

EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. APUNTES SOBRE EL SISTEMA DE CONTROL DEL CONVENIO

SANTIAGO QUESADA POLO¹

Letrado principal de la Secretaría del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

I. Presentación - El Consejo de Europa como marco institucional - a. El congreso de la Haya de 1948 - b. Creación del Consejo de Europa: Londres 5 de Mayo de 1949 - c. Estructura del Consejo de Europa.— II. El Convenio Europeo de Derechos Humanos - A. Antecedentes - B. Los derechos protegidos - i. El núcleo duro de derechos inderogables - ii. El grupo de derechos mínimos - iii. Los derechos restringidos - iv. Otros derechos recogidos en los Protocolos - C. España y el Convenio - D. El mecanismo de control - E. El Protocolo N° 11 y la reforma del sistema de control - antecedentes - i. Principales modificaciones del sistema de control - procedimiento ante el Tribunal - a. Organización del nuevo Tribunal - i. Composición - ii. Duración del mandato de los jueces - iii. Funcionamiento - iv. período transitorio - b. El derecho de recurso individual: procedimiento aplicable - 1. La fase de admisibilidad de la demanda - i. Fase preregistrada de la demanda - ii. Fase registral - iii. Admisibilidad de la demanda - 2. Fase de sentencia - F. Las condiciones de admisibilidad - a. El agotamiento de los recursos internos - b. La presentación de la demanda en el plazo de seis meses - c. La compatibilidad con el Convenio: i. Ratione temporis - ii. Ratione loci - iii. Ratione personae - iv. Ratione materiae: a. Derechos no garantizados - b. Derechos derivados - v. El defecto manifiesto de fundamento vi. Otros motivos de inadmisibilidad - G. La adopción de medidas cautelares (antiguo artículo 36 del Reglamento de la Comisión, actual artículo 39 del Reglamento interior del nuevo Tribunal) - H. El procedimiento aplicable a las demandas estatales.— III. Señas de identidad - i. Garantía colectiva de los derechos protegidos - ii. Carácter subsidiario del Convenio - iii. Se dota a las personas de personalidad jurídico-internacional - iv. Instauración de un sistema exclusivo y excluyente de protección de los derechos fundamentales - v. Adopción de un mecanismo de control de índole jurisdiccional.— IV. Principios jurisprudenciales - i. El efecto útil del Convenio - ii. Las obligaciones positivas de los Estados - iii. El margen de apreciación nacional - iv. Interpretación evolutiva del Convenio - Conclusión.

¹ Las opiniones expresadas en la presente ponencia son las de su autor y no representan la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

I. PRESENTACIÓN - EL CONSEJO DE EUROPA COMO MARCO INSTITUCIONAL

Fundado en 1949, el Consejo de Europa constituye la primera organización regional europea. Surge como consecuencia de la terrible contienda bélica y del choque político y emocional que supuso la Segunda Guerra Mundial a iniciativa de prohombres europeos miembros e impulsores del Movimiento Federalista Europeo como W. Churchill, A. De Gasperi y R. Schuman. Su ambición: la reconciliación de los europeos en torno a un conjunto de valores democráticos compartidos por las opiniones públicas europeas.

A. EL CONGRESO DE LA HAYA DE 1948

La idea del Consejo de Europa como una organización cuyos objetivos serían el de acercar a los pueblos europeos mediante la asunción del Estado democrático, el respeto de los derechos fundamentales y de las libertades públicas se fragua en el Congreso de la Haya organizado por el Movimiento europeo y celebrado en la ciudad holandesa entre los días 7 y 10 de Mayo de 1948². Curiosamente, fue la comisión cultural del congreso, encabezada por Salvador de Madariaga y por Denis de Rougemont, quienes propusieron la creación de una corte suprema encargada de velar por el respeto de los derechos contenidos en una Declaración de Derechos Humanos redactada por la comisión mediante decisiones vinculantes para los Estados Partes³.

B. CREACIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA: LONDRES 5 DE MAYO DE 1949

El 5 de Mayo de 1949, en Londres, se crea el Consejo de Europa con la firma de su Estatuto. Compuesto inicialmente de diez países miembros (Francia, Reino Unido, los tres países del Benelux, Irlanda, Italia, Dinamarca, Noruega, Suecia), el Consejo de Europa se fijaba como objetivos y campo de actuación específicos la defensa de las libertades públicas y la preeminencia del derecho, bases de toda democracia verdadera así como la salvaguarda y el desarrollo de los derechos humanos fundamentales. La sede quedó fijada en Estrasburgo, ciudad renana, símbolo de la reconciliación franco-alemana. Su financiación corre a cargo de los Estados miembros en función de la riqueza y de la población de cada Estado.

2 P.-H Teitgen: "Introduction to the European Convention on Human Rights" publicado en la obra colectiva "The European System for the protection of Human Rights". Martinus Hijhoff Publishers, 1993.

3 Emmanuel Decaux: "Les Etats Parties et leurs engagements" en obra colectiva sobre "la Convention européenne des Droits de l'Homme: commentaire article par article" editado por Economica 1995.

C. ESTRUCTURA DEL CONSEJO DE EUROPA

La estructura del Consejo de Europa se articula alrededor de tres órganos institucionales:

1) el Comité de Ministros constituye el órgano político decisorio de la organización. Compuesto por los ministros de Asuntos Exteriores de los países miembros o por sus representantes permanentes en Estrasburgo, refleja el carácter de organización intergubernamental. Corresponde al Comité de Ministros la aprobación de los presupuestos, la adopción de convenios y recomendaciones y del programa de trabajo de la organización. Asimismo constituye uno de los órganos de control del Convenio como veremos ulteriormente;

2) la Asamblea Consultativa, posteriormente rebautizada como Asamblea Parlamentaria, formada por delegaciones parlamentarias nacionales designadas por los parlamentos de cada país;

3) la Secretaría General desempeña la función ejecutiva con un Secretario General a su cabeza, elegido por la Asamblea Parlamentaria. Asiste a los órganos políticos y ejecuta las actividades y mandatos conferidos por el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria.

D. EL CONSEJO DE EUROPA: CLUB DEMOCRÁTICO DEL VIEJO CONTINENTE

En calidad de club democrático continental, el Consejo de Europa ha ido integrando al filo de los años todos los Estados con marchamo democrático del viejo continente y en la actualidad son miembros todos los Estados europeos con la excepción de Serbia, Bosnia y Belarusia⁴.

II. EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A. ANTECEDENTES

Como hemos apuntado más arriba, al término de un intenso trabajo doctrinal y conceptual y tras superar las lógicas divergencias, el Movimiento Europeo presentó ante el Comité de Ministros del Consejo de Europa (recién constituido), un anteproyecto de Convenio que fue elevado a la Asamblea Consultativa, para dictamen. En base a los derechos integrantes de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el proyecto de texto remitido enunciaba las líneas maes-

4 En cuanto a los Estados del Cáucaso Georgia y Azerbaiján, aún queda por dilucidar si tienen vocación a formar parte de la organización. Armenia ostenta ya el estatuto de invitado especial de la Asamblea Parlamentaria y ha iniciado el proceso de acercamiento con vistas a su adhesión. En cuanto al Estado Vaticano, desde 1976 disfruta del estatuto especial asimilable al de observador (decisión del Comité de Ministros CM/DEL/CONC(76)255/V).

tras del futuro convenio en lo referente a los derechos y libertades recogidos y en cuanto al sistema de control (compuesto de una Comisión y un Tribunal) necesario para verificar el efectivo cumplimiento de los derechos proclamados. Se precisaba el mecanismo de control en torno a lo que denominará una «garantía colectiva» y sobretodo a la novedosa inclusión del derecho de recurso individual ante la Comisión. La Asamblea Consultativa aprobó el 8 de Septiembre de 1949 el anteproyecto de texto por 64 votos a favor, 1 en contra y 21 abstenciones.

El anteproyecