artículo ha sido sobrepasado por el tiempo y hoy día hay que leerlo en conjunción con el Protocolo 6 sobre la abolición de la pena de muerte (salvo en caso de enfrentamiento armado), e incluso del Protocolo 13 sobre la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia, incluido el enfrentamiento armado. El artículo exceptúa los casos de muerte en caso de legítima defensa, agresión ilegítima, para detener a una persona conforme a derecho y para evitar la evasión de un preso y para reprimir insurrecciones. El artículo 3 protege la integridad física al prohibir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y no admite excepciones. El artículo 4 prohíbe la esclavitud y el trabajo forzoso, aunque clarifica algunos casos que no deben ser considerados como trabajo forzoso, como son el trabajo de presos, el servicio militar o la prestación sustitutoria si la hubiere, servicios en caso de emergencia o calamidad de la comunidad y trabajos que formen parte de obligaciones cívicas normales. El artículo 5 protege la libertad y la seguridad, al prohibir las detenciones arbitrarias. Esta disposición también clarifica las situaciones en las que la detención no es arbitraria. El artículo también explicita los derechos que asisten a la persona que ha sido detenida legalmente (derecho a ser informada de los motivos de la detención, etc.). El artículo 6 establece los derechos incluidos en el derecho general a un juicio justo, y que van desde la presunción de inocencia, hasta el derecho a la defensa, pasando por el interrogatorio de testigos, igualdad de armas, juicio contradictorio, juez independiente, etc. El artículo 7 establece el principio penal básico, el principio de la legalidad penal, esto es que no hay pena sin ley, razón por la cual una persona no puede ser condenada por algo que no era delito cuando fue llevado a cabo.

El artículo 8 protege el respeto a la vida privada, la vida familiar, el secreto de la correspondencia (en sentido amplio, no sólo la correspondencia postal, también el correo electrónico) y la inviolabilidad del domicilio. El artículo 9 establece el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. El artículo 10 protege la libertad de expresión. El 11, la libertad de reunión y asociación (incluida la sindicación). El 12, el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia.

Por su parte, algunos de los protocolos al CEDH han incrementado el catálogo de derechos. Así, el Protocolo 1

recoge el derecho de propiedad y el derecho a la educación, así como el derecho a elecciones libres. El Protocolo 4 recoge la prohibición de la prisión por deudas, la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros y la libertad de circulación. El Protocolo 7 establece el principio penal *ne bis in idem* y la igualdad de los esposos durante el matrimonio y el divorcio, si el Estado lo admite.

Al final de la parte dogmática, hay una serie de artículos que incluyen cláusulas generales que afectan a todos los derechos del CEDH y de los protocolos adicionales y que no son derechos autónomos, sino que actúan como unas cláusulas generales de salvaguardia de los derechos. Se trata del artículo 13, sobre el derecho a un recurso efectivo ante las autoridades nacionales. Igualmente, el artículo 14 establece la cláusula general de no discriminación, que no puede ser invocada de modo aislado, sino siempre en relación con otro derecho, a menos que el Estado contra el que se alegue sea parte del Protocolo 12. Por su parte, el artículo 15 alude a la posible suspensión de los derechos del CEDH en caso de estado de excepción (salvo los derechos inderogables de los artículos 2, 3, 4.1 y 7). El artículo 16 establece la posibilidad de restringir los derechos políticos de los extranjeros (10, 11 y 14). El artículo 17 prohíbe el abuso de derecho, esto es, prohíbe interpretar el CEDH de tal manera que supuestamente confiera un derecho tendente a la destrucción de los derechos del CEDH. El artículo 18 prohíbe el abuso de poder según el cual las restricciones que se impongan a los derechos no pueden ser aplicadas más que para la finalidad para la que fueron previstas.

Establecer límites a los derechos es una consecuencia lógica del hecho de vivir en sociedad. El disfrute de nuestros derechos debe ser compatible con el de los derechos de los demás. Incluso los derechos más absolutos, como el derecho a la vida, no está libre de algunas excepciones, como demuestra la aceptación de la pena de muerte en el artículo 2 (sólo abolida totalmente para los Estados que ratifiquen el Protocolo 13) y las excepciones del párrafo segundo, como la muerte infligida a una persona en defensa frente a una agresión ilegítima. El artículo 15 incluso prevé algunos derechos que son derogables en situación de emergencia.

Características de los derechos del CEDH y de los Protocolos

Los derechos que incluye el CEDH son casi todos ellos civiles y políticos, esto es, las clásicas libertades. El artículo 53 permite que los Estados mejoren su nivel de protección a través de sus legislaciones internas. Esto es lo que se denomina el principio *favor libertatis*, esto es, que la protección que garantiza el CEDH es sólo un mínimo común denominador para los Estados europeos a partir del cual éstos pueden ampliar la protección a nivel interno.

La mayoría de los derechos del CEDH son clásicos, y se acuñan como "negativos". En principio –aunque con matices importantes–, los derechos civiles y políticos serían derechos de abstención mientras que los derechos socio-económicos (vivienda, empleo...) –y la mayoría de los

4. Decaux, E.; Imbert, P.-H.; Pettiti, L. E.: *La Convention Européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 1995, Paris, Economica.

derechos del CEDH no son de este tipo- son derechos de acción porque exigen que los Estados tomen medidas para asegurarlos (hace falta presupuesto para garantizarlos). Por eso los derechos civiles y políticos resultan en general más justiciables.

Sin embargo, los contornos entre los derechos civiles y políticos y los socio-económicos se han ido difuminando en el CEDH por varias razones: 1. El TEDH ha hecho una interpretación de los derechos en conexión con el artículo 1 del CEDH por la cual afirma que el Estado tiene obligaciones positivas de hacer con respecto a los derechos de primera generación y no sólo respecto a los de segunda. Los Estados también tienen obligaciones de hacer (de prestación) respecto a los derechos civiles y políticos⁵. 2. Además, el TEDH tiende a proteger derechos que no están en el CEDH, incluso derechos socio-económicos, por ricochet o por carambola. Esta es una técnica que permite al TEDH proteger un derecho no previsto en el CEDH a través de su cercanía y su relación con otro que sí lo está, como el derecho a un medio ambiente sano⁶, derechos relacionados con la salud en las prisiones por la vía del artículo 3, con el derecho a prestaciones de la seguridad social⁷ o con la vivienda y la vida familiar⁸. Esta técnica lleva a reconocer prolongaciones socio-económicas a muchos derechos civiles y políticos y ha llevado al TEDH a proteger, por ejemplo, el derecho a la salud a través de la protección del derecho a la seguridad o del derecho al disfrute de la vida privada y familiar.

Por eso el CEDH ha acabado protegiendo más derechos que la decena larga que incluye su articulado, y esto por dos vías: la convencional, esto es, a través de sucesivos protocolos adicionales que han incrementado el número de derechos y que obligan solo a los que los ratifiquen (Protocolos 1, 4, 6 y 7, 12 y 13) y jurisprudencial, a través, de una jurisprudencia extensiva y muy rica, que acaba asociando derechos que están en el CEDH con otros que no lo están y que acaba también exigiendo a los Estados las obligaciones positivas que se derivan del artículo 1 del CEDH.

La relevancia del artículo 1 del CEDH⁹

El artículo 1 quizá sea uno de los grandes desconocidos del Convenio¹⁰. No enuncia derechos y no se puede invocar por separado, sino siempre en relación con

un derecho incluido en el Convenio¹¹. El artículo 1 establece una obligación general de respeto de los derechos y libertades contemplados en el mismo. Sin embargo hay que tener en cuenta que la versión española del CEDH no es la auténtica de acuerdo con lo que establece el artículo 33.1 del Convenio de Viena Sobre el Derecho de los Tratados¹². Únicamente son auténticas las versiones inglesa y francesa y el problema se plantea porque el artículo 1 no dice exactamente lo mismo en ambos idiomas. Se reconocerán en francés y serán asegurados en inglés. De estas dos versiones, la inglesa resulta más dinámica puesto que no es lo mismo reconocer (acción que parece que se cumple con el mero comportamiento pasivo del Estado de no violar el derecho) que asegurar (acción que admite una acción positiva del Estado tendente a evitar la violación del derecho o tendente a investigar y castigar debidamente los incumplimientos). En francés parece que los derechos quedan protegidos con la mera omisión del Estado. Sin embargo, la versión inglesa permite introducir de modo más claro las obligaciones positivas del Estado según la cual existe una obligación de hacer de los Estados para que los derechos recogidos en el Convenio se vean cumplidos en la práctica y para que no existan incumplimientos de los mismos por parte de particulares.

Aunque ninguna de las dos versiones tenga preferencia sobre la otra, si se dan a entender cosas diferentes, habrá que escoger aquella versión que logre mejor el objetivo del CEDH. Y parece que en esto de buscar y lograr más y mejor el objetivo del CEDH de proteger efectivamente los derechos, la versión inglesa es más adecuada. El TEDH ha entendido, en línea con la versión inglesa, que los Estados no sólo tienen obligaciones de no hacer respecto a los derechos del CEDH sino también obligaciones positivas: de prevención, de investigación... No es suficiente con que los Estados intenten de buena fe cumplir las obligaciones que les marca el CEDH. En ciertos casos tienen obligaciones positivas de actuar para asegurarse de que los individuos puedan gozar de esos derechos. Si no, violarán el CEDH por omisión. El Estado debe impedir en la medida de lo posible que terceros puedan violar los derechos. A veces, un Estado puede ser culpable por no haber hecho lo posible por evitar que un particular dañe a otro individuo en sus derechos. Aunque un Estado en principio sólo es responsable por lo

5. Jimena, L.: « La factibilidad de los derechos sociales en Europa », en *Estudios de Economía Aplicada*, 2009, vol. 27, n. 3, p. 744 y Arbour, Louise, en su discurso en la apertura del año judicial 2007 accesible en http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2008_ENG.pdf

6. TEDH, *López Ostra/España* de 9 de diciembre de 1994.

7. TEDH, *Muñoz Diaz/España*, 8 de diciembre de 2009.

8. TEDH, *Velosa Barreto/Portugal* 21 de noviembre de 1995.

9. Para un comentario completo y certero del artículo 1, véase: Fernández Sánchez, P.-A.: "El alcance de los derechos (artículo 1 CEDH)", en García Roca, J. y Santolaya, P. (coords.): *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*, 2005, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

10. Lasagabaster Herrarte, I. y otros: *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2004, Civitas, Madrid; Renucci, J.-F.: *Droit européen des droits de l'homme*, 1999, LGDJ, Paris.

11. « Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio ».

12. "Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. "1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

2. Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.

3. Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

4. Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1., cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado".

que hagan los órganos y agentes del Estado y, en su caso, algunos órganos u organizaciones que ejercen algún tipo de poder público, puede resultar responsable por su omisión¹³. La base jurídica de esta responsabilidad está en la presunción de que el Estado dispone de los medios necesarios para cumplir sus obligaciones y prevenir y reprimir actos contrarios al CEDH.

Una de las grandezas del CEDH es que los derechos que contiene se garantizan para "toda persona" o, como indica la versión inglesa, "everyone". La competencia del CEDH *ratione personae* es universal. Esta convención no reconoce derechos a los nacionales de Estados concretos sino a toda persona, extranjera o no, y dentro de las extranjeras, irregulares o no. El artículo 1 no sustrae a nadie de la jurisdicción del Estado (aunque el artículo 16 permite la restricción de derechos políticos de extranjeros en determinadas circunstancias).

La persona a la que el CEDH identifica y protege es aquella que esté "sometida a la jurisdicción" de un Estado parte. La competencia del CEDH *ratione loci* permite extender los poderes de supervisión a lugares sobre los que el Estado ejerce poder o autoridad. Pensemos que algunos de los Estados que redactaron el CEDH tenían colonias, y aún hoy se pueden hacer declaraciones de aceptación de la competencia del TEDH respecto a algunos territorios, como la declaración de aplicación territorial que el Reino Unido ha hecho respecto a Gibraltar debido a que gestiona las relaciones internacionales de esta colonia, ex artículo 56.1.

El TEDH ha aceptado juzgar asuntos en los que el Estado demandado ejercía competencias en el territorio de otro Estado, por ejemplo sobre territorios invadidos, Así, en *Loizidou/Turquía* de 23 de marzo de 1995 y *Chipre/Turquía* (Gran Sala) de 12 de mayo de 2014 el TEDH se ocupó de los abusos de las tropas turcas cometidas en el norte de Chipre después de la invasión y la subsiguiente formación de la República turco-chipriota) y en *Al-Saadoon y Mufdhi/Reino Unido* de 2 de marzo de 2010 se ocupó de los abusos supuestamente cometidos por tropas de Reino Unido en Irak.

Por tanto, el alcance del CEDH va más allá del mero territorio del Estado. No es simplemente su territorio nacional, es algo más. El CEDH también puede obligar a un Estado respecto a sus tropas de paz desplazadas en el extranjero o a territorios ocupados o bajo su control, todo dependerá de quién tenga el "control efectivo" de la operación.

Lo que el TEDH no ha permitido es que se juzgue indirectamente a organizaciones internacionales, que no son partes del CEDH. En el asunto *Bankovic* y otros/Bélgica, Chequia, Dinamarca, Francia, Alemania, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Polonia, Portugal España, Turquía y Reino Unido de 12 de diciembre de 2001, la Gran Sala estimó que la participación

de los 17 Estados demandados en los bombardeos aéreos de la OTAN de marzo de 1999 sobre Kosovo no dio lugar a responsabilidad de los Estados demandados, pero no porque se hubieran producido fuera del territorio de los 17 Estados participantes en la operación sino porque la responsable de esos bombardeos era la OTAN y ésta no es parte del CEDH. Por último, en los casos *Behrami/Francia* y *Saramati/Francia, Alemania y Noruega* de 2 de mayo de 2007 relativos a abusos de las tropas internacionales cometidos en Kosovo, el TEDH entendió que no era competente porque los actos de la MINUC eran atribuibles a la ONU en el marco del capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas y la ONU no es parte del CEDH y goza de inmunidad de jurisdicción. En cambio, cuando el TEDH ha considerado que el control efectivo de la operación no era de la Organización internacional que manda la misión sino de algún Estado concreto participante en ella, sí ha estimado la violación del CEDH (así en el asunto *Al-Jedda/Reino Unido* (Gran Sala) de 7 de julio de 2011).

4.2. El sistema de protección: el TEDH

Lo realmente importante del CEDH es su mecanismo de garantía. Cualquier Estado parte o cualquier persona sometida a la jurisdicción de alguno de ellos puede demandar a un Estado parte. Una condena contra un Estado es un triunfo para la democracia, porque sólo los Estados democráticos aceptan un sistema judicial internacional de control que les puede acabar condenando. Las dictaduras no asumen ni reconocen violaciones de los derechos humanos. Pero también de alguna manera, una condena a un Estado muestra una patología porque si todo funcionara bien en el derecho nacional el sistema del CEDH no sería necesario. Si existe y es necesario es porque hay una disfuncionalidad interna en los Estados.

El diseño original del mecanismo de control del CEDH se basaba en dos órganos: la Comisión Europea de Derechos Humanos y el TEDH. El primero admitía las demandas e intentaba la conciliación de las partes a través de un arreglo amistoso. El TEDH sólo ponía eventualmente fin al fondo del asunto pero la mayoría de las demandas nunca llegaban hasta el TEDH sino que eran resueltas ante la Comisión. Comisión y Tribunal eran independientes el uno del otro y ninguno era de funcionamiento permanente.

La Comisión era el órgano de filtro de las demandas que llegaban puesto que era quien las recibía, las registraba y decidía sobre la admisibilidad de los casos. Solía inadmitir el 90% de las demandas presentadas por distintos motivos. Cuando las admitía, investigaba ella misma los hechos y trataba de lograr un acuerdo amistoso entre las dos partes y que el juicio acabara sin sentencia. Si no había acuerdo amistoso, la Comisión emitía un informe diciendo si en su opinión había o no violación del CEDH. El informe era enviado al Comité de Ministros, un órgano político de la Organización que tomaba una decisión que en la mayoría de los casos ponía fin al procedimiento. El Comité de Ministros determinaba si había habido o no violación y su decisión era vinculante para el Estado demandado. Entonces empezaba a contar un plazo de 3 meses para que la propia Comisión,

13. Como muestra, se puede mencionar el caso *Osman/Reino Unido* de 28 de octubre de 1998, en el que el TEDH encontró al Estado demandado culpable por los daños sufridos por un padre y un hijo a manos de un profesor acosador, que habían sido denunciados ante la policía sin que ésta diera credibilidad a la amenaza.

un Estado parte o incluso el particular demandante pudiera mandar el caso al TEDH (aunque en este último caso sólo si el Estado demandado era parte en el Protocolo 9). La mayoría de los casos acababan en la Comisión. Sólo si se llevaba ante el TEDH, el asunto terminaba con una sentencia obligatoria. Este procedimiento era semi-judicial, semi-político y ello afectaba a la credibilidad del propio sistema¹⁴. Se trataba de un sistema híbrido protagonizado por 3 órganos: la Comisión Europea de Derechos Humanos, el TEDH y el Comité de Ministros, que tenía funciones de fondo. La razón de este complicado sistema es el propio contexto histórico de su creación: en 1950 los Estados que crearon el CEDH eran reticentes a garantizar que las personas pudieran demandar directamente a un Estado ante un órgano judicial internacional. Hacía falta una declaración expresa del Estado para que se pudiera aceptar demandas individuales (no así en las interestatales). Y hacía falta otra declaración expresa del Estado para que un caso pudiese ser elevado de la Comisión (que no era un órgano judicial, sino un órgano formado por expertos) al TEDH.

Desde la reforma que supuso el Protocolo 11, que entró en vigor en 1998, el sistema de protección del CEDH está monopolizado por un único órgano, el TEDH, al haber desaparecido la Comisión Europea de Derechos Humanos. Ahora, en cambio, se ha superado la dualidad del doble mecanismo y se ha abierto el acceso directo de la víctima al TEDH. El Protocolo 11 produjo una "deriva populista" en el sistema del CEDH al generalizar el recurso a la reclamación individual (antes era necesario que el Estado reconociera el derecho de reclamación individual). Con el Protocolo 11 se consiguió hacer más rápido y expeditivo el procedimiento (puesto que una justicia lenta, no es justicia) y se consiguió también evitar que existieran decisiones divergentes de Comisión y TEDH que supusieran una pérdida de credibilidad para el sistema.

El gran cambio en el sistema de protección del CEDH, la gran revolución, fue la entrada en vigor del Protocolo de enmienda 11, no la del Protocolo de enmienda 14, aunque nadie lo diría a juzgar por lo sencilla que fue la entrada en vigor del primero y lo difícil que fue la del segundo. El protocolo 11 cambió el sistema. Los dos órganos anteriores desaparecieron y surgió uno nuevo. No se puede mantener que desapareció sólo la Comisión y se mantuvo el TEDH porque el nuevo TEDH es diferente, tiene funcionamiento permanente y una composición nueva.

Tras la entrada en vigor del sistema del Protocolo 11, existe un único órgano que es judicial, funciona de modo permanente y tiene competencia obligatoria para todo tipo de demandas, individuales o interestatales. Conviene mencionar que el 90% de las sentencias emitidas lo han sido tras el Protocolo 11.

4.2.1. Formaciones del TEDH y procedimiento ante el mismo

Ya desde la admisión de la demanda, o incluso antes, el TEDH puede decidir medidas cautelares, que no prejuzgan el caso, para evitar daños irreparables a la presunta víctima (artículo 39 del Reglamento del TEDH). Así, se podría solicitar al Estado que no ejecute una pena de muerte¹⁵, que no se extradite a una persona si puede sufrir tortura en su país¹⁶ o que se administre medicación a un preso en grave peligro¹⁷. Según Sudre, su no respeto convierte en ilusoria la protección del CEDH¹⁸.

El TEDH tiene varias formaciones. Se reúne en Comités de 3 jueces, Salas de 7 jueces, y Gran Sala de 17 jueces. Además, un colegio de 5 jueces de los que forman parte de la Gran Sala decide la remisión de una sentencia de Sala a la Gran Sala. Además, desde los Protocolos 14 bis y 14, existe la formación de juez único, pero cabe plantearse si esta formación del TEDH no es más una ficción de Tribunal que otra cosa, para que parezca que es el Tribunal quien decide cuando no es más que un juez y no un órgano colegiado el que toma la decisión.

Una vez registrada la demanda individual, el asunto será examinado por un juez en formación de juez único (artículo 27) quien será asistido por rapporteurs, que forman parte de la Secretaría del TEDH y están bajo la autoridad del presidente del TEDH (artículo 24.2). Según el artículo 26.3, en formación de juez único, un juez no examinará ninguna demanda presentada contra el Estado respecto del cual el juez fue elegido (con el objetivo de preservar la objetividad). El juez único puede declarar inadmisibles una demanda individual o archivarla. Su decisión es definitiva pero debe ser motivada según el artículo 45.1. Las decisiones del juez único serán sólo decisiones de inadmisibilidad o archivo. En realidad, el juez único está pensado para las demandas claramente inadmisibles.

Si el juez no declara inadmisibles la demanda o al archivarla, el caso pasará a un comité o a una sala para su examen posterior. Respecto a una demanda presentada ex artículo 34 (esto, es individual) el comité puede, por unanimidad declarar la inadmisibilidad o archivarla, cuando esa decisión pueda ser tomada sin un examen posterior; o declarar la admisión y emitir, al mismo tiempo, un fallo sobre el fondo, siempre que la cuestión que motivó el caso sea objeto de una jurisprudencia del TEDH bien establecida sobre la interpretación o aplicación del CEDH o sus protocolos. Las decisiones (de inadmisibilidad) y los fallos (cuando se admita la demanda y el asunto tenga una bien establecida jurisprudencia previa) serán definitivos y finales¹⁹.

15. TEDH, *Ocalan/Turquía* de 12 de marzo de 2003.

16. TEDH, *Saddi/Italia* (Gran Sala), 28 de febrero de 2008.

17. TEDH, *Gennadiy Naumenko/Ucrania*, 10 de febrero de 2004.

18. Sudre, F.: *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 2012, PUF, París, p. 48 y ss.

19. Si el juez de la nacionalidad del Estado no es miembro del Comité que juzga el caso, el Comité puede en cualquier momento invitar a ese juez a ocupar el lugar de uno de ellos (artículo 28.3).

14. Sudre, F.: *Droit Européen et International des Droits de l'Homme*, 2004, PUF, París.

Si ni el TEDH en formación de juez único (artículo 27) ni el Comité por unanimidad (artículo 28) ha tomado una decisión, una Sala decidirá sobre la admisibilidad y los méritos de la demanda individual presentada ex artículo 34. La demanda sobre la admisibilidad de Sala puede ser adoptada de forma separada. En cambio, si la demanda es interestatal (artículo 33) el asunto llega directamente a Sala, que decidirá tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo. Ambas cosas las hará separadamente a menos que el TEDH, en casos excepcionales, decida otra cosa.

Desde el momento que se admite la demanda, el TEDH se pondrá a disposición de las partes para intentar un arreglo amistoso, caso en el cual el asunto termina sin sentencia (artículo 39.1). Para hacer más factible el arreglo amistoso, la decisión sobre la admisibilidad y la decisión sobre el fondo deberían estar separadas en la medida de lo posible. Sin embargo, esto ha cambiado con el Protocolo 14, que da por hecho que las decisiones de admisibilidad de comité juzgarán sobre el fondo al mismo tiempo (artículo 28.1b) aunque se permite que en las decisiones de Sala la decisión de admisibilidad se haga por separado (artículo 29.2). Facilitar que el TEDH decida a la vez sobre la admisibilidad y sobre el fondo tiene como fin agilizar el trabajo del TEDH y que los casos terminen pronto mediante una única decisión. Esta es una medida que, además, recomendó el Comité de Sabios que se reunió en Varsovia en 2005 y del que se hablará más adelante, como modo de garantizar la efectividad del TEDH a largo plazo.

Para hacer más factible el arreglo amistoso, éste es un procedimiento confidencial aunque los términos del arreglo sean publicados más tarde (artículo 39.2 y 39.3). Si hay acuerdo amistoso, el caso finaliza sin sentencia. Si no se alcanza un arreglo amistoso el TEDH investigará los hechos, pedirá documentación e información si lo estima pertinente, puede hacer vistas y oír a las partes y, finalmente, dictará sentencia. La sentencia se vota por mayoría simple. El Presidente tiene voto de calidad (casting vote).

La sentencia de Sala se convierte en definitiva si: 1) pasados 3 meses ninguna parte la ha remitido a la Gran Sala, 2) si las partes declaran que no desean remitir la sentencia a la Gran Sala y 3) y si el colegio de 5 jueces de la Gran Sala rechaza la remisión formulada por alguna de las partes (artículo 44.2).

El artículo 30 establece que cuando un asunto pendiente ante Sala plantea un problema grave sobre la interpretación del CEDH o sus protocolos o cuando la resolución de la cuestión ante la Sala pueda resultar contradictoria con un fallo previo del TEDH, la Sala puede, en cualquier momento antes de dictar sentencia, inhibirse a favor de la Gran Sala, a menos que una de las partes en el caso objete. También cuando ya hay sentencia, cualquiera de las partes tiene un plazo de 3 meses para remitirla a la Gran Sala, pero antes un colegio de 5 de los 17 jueces debe aceptar la nueva demanda -esto último es una suerte de apelación, según Jimena²⁰. Lo que no cabe es reenviar a la

Gran Sala una decisión de inadmisión de Sala, porque son definitivas ex artículo 29. Menos aún se podría remitir a la Gran Sala una decisión de inadmisión de Comité o de juez único, que también son definitivas (artículos 28 y 27, respectivamente). Tampoco se puede remitir una sentencia de Comité sobre un tema en el que haya jurisprudencia bien establecida (artículo 28.1.b). Lo único que se puede remitir a la Gran Sala son las sentencias de Sala en los casos enunciados en el artículo 44.2.

En el examen del asunto por la Gran Sala siempre debe estar presente el Presidente del TEDH y el o los vicepresidentes, todos los Presidentes de salas (así luego aplicarán la misma doctrina en sus propias salas) y el juez de nacionalidad del Estado demandado o el juez nacional ad hoc, en su caso. El Reglamento del TEDH establece que si el caso se envía de Sala a Gran Sala sin sentencia previa de Sala, en la Gran Sala se sentarán, entre otros, los 7 jueces de esa Sala (artículos 30 y 31).

La remisión a la Gran Sala estaba pensada como algo esporádico. De hecho el CEDH establece que la elevación del caso se hará en circunstancias especiales (artículo 43.1). Es más, el artículo 43.2 exige que el panel de 5 jueces que decide su elevación a la Gran Sala lo haga si el asunto afecta a una cuestión grave que afecte a la interpretación o aplicación del CEDH o sus protocolos o a una cuestión grave de importancia general. La remisión empezó usándose de modo esporádico y durante los 5 primeros años no llegó ni una demanda a la Gran Sala por estos motivos. Pero luego su uso se disparó.

El Protocolo 14 ha añadido una competencia a la Gran Sala en su artículo 31.2, que se remite al 46.4. Esta competencia se refiere a los asuntos que le sean sometidos por el Comité de Ministros en relación a Estados partes que se niegan a ejecutar una sentencia final. En tal caso, y siempre que el asunto le sea sometido por el Comité de Ministros, la Gran Sala se pronunciará sobre si el Estado ha incumplido sus obligaciones, lo cual se convierte en una suerte de segunda condena para el Estado.

Una última competencia de la Gran Sala es la consultiva, puesto que las opiniones consultivas que le sean sometidas ex artículo 47 -y que siempre solicita el Comité de Ministros- son estudiadas y emitidas por la Gran Sala.

La Gran Sala es una instancia de apelación (cuando un asunto contencioso le llega tras la sentencia de Sala), una primera instancia (cuando se le remite un caso por su dificultad, por su interés o porque pueda generar jurisprudencia nueva y contradictoria con la anterior) y una instancia que da opiniones jurídicas (cuando se somete a su atención una petición de dictamen). La función de la Gran Sala como revisora de juicios de Sala puesto es importante como modo de dar coherencia y unidad a la jurisprudencia²¹.

Tanto la Sala como la Gran Sala a veces deben decidir

2006, Colex, Madrid, p. 132.

21. Accesible en http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2008_ENG.pdf

20. Jimena Quesada, L.: *Sistema europeo de derechos fundamentales*,

sobre la admisión de demandas. La Sala, cuando el Comité no llegó a decidir por unanimidad su inadmisión pero tampoco su admisión. Y la Gran Sala en caso de inhibición de la Sala en su favor porque según el artículo 35.4 el TEDH puede en todo momento decidir inadmitir un asunto y eso incluye a la Gran Sala. Como botón de muestra se puede indicar que en 2007, las Salas y la Gran Sala admitieron un total de 491 demandas e inadmitieron 764. Conviene indicar que la Gran Sala no está vinculada por una decisión de admisión de Sala. Asimismo, que la sentencia de la Gran Sala es definitiva y no hay posibilidad de un recurso posterior.

Valor y ejecución de la sentencia

Las sentencias del TEDH son jurídicamente obligatorias pero no son ejecutivas. Precisan del concurso de las autoridades nacionales para su plena eficacia. Ello se deduce del apartado 2 del artículo 46 CEDH²², que asocia al Comité de Ministros al proceso de ejecución de las sentencias. Las sentencias son declarativas: declaran la violación, pero no sus consecuencias. No son como las sentencias de un tribunal nacional que anulan un acto interno, indican su retroacción, obligan a que se reabra un caso...²³. Las sentencias tienen valor de cosa juzgada pero no de cosa interpretada. Son obligatorias únicamente para el Estado demandado. El problema es que otros Estados en situación similar raramente cambian sus prácticas o legislación para adaptarla a una sentencia que no les condena a ellos poniéndose rápidamente en el punto de mira de futuras demandas. Las sentencias del TEDH deberían convertirse en una ocasión para que todos los Estados mejoraran el sistema jurídico interno y previnieran violaciones similares. Algunas veces, un Estado no demandado pero con situación nacional similar a la del caso de autos, solicita participar en el caso para poder presentar sus puntos de vista. Esto es lo que se denomina la institución del *amicus curiae*, que puede ser un Estado parte o una persona física o jurídica. Los *amicus curiae* son invitados a participar en el asunto por el Presidente del TEDH, y se les permite presentar observaciones escritas o bien participar en la vista (artículo 36).

En 2009, el número de demandas pendientes de ejecución ante el Comité de Ministros era de 8614. Al ser un órgano político el encargado de velar por la ejecución de la sentencia, se establece un sistema de control de la ejecución de los fallos muy similar al de otras organizaciones internacionales como la ONU, donde el Consejo de Seguridad asegura el cumplimiento de las sentencias del Tribunal

Internacional de Justicia. Esto se debe a que el TEDH indica al Estado si ha violado o no el CEDH pero no qué medidas debe adoptar de acuerdo con el fallo. Sin embargo en los últimos tiempos, el TEDH tiende cada vez más a explicar qué tipo de solución estatal produciría mejor la *restitutio in integrum*, si ésta es posible.

Por su parte, el Comité de Ministros vela por su ejecución, no las ejecuta él mismo porque carece que competencia para ello. El Protocolo 14 ha incrementado los poderes de supervisión del Comité de Ministros también sobre los arreglos amistosos a los que se llegue. Así, la decisión de arreglo amistoso es transmitida al Comité de Ministros, que velará para que los términos del arreglo sean respetados. En particular, el Comité de Ministros deberá comprobar con lupa que el arreglo amistoso sea real y que no se frute de amenazas o coacciones del Estado demandado.

Conviene resaltar la importancia de la ejecución puntual y correcta de la sentencia porque muchas veces detrás del caso individual existe un problema estructural (por ejemplo, una ley o práctica nacional que produce los abusos) y si no se ejecuta bien y diligentemente la sentencia otras víctimas del mismo abuso seguirán enviando demandas al TEDH.

De las sentencias pendientes de ejecutar, el 80% son sentencias repetitivas, lo cual demuestra una situación insostenible. El Comité de Ministros está desarrollando una estrecha colaboración con el TEDH en relación con las sentencias repetitivas. En este sentido, empieza a haber un nuevo desarrollo: en algunos casos, el TEDH se está aventurando a indicar cómo debe realizarse la ejecución de la sentencia²⁴. En *Ocalan/Turquía* de 12 de mayo de 2005, el TEDH reconoce que la mayoría de sus sentencias son declarativas pero que excepcionalmente puede indicar el tipo de medidas que los Estados deben adoptar, ya sea en situaciones de violaciones estructurales²⁵, ya sea en casos en los que la naturaleza de la violación sólo permite un modo de cesación o reparación²⁶.

24. Así, el TEDH considera que la forma más perfecta de reparación es la *restitutio in integrum* si ésta es posible (*Papamichalopoulos/Grecia* de 31 octubre 1995, sobre propiedades expropiadas ilegalmente).

25. Hay una necesidad de realizar cambios legislativos rápidos en algunos casos, para evitar casos repetitivos si existe una causa en la ley del país que lleva a esas demandas (*Broniowski/Polonia* de 22 de junio de 2004 sobre expropiaciones ilegales). En este asunto el TEDH por primera vez usó esta doctrina, al encontrar una violación que provenía de una ley que afectaba no sólo al demandante sino a 80000 personas más, que también habían presentado demanda. El TEDH suspendió la tramitación del resto de procedimientos, buscó los ejes estructurales comunes a todos los casos y estableció que Polonia debía adoptar las medidas legales para que los demás reclamantes encontraran reparación.

26. Otras veces, el TEDH exige la puesta en libertad del demandante como único medio de poner fin a la violación, que era una detención arbitraria en el asunto *Assanidzé/Georgia* de 8 de abril de 2004. En *Yakistan/Turquía* de marzo de 2007 exige que o bien acabe pronto el juicio o que excarcelen a un preso preventivo miembro del PKK que espera juicio desde hace 13 años.

22. "La sentencia definitiva del TEDH se transmitirá al Comité de Ministros que velará por su ejecución".

23. En el párrafo 45 de la sentencia *Pakelli/Alemania* de 25 abril 1983 el TEDH reconoció que el CEDH no le atribuye competencia ni para anular una decisión del Tribunal Constitucional ni para requerir al gobierno la desaprobación pública de sus pasajes más polémicos. En el párrafo 44 de la sentencia *Pelladoah/Holanda* de 22 de septiembre de 1994 indica que tampoco tiene capacidad para obligar a reabrir un caso judicial interno. En el número 10 de su veredicto al caso *Irlanda/Reino Unido* de 18 de junio de 1978, el TEDH indicó que no tenía competencia para obligar al Estado a incoar procedimientos penales contra los policías que habían sido autores materiales de malos tratos.

La satisfacción equitativa

El artículo 41 es una disposición polémica del CEDH, relacionada con la ejecución de sentencias, y que casa mal con la idea del CEDH de instaurar un orden público europeo de derechos humanos. Dicho artículo prevé la satisfacción equitativa sustitutoria por daño material, daño moral y gastos y costas y es consecuencia del carácter declarativo de las sentencias. El artículo indica que si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus protocolos pero el derecho interno del Estado condenado sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa. Así, el TEDH puede traducir el perjuicio y el agravio de la víctima en una satisfacción equitativa que, hasta el momento, siempre ha sido de tipo económico, lo cual limita implícitamente la vinculación del Estado condenado respecto a los pronunciamientos de fondo de la sentencia. Aunque el arreglo equitativo se concibe como un mecanismo subsidiario y excepcional, identificar la satisfacción equitativa con una indemnización es una interpretación bastante limitada, pero es lo que hace el TEDH, que precisamente ha indicado que no sólo puede garantizar el pago de una compensación monetaria.

Lamentablemente en la práctica lo excepcional (la satisfacción equitativa) se ha convertido en lo normal, en el mecanismo ordinario de reparación. Se ha indicado que la concesión de una indemnización cualquiera que sea la naturaleza, gravedad o duración de la violación de derechos humanos cuadra mal con la vocación del CEDH de instaurar un orden público europeo de los derechos humanos²⁷.

El Comité de Ministros emitió en 2004 su recomendación 2004(6) de 12 de mayo para evitar que los casos repetitivos lleguen a Estrasburgo y para que la primera sentencia "piloto" sobre un tema llegue a aplicarse retroactivamente a los demás demandantes que han presentado ya un caso similar ante el TEDH. Con ello, el TEDH está haciendo algo más que declarar la violación del CEDH. La sentencia Broniowski/Polonia de 22 junio 2004 (Gran Sala) supuso un salto cualitativo en la ejecución sentencias a este respecto y tuvo un gran alcance. En el origen del caso está la situación de muchos polacos que perdieron sus tierras por cambios territoriales entre URSS y Polonia que no fueron indemnizados. La sentencia en el caso Broniowski es piloto, al haber miles de casos pendientes ante el TEDH provocados por el mismo tipo de expropiación que afectó a este demandante. Por eso el TEDH declaró que congelaba el tratamiento de las demandas repetitivas que traen causa de la misma situación estructural a la espera de que Polonia adoptara las medidas generales que se le han indicado. La sentencia se podría aplicar retroactivamente a todos los demandantes. Así el TEDH convierte la recomendación del Comité de Ministros emitida un mes antes en obligación jurídica para el Estado condenado.

Esta nueva política jurisprudencial del TEDH se ha visto confirmada por dos decisiones de Sala en Sedjovic/Italia de 10 noviembre de 2004 y Hutten-Czapska/Polonia de 22 febrero de 2005. En Hutten-Czapska/Polonia de 19 de junio de 2006 (Gran Sala) se incluye la indicación de que la reparación más adecuada para la víctima es la reapertura del procedimiento. También en Lukenda/Eslovenia de 6 de octubre de 2005, en un caso de dilaciones indebidas de un juicio, el TEDH indica al Estado en la parte dispositiva de la sentencia que debe crear recursos eficaces que limiten la duración de los procedimientos ya que las dilaciones indebidas son un problema estructural de los juicios en Eslovenia. Con ello le está señalando cuál es exactamente el contenido de sus obligaciones positivas.

Xenides/Turquía afectó a una grecochipriota del Norte de Chipre a la que los militares turcos expulsan de su hogar. El TEDH señala que tal actuación es contraria al derecho del artículo 8 sobre el respeto de la vida privada y familiar. Pero además indica al Estado que hay más de 1400 demandas individuales similares provocadas por las autoridades del Estado invasor. Por eso, con base en el artículo 46 el TEDH dice que Turquía debe establecer un recurso que repare de modo eficaz todos los asuntos similares pendientes de resolución y que el recurso debe ser ejercitable 3 meses después de la fecha en que se haga pública la sentencia.

Con este tipo de sentencia, el TEDH está inaugurando una nueva manera de actuar más proactiva en la que, si conoce la manera más eficaz y/o correcta de ejecutar una de sus sentencias y estamos ante una situación de violación estructural y repetitiva, se la indica al Estado condenado.

4.2.4 Las opiniones consultivas

El CEDH otorga al TEDH una función consultiva que apenas ha sido utilizada (a diferencia de lo que ocurre en el sistema interamericano). El artículo 31 indica que las peticiones de dictamen serán resueltas por la Gran Sala. Y el artículo 47 indica que el único legitimado para solicitarlas es el Comité de Ministros, lo cual supone una diferencia con el gran número de legitimados activos en el sistema interamericano.

El artículo 48 establece que el TEDH estudiará su competencia para estudiar la solicitud de dictamen que debe versar sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del CEDH o sus protocolos (artículo 47.1) pero que no se refieran a cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos ni sobre cuestiones de las que se estuviese conociendo en el TEDH o el Comité de Ministros de resultados de la presentación de un recurso (artículo 47.2). De este modo, se evita el uso de la vía consultiva cuando realmente lo que se quiere hacer es un uso contencioso del Tribunal.

Con estas limitaciones, es comprensible que hasta 2004 nunca el TEDH se haya pronunciado respecto a una opinión consultiva y que sólo haya habido tres hasta la fecha.

27. Garriga Domínguez, A. y otros: Informe El tiempo de los derechos, núm. 12: La controvertida eficacia directa de las sentencias del TEDH, p. 11, accesible en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/dic10/06.pdf>

En el Dictamen de 2 de junio de 2004, el TEDH indicó que no entra en sus competencias consultivas, sino contenciosas, decir si la Comisión prevista en el Convenio de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la CEI (en vigor desde 1998) es una instancia internacional de solución de controversias que excluye la presentación de una posterior demanda ante el TEDH ex artículo 35 como condición de admisibilidad).

En el dictamen de 12 de febrero de 2008 el TEDH estudió una cuestión de cuotas de candidatas mujeres en relación a la presentación de la terna nacional de candidatos a jueces del TEDH.

Y en el dictamen de 22 de enero de 2010 el TEDH se pronunció sobre si un Estado que ha presentado una terna de nombres para la elección de juez puede retirar dicha terna y presentar una nueva y si el Estado debe completar la terna con un nuevo nombre si uno de los candidatos cuyo nombre ya ha sido presentado decide por motivos personales renunciar a su candidatura.

El Protocolo 16, que aún no está en vigor, ampliará las posibilidades del TEDH de pronunciarse a través de opiniones consultivas dado que permitirá que los tribunales supremos o constitucionales de los Estados partes puedan solicitar dictámenes al TEDH y no sólo el Comité de Ministros. Quizá así, con información proporcionada por el propio TEDH a los altos tribunales habrá menos demandas ante el TEDH contra esos Estados.

4.2.5. La jurisprudencia del TEDH: criterios de interpretación

El TEDH –y la Comisión Europea de Derechos Humanos antes que él–, siempre han sido conscientes de que el éxito de su misión pasaba por que los Estados tuvieran confianza en ellos y no se sintieran amenazados. Por eso han sido extremadamente cautos interpretando los derechos del CEDH. Han acuñado conceptos como el del margen de apreciación que tienen los Estados, los cuales están situados en mejor posición que el TEDH para conocer y entender la realidad nacional y resolver la cuestión litigiosa. El TEDH ha respetado escrupulosamente el principio del previo agotamiento de los recursos internos, inadmitiendo un sinnúmero de demandas por este motivo. Ha tenido también que lidiar con temas especialmente sensibles como el terrorismo, el aborto, la eutanasia, el divorcio, la homosexualidad o la transexualidad, sabiendo que las legislaciones de los Estados partes eran extremadamente diferentes entre sí. El TEDH siempre intenta buscar el equilibrio entre los intereses confrontados de los particulares y los Estados.

El TEDH no es una última instancia. No es una tercera o cuarta instancia. No es el último recurso disponible en el sistema judicial de un Estado. El TEDH sólo se ocupa de derechos humanos y ni siquiera de todos ellos sino de los recogidos en el CEDH y sus protocolos. El TEDH suele tener un enfoque minimalista en el sentido de que suele contestar al caso que se le pregunta sin hacer disquisiciones teóricas

sobre el alcance de tal o cual derecho del CEDH. No hace teorías generales. Esto casa bien con su imagen de prudencia pero lleva a que se pierda un poco de riqueza en la argumentación. El TEDH sabe que la legislación de los Estados muchas veces es muy diferente entre sí de manera que se limita a constatar si el caso de autos viola el CEDH o no, sin pronunciarse sobre si otras legislaciones similares también violarían el CEDH.

El TEDH tampoco es un tribunal constitucional porque no puede declarar la nulidad de una ley, reglamento, acto administrativo, sentencia de un juez interno, ni puede retrotraer los procedimientos. Sólo estima la violación o no violación del CEDH y fija en su caso una compensación que trate de paliar el daño en los casos de imposibilidad de reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de la lesión. Tampoco es un tribunal internacional sin más porque fue el primero de ellos que rompió con la larga tradición de derecho internacional según la cual ante los tribunales internacionales sólo los Estados podían demandar a otros. El TEDH admite demandas individuales y, de hecho, éstas constituyen el grueso de su trabajo. Además, es un tribunal de jurisdicción obligatoria para los Estados partes.

Dada la imposibilidad de analizar en estas líneas la inmensa e intensa jurisprudencia emitida por el TEDH a lo largo de su historia (empeño en el que pecaríamos de superficialidad), se darán únicamente unas pinceladas (que no pretenden ser tampoco exhaustivas) de algunas de las líneas jurisprudenciales que ha abierto el TEDH (y antes también la Comisión Europea de los Derechos Humanos). Se explicará por tanto de modo somero algunos de los criterios de interpretación que ha usado el TEDH y cómo éste ha ampliado la protección de los derechos hasta otros no expresamente recogidos en el CEDH. Entre ellos se pueden mencionar el criterio de la interpretación evolutiva, esto es, el entender que el CEDH es un instrumento vivo que hay que interpretar según sean las condiciones de cada momento; un criterio que casa bien con la interpretación teleológica de los tratados que predica el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su artículo 31.

Así, en *Goodwin e I/Reino Unido* de 11 de julio de 2002, el TEDH entiende que viola el artículo 12 del CEDH el que un Estado prohíba el matrimonio de transexuales cuando permite las operaciones de cambio de sexo, aunque esto es algo que difícilmente estuvo en la mente de quienes redactaron el artículo 8 y el 12 del CEDH en 1950. En *Selmouni/Francia* de 28 de julio de 1999 entiende que dado que la sensibilización de la sociedad hacia la tortura es cada vez mayor y crece la intolerancia hacia este tipo de prácticas, lo que antes no eran más que tratos inhumanos y degradantes, hoy puede ser tortura. En *L. y V/Austria* de 9 de enero de 2003 entiende que es un anacronismo y va contra la manera de pensar actual que haya una edad distinta para las relaciones sexuales homosexuales consentidas y otra para las relaciones heterosexuales.

El criterio de la interpretación evolutiva considera que el CEDH es un instrumento vivo e implica que el convenio debe ser interpretado en función de las condiciones de vida actuales. Esta interpretación evolutiva se aprecia en la apli-

cación del principio de proporcionalidad, de la teoría de los derechos efectivos y no ilusorios, de la protección indirecta de derechos no expresamente reconocidos en el CEDH y de otras técnicas como la del margen de apreciación y las obligaciones positivas²⁹. El criterio del margen de apreciación lo podemos asociar con el principio de subsidiariedad. Debido a la disparidad cultural de los Estados partes del CEDH, el TEDH considera que éstos están en contacto directo con la realidad del país y están en mejor posición para ponderar los intereses en conflicto y hacer un juicio concreto, sobre todo respecto a derechos en los que no hay mucho consenso en el marco de las legislaciones nacionales. Así, en *G./Holanda* de 2 de marzo de 1987 el TEDH entiende que no viola los artículos 4 y 14 del CEDH el que el servicio social sustitutorio holandés sea más largo que el servicio militar, argumentando el TEDH que el Estado está mejor situado que él para saber si el servicio militar en dicho país es más penoso que la prestación sustitutoria.

La aplicación de la doctrina del margen de apreciación se aprecia frecuentemente cuando el TEDH valora si la injerencia en el derecho era necesaria en una sociedad democrática. El margen de apreciación es la expresión de una necesidad funcional, puesto que el TEDH no puede conocer mejor que el propio Estado las condiciones locales de aplicación del CEDH. Además, es una exigencia ideológica, porque los Estados europeos son muy diversos y el pluralismo democrático los define. A eso debe ser sensible el TEDH, que debe respetar tanto esa pluralidad como las diferentes tradiciones culturales²⁹, lo cual se inserta en el objetivo y el espíritu general del CEDH. El TEDH va contra la uniformidad total³⁰ aunque el margen de apreciación estatal será menor cuanto más denominador común haya entre los Estados, esto es, cuanto más parecidas sean sus legislaciones internas en una materia.

Un criterio de amplio uso por parte del TEDH es el de las obligaciones positivas, o la obligación de adoptar medidas positivas, según el cual los derechos del CEDH no son sólo de abstención, sino que los Estados partes tienen la obligación de hacer (de impedir violaciones del CEDH, de prevenir, de abstenerse de injerir en los derechos, de legislar para evitar incumplimientos de particulares, de investigar las violaciones del CEDH...). El Estado cuenta con los medios para prevenir violaciones del CEDH (policiales, de los servicios sociales, de los tribunales o de las fuerzas armadas...). Todos los derechos son susceptibles de engendrar obligaciones positivas. Y todos los poderes públicos pueden ser la causa de la violación de las obligaciones positivas del Estado (policía, legislador, gobierno, jueces, administración...). Del artículo del que más fácilmente se puede extraer la idea de las obligaciones positivas es el artículo 1 del CEDH. Así, en *A/Reino Unido* de 23 de septiembre de 1998 entendió que el Estado había incumplido sus obligaciones positivas y por

tanto era responsable del maltrato sufrido por un niño a manos de su padrastro debido a que los servicios sanitarios conocían las lesiones que sufría habitualmente el niño y no tomaron medidas. En *Kalashnikov/Rusia* de 15 de julio de 2002, el TEDH entendió que puede ser trato inhumano y degradante -sin que medie ningún maltrato físico- el que un Estado mantenga sus prisiones en estado de total abandono y haya hacinamiento de internos. En el caso *Kontrova/Eslovaquia* de 31 de mayo de 2007, el TEDH condenó a un Estado incapaz de dar asistencia y seguridad a una madre y a sus hijos, víctimas habituales de la violencia del padre, quien había sido denunciado en numerosas ocasiones ante la policía. En *Nikolova y Velichkova/Bulgaria* de 20 de diciembre de 2007 ha indicado que el TEDH ha faltado a sus obligaciones positivas por condenar a una pena mínima de prisión (que además fue suspendida) a unos policías reos de asesinato y torturas. Y en *Dodov/Bulgaria* de 17 de enero de 2008, el TEDH ha entendido que el Estado ha faltado a sus obligaciones positivas por las negligencias de una residencia estatal de la tercera edad, de la que desapareció un anciano con Alzheimer que no fue nunca encontrado. Pero las obligaciones positivas no llegan a tanto como para que se tenga que vigilar policialmente la casa de un detenido a fin de que no le roben (*Blumberga/Letonia* de 14 de octubre de 2008).

El TEDH tiende a proteger derechos que no están en el CEDH por ricochet o por carambola (técnica que permite al TEDH proteger un derecho no previsto en el CEDH a través de otro que sí lo está). Muchos de esos "nuevos" derechos son socio-económicos, y han dado lugar a una jurisprudencia "social" del TEDH, como el derecho a un medio ambiente sano, que afecta al derecho al respeto de la vida familiar (*Pilar Moreno/España* de 16 de noviembre de 2004³¹). La noción de las obligaciones positivas, junto con la cláusula de igualdad (valor inherente a los derechos sociales) del artículo 14 del CEDH, ha propiciado la emergencia de una jurisprudencia social en el marco de su mecanismo de control. Si aceptamos, como no puede ser de otro modo, la indivisibilidad de los derechos humanos, la distinción entre derechos cívico-políticos y derechos socio-económicos no deja de ser artificial (es más, hay algunos de naturaleza mixta, como la educación, sindicación...). El TEDH ha denominado a esto las prolongaciones de orden económico y social de los derechos del CEDH en el asunto con el que inició esta saga, el asunto *Airey/Irlanda* de 9 de octubre de 1978. También se puede citar el caso *Hamer/Bélgica* de 27 de noviembre de 2007 que da prioridad a los valores ambientales frente al derecho de un propietario a construir en su parcela. El TEDH ha entendido que el CEDH garantiza el derecho a que las resoluciones judiciales estén motivadas como una prolongación del derecho a un juicio justo aunque el artículo 6 del CEDH no lo mencione expresamente (*Hirvisaari/Finlandia* de 27 de septiembre de 2001). También ha creado una jurisprudencia acerca de las garantías que deben exigirse a la expulsión de extranjeros cuando queda afectada su vida familiar (*Berre-*

28. Marc-André Eissenn señala que el TEDH no declara el derecho en vigor de hoy, sino el derecho de mañana (Eissenn, M.-A.: *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 1985, Civitas).

29. TEDH, *Casado Coca/España* de 24 de febrero de 1994, párrafo 54.

30. TEDH, *Sunday Times/Reino Unido* de 26 de abril de 1979, párrafo 61.*

31. Martín-Retortillo, L.: *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europea*, 2006, Civitas, Madrid; Ripol Carulla, S.: *El sistema de protección de los derechos humanos y el derecho español*, 2003, Barcelona, Atelier.

hab/Holanda de 21 de junio de 1988).

5. El futuro del sistema judicial del CEDH

Pese a que el Protocolo 11 vino a traer agilidad al sistema de protección de los derechos del CEDH, no consiguió evitar el atasco creciente de demandas que se acumulan ante el TEDH sin resolución (las demandas crecen a un ritmo de 15% cada año). La entrada en vigor del Protocolo 11 mejoró la rapidez con la que se despachan los casos (sobre todo al convertir el funcionamiento del TEDH en permanente) pero la entrada en el Consejo de Europa de los Estados del Este de Europa (algunos con una población muy numerosa, como Rusia) ha ampliado sobremanera el número de Estados que pueden ser demandados y, al tratarse de Estados con poca tradición democrática, las demandas contra ellos se han disparado. Además, en los países de la órbita más occidental de Europa cada vez hay un mayor conocimiento por parte de la población del mecanismo de protección de los derechos humanos del CEDH, razón por la cual también se presentan más demandas contra ellos. Desde el 1 de noviembre de 1998, fecha de la entrada en vigor del Protocolo 11, el TEDH ha emitido más de 200000 decisiones de inadmisibilidad. En 2008, casi 32.000 demandas fueron tratadas por el TEDH, dando lugar a 1900 sentencias y a 30000 decisiones de admisibilidad o inadmisibilidad.

Al fenómeno de la multiplicación exponencial del número de demandas hay que añadir otros dos problemas, a saber: el gran número de demandas banales o mal fundadas, que son directamente inadmitidas pero que hacen perder tiempo al Tribunal y el gran número de demandas en las que simplemente se reiteran hechos que ya han sido juzgados por el TEDH en asuntos previos, variando sólo el nombre de quien demanda (casos con la misma causa estructural o sistémica, que están dando lugar a sentencias "piloto"). En dichos casos, parece evidente que mientras el Estado en cuestión no solucione el problema estructural que da lugar a la presentación de tantas demandas individuales contra él (violaciones sistemáticas), las demandas seguirán llegando. Así, son recurrentes las demandas contra la justicia en Italia, las expropiaciones en Polonia, los ataques contra kurdos en Turquía, las demandas de chechenos contra Rusia y las de población separatista de Abjasia y de Osetia del Sur contra Georgia. Como ejemplo, más de 2700 sur-osetios han presentado demanda contra Georgia tras la guerra del verano de 2008. La presentación de una demanda interestatal quizá serviría para afejar la conducta al Estado incumplidor en situaciones en las que, muchas veces, lo que existe es una ley injusta, una crisis humanitaria subyacente o una situación de violación flagrante de derechos humanos. Sin embargo, el mecanismo de las demandas interestatales está absolutamente infrautilizado, con menos de una treintena de demandas contra Estados presentadas a lo largo de la historia del sistema del CEDH. En cambio, al TEDH le llegan anualmente demandas individuales por decenas de miles. Como ejemplo de todo esto, se puede poner el ejemplo del año 2003, en el que se presentaron 18023 demandas (últimamente se ha llegado a presentar más de 50000), de las que sólo fueron admitidas 753. De ellas, el 60% acabó con

una sentencia idéntica a otra previa, y el número de casos repetitivos sigue in crescendo.

Somos 800 millones de europeos para un único Tribunal. A lo que hay que añadir que cualquier persona no europea sometida a la jurisdicción de uno de los 47 Estados partes del CEDH también puede demandar. El número de demandas sigue aumentando pese a que el Protocolo 14 añadió un polémico requisito de admisibilidad a las demandas individuales consistente en que el TEDH puede decidir la inadmisión cuando el demandante no haya sufrido un perjuicio importante y salvo que el respeto de los derechos humanos garantizado por el CEDH o sus Protocolos exija examinar el fondo de la demanda y siempre que no se rechace por este motivo un caso que no haya sido debidamente examinado por un tribunal interno. Este requisito demuestra el interés del TEDH por concentrarse en asuntos que impliquen grandes cuestiones jurídicas (principio de *minimis non curat praetor*). Es más, la previsible entrada en vigor del Protocolo 15 supondrá la supresión de la parte de la frase de este requisito de admisibilidad que dice "y siempre que no se rechace por este motivo un caso que no haya sido debidamente examinado por un tribunal interno", lo cual permitirá la inadmisión de un mayor número de demandas que incluso hoy día.

Pero de todos los cambios que trajo consigo el Protocolo 14, quizá el más fundamental sea la posibilidad de que el TEDH resuelva asuntos en formación de juez único. El Protocolo está diseñado para dar al TEDH los medios y la flexibilidad para poder procesar las demandas en un plazo razonable y poder dedicar más tiempo a los asuntos más complicados. Su objetivo es reducir el tiempo que pasa el TEDH ocupándose de asuntos claramente inadmisibles y de casos repetitivos (también llamados clónicos). El formato del juez único, aunque resulte polémico y posiblemente menos garantista que el del un funcionamiento colegiado, permite al TEDH desembarazarse con bastante celeridad de este tipo de casos.

El Protocolo 14, con sus puntos positivos y con sus puntos negativos, es la solución provisional para un atasco del TEDH que se ha convertido ya en insostenible. Sin embargo, no es la solución definitiva puesto que el TEDH vuelve a estar saturado y tarda cada vez más en resolver. En 10 años el número de demandas se ha multiplicado por 10 y el 80% de las mismas afecta siempre a unos mismos Estados, 12 de los 47 Estados partes. 12 Estados acumulan el 86% de las sentencias condenatorias y de Rusia proceden un \square de los casos pendientes ante el TEDH.

En general, las demandas pueden ser catalogadas en 3 grupos: un buen número (90%) son demandas claramente inadmisibles sin necesidad de ser siquiera comunicadas al Estado demandado. Aun así, el TEDH debe dar una respuesta individual a los demandantes. Las demandas repetitivas (50%) ya han sido objeto de estudio por el TEDH pero en ellas se da la circunstancia de que el Estado no ha resuelto el problema de fondo que lleva a los particulares a demandar, lo cual retroalimenta el sistema y hace que sigan llegando demandas por el mismo supuesto de hecho pero con diferentes víctimas, lo cual a su vez lleva al TEDH a emitir

sentencias muy sucintas, en las que simplemente cita y recuerda los precedentes del TEDH en esa materia. En estos casos clones el TEDH ya no puede hacer más, recayendo en el Estado la responsabilidad de arreglar el problema del fondo. Sólo unas pocas demandas plantean cuestiones nuevas para el TEDH.

El TEDH ha tomado ya algunas decisiones para mejorar su eficacia. Entre ellas, ha creado una nueva Sección; promueve los acuerdos amistosos; desarrolla el procedimiento de la sentencia piloto; simplifica la redacción de las sentencias y acepta las declaraciones unilaterales de violación. Pero con esto no se resuelven todos los problemas. Hay una presión de trabajo creciente en el TEDH. Sólo en 2009 se presentaron 57000 nuevas demandas presentadas. A día de hoy y con su estructura actual, el TEDH puede llegar a emitir, en el mejor de los casos, unas 2000 sentencias al año, pero seguirá teniendo un déficit de unas 1800 demandas por mes. Y aunque el 90% de las demandas sean inadmitidas, del 10% que son admitidas el TEDH encuentra violación del CEDH en el 83%, lo cual es una cifra muy elevada.

Existe una situación de asfixia del sistema. Según el informe de la Comisión de Cuestiones Jurídicas y de Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 21 de enero de 2010, el TEDH no tiene los medios para hacer justicia a todos los individuos y el sistema del juez único es un *cache misère* que mantiene la ficción de que el TEDH examina el fondo de todos los asuntos. Además, los Estados que incumplen y acumulan demandas repetitivas no son condenados a pagar daños o intereses punitivos y ejemplarizantes³². Sin embargo, en Europa hay resistencia a la idea de que el sistema se convierta en una jurisdicción como la del Tribunal Supremo de EEUU, que elige aquellos casos más emblemáticos que quiere juzgar, descartando los demás, especialmente los repetitivos (sistema de *pick and choose*). Tal posibilidad, atractiva para que el TEDH pudiera profundizar en asuntos realmente nuevos o relevantes que abran nuevas vías de investigación del derecho internacional de los derechos humanos, provocaría desde una visión europea indefensión porque la grandeza del sistema es que todo individuo tiene derecho a reclamar y a que su causa sea estudiada, aunque sea para inadmitirla.

Por todo ello, sigue siendo pertinente tener en cuenta las propuestas que se hicieron en el Informe del Comité de Sabios que se reunió en 2006. En mayo de 2005, cuando hacía solo un año de la conclusión del Protocolo 14, los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa, reunidos en Varsovia, decidieron crear un Comité de Sabios que les asesorara sobre cómo mejorar en el largo plazo la

efectividad del mecanismo de control del CEDH, incluyendo los efectos iniciales de la puesta en marcha del Protocolo 14 de mayo de 2004. Aun partiendo de la aplicación del Protocolo 14 sabían que éste no era la respuesta definitiva a la sobrecarga de trabajo del TEDH y pidieron consejo sobre cómo mejorar el funcionamiento del TEDH a largo plazo.

El informe del Comité de Sabios fue hecho público en noviembre de 2006 en Estrasburgo³³ e incluye medidas que afectan a la estructura de la maquinaria judicial, a las relaciones entre el CEDH y sus Estados partes, medios no judiciales alternativos o complementarios y el status de los jueces del TEDH. Entre las medidas propuestas están:

Que se puedan hacer enmiendas al sistema judicial del TEDH sin necesidad de realizar enmiendas al CEDH, para hacer más flexible el trabajo del TEDH. Se harían a través de resoluciones del Comité de Ministros, sin que estas reformas pudieran afectar al catálogo de derechos del CEDH.

Establecer un nuevo sistema de filtro. La idea sería crear un Comité Judicial, segregado del TEDH pero con personas elegidas de modo independiente, que hiciera las funciones que el Protocolo 14 otorga a los Comités y al juez único (demandas claramente inadmisibles o reiterativas). Así, cuando el TEDH se ocupara de un asunto, sería con la garantía de que siempre habrá una sentencia o resolución final sobre el fondo.

Reforzar la autoridad de las sentencias del TEDH en los Estados miembros, para lo cual se aconseja traducir las sentencias a todos los idiomas, publicarlas ampliamente, distribuir las entre colegios de abogados y universidades...

Respecto a los Dictámenes, se sugería la conveniencia de establecer un diálogo entre los tribunales de los Estados miembros y el TEDH para asegurarse de que conozcan bien la labor del TEDH. Para ello se crearía la posibilidad de una petición de dictamen diferente de la facultad que tiene el Comité de Ministros ex artículo 47, una suerte de cuestión prejudicial. Esta sugerencia ya ha sido atendida y figura en el Protocolo 15, aún no en vigor.

Mejora de los mecanismos nacionales para reparar violaciones del CEDH (recursos efectivos ante las instancias nacionales), lo cual redundaría en que no volvieran a llevarse casos contra el mismo Estado por un mismo tipo de asunto. El propio Estado, al introducir mecanismos internos de recurso efectivo, lo evitaría.

Necesidad de reformar la concesión de satisfacción equitativa: hace falta cambiar el artículo 41, dejando que el TEDH se tenga que ocupar menos de este asunto.

Usar más el procedimiento del caso piloto, en el caso de violaciones sistemáticas del CEDH, a gran escala.

Promover la conversión del arreglo amistoso en una auténtica mediación que promuevan el TEDH e incluso el Comité Judicial, y durante la cual el TEDH suspenda el procedimiento.

32. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos: *The future of the Strasbourg Court and enforcement of ECHR standards: reflections on the Interlaken process Conclusions of the Chairperson, Mrs Herta Däubler-Gmelin, of the hearing held in Paris on 16 December 2009*, accesible en http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2010/20100121_ajdoc06%202010.pdf En él, Herta Däubler-Gmelin propone crear una especie de recurso por incumplimiento en el Consejo de Europa similar al que existe en el ámbito de la UE, para sancionar a los Estados que incumplen las sentencias del TEDH.

33. Accesible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063779>

Promover un rol más activo del Comisario de derechos humanos en relación con el sistema del CEDH. Aunque su labor es preventiva y no punitiva la idea sería asociar su trabajo a la ayuda al TEDH, identificando con sus visitas situaciones que pueden llevar a violaciones sistemáticas de derechos humanos.

Estas propuestas del Comité de Sabios siguen siendo válidas (aunque unas más que otras) y muchas deberían ser puestas en práctica. El Comité de Sabios agudizó el ingenio para evitar soluciones que no le parecían apropiadas para el sistema del CEDH como el sistema del pick and choose del Tribunal Supremo de EEUU, que en Europa nos resulta ajeno y caprichoso, o como el sistema de la UE de remisión prejudicial (porque el sistema del CEDH se basa en las demandas directas) o como la creación de tribunales regionales (que pueden llevar a dispersión y a interpretaciones dispares del CEDH).

Al margen de las anteriores, otras propuestas podrían ser crear secciones especializadas; crear una cámara de apelación; que ciertas funciones que cumplen ahora los jueces las lleven a cabo los letrados; que se cree un tribunal de primera instancia, similar al de la UE; que los Estados que no cuentan con ellos creen recursos de amparo ante sus jurisdicciones de última instancia; aumentar el número de jueces; asignar a algunos jueces la función de filtrar demandas únicamente o crear un órgano para las demandas repetitivas. Sin embargo, cualquier propuesta deberá evitar la dispersión de la jurisprudencia y que pierda la unidad de criterio.

Las ONG presentes en la conferencia de Interlaken de 2010 solicitaron de cara a una futura reforma del sistema que se mantenga íntegra la capacidad para los individuos de presentar demandas sin límites adicionales; que se cree un mecanismo de filtro que descarte ese 90% de demandas que no cumplen los criterios de admisibilidad; que las demandas se emitan en un plazo razonable y el TEDH cuente con los recursos humanos y financieros de los que ahora carece; que los Estados traduzcan las sentencias del TEDH y les den la debida publicidad a fin que se conozcan; y que se garanticen los conocimientos de idiomas y de derecho internacional de los derechos humanos entre los futuros jueces. Al mismo tiempo, se mostraron contrarias a limitar el acceso al TEDH; el sistema de pick and choose en el que el tribunal elige los casos que quiere juzgar; exigir costas procesales a los reclamantes a fin de desincentivarlos; añadir criterios de admisibilidad restrictivos; exigir que el demandante se exprese en inglés o francés y que deba estar representado por abogado desde el primer momento.

6. Conclusiones

Uno de los ex Presidentes del TEDH, el suizo Luzius Wildhaber, definió al CEDH como la joya de la corona y como lo mejor que le ha pasado a Europa en cuestión de

derechos humanos en los últimos 60 años³⁴. Sin embargo, la joya de la corona ha estado a punto de morir de éxito y muy especialmente su recurso individual. La grandeza del sistema del CEDH consiste en que no sólo se ocupa de violaciones de derechos humanos especialmente graves, que ocupen titulares. Precisamente su éxito se debe a la "universalidad" del sistema. El TEDH cumple la función doble de garantizar unos valores comunes en materia de derechos humanos y asegurar su control individual. El sistema se basa en el principio de subsidiariedad en virtud del cual incumbe al Estado en primer lugar prevenir las violaciones y reparar las mismas. El TEDH no es una instancia de apelación o una cuarta instancia de las resoluciones judiciales internas.

No es vocación del TEDH rechazar 90 de cada 100 demandas presentadas, habrá que hacer que se conozca mejor el sistema para que se presenten sólo demandas que puedan prosperar. Por eso en los próximos años seguiremos hablando de la necesidad de reexaminar el mecanismo judicial del CEDH en aras a lograr una mayor eficacia. El Protocolo 14 no es una solución definitiva. Esto era algo que se sabía ya durante la conclusión de este tratado. El TEDH continúa en una situación límite. En septiembre de 2008 emitió su sentencia 10000. Adolece principalmente de tres graves problemas: cada vez se presentan más casos que no tienen ninguna posibilidad de prosperar; se están empezando a presentar casos por violaciones de derechos a gran escala (por ejemplo, derivados de guerras) para cuya resolución el TEDH no está preparado y cada vez se presentan más casos repetitivos y mientras el Estado no cambie su legislación o la práctica que provoca dichos asuntos, los casos seguirán llegando al TEDH. El TEDH se ve obligado hoy día, por el gran número de demandas que tiene pendientes, a tratarlas por orden de prioridad y no de registro, dejando para el final las demandas repetitivas (aunque estén bien fundadas) porque el Estado ya sabe qué medidas debe adoptar en esos casos. Por eso las sentencias en casos de demandas repetitivas se limitan a unas pocas líneas y no representan más que un ejercicio contable en el que se enumeran precedentes y se da una satisfacción equitativa.

Se hace necesario racionalizar de nuevo el sistema, adecuarlo a los tiempos que corren y al número creciente de Estados partes, como ya se hizo con el Protocolo 11 y el Protocolo 14. Para lograr este objetivo será útil, incluso necesario, tener en cuenta las recomendaciones del Comité de Sabios (algunas de las cuales ya han empezado a implantarse) porque el sistema del CEDH debe funcionar y funcionar bien. No tenemos alternativa al mismo y, además, ha sido y es uno de los mayores logros de la integración europea y, sin duda, el mayor logro en la integración a través de los derechos humanos. Desde que el Consejo de Europa, de modo pionero, asumió como tema preferente en su agenda los derechos fundamentales, su ejemplo y sus enseñanzas han ayudado a recorrer el camino en esta materia no sólo de la UE sino también de la OSCE y otras organizaciones eu-

34. Wildhaber, L.: Speech given by Mr Luzius Wildhaber, former President of the European Court of Human Rights, on the occasion of the opening of the judicial year, 19 January 2007, accessible en http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2006_ENG.pdf

ropeas, americanas y africanas. No es casualidad que la Organización se creara en 1949 y que sólo un año después ya hubiera concluido el convenio más emblemático que existe a escala regional en materia de derechos fundamentales.

La labor del Consejo de Europa constituye todo un referente en materia de derechos fundamentales incluso tras la incorporación al mismo de los países de la Europa del Este. Sigue siendo una organización humanista, antropocéntrica, centrada en el valor y la dignidad de la persona humana, de toda persona humana, no sólo las nacidas en un determinado lugar. El CEDH constituye una expresión clara de integración europea a través de los derechos humanos, incluso ahora que el sistema sufre saturación. De hecho, esta saturación del sistema es muestra evidente de su éxito. La protección de los derechos humanos es utilizada cada vez más como modo de lograr un standard común entre 47 Estados europeos que quieren compartir unos mismos valores. Con todos los defectos que podamos achacar al sistema y que han quedado de manifiesto en estas líneas, sus Estados participantes tienen la voluntad de armonizar las garantías que ofrecen a los ciudadanos y esto, en sí, ya es un signo de integración. ■

35. Polish Helsinki Foundation for Human Rights: "El futuro incierto del TEDH" en *Liberties.EU*, 14 de abril de 2014, accessible en <http://www.liberties.eu/es/news/conferencia-tribunal-europeo-derechos-humanos>

ACCESO A LA JUSTICIA

Análisis y perspectivas de los nuevos desafíos

Juan Sebastian De Stefano

Madrid, España
2014

La Cudela

Urbe plus

Juan Sebastián DE STEFANO

ACCESO A LA JUSTICIA

Análisis y perspectivas de los nuevos desafíos

- Problemática
- El Rol del Poder Judicial en el Acceso a la Justicia
- Políticas de Acceso en la actualidad
- Agendas de la sociedad civil en las políticas públicas orientadas al Acceso a la Justicia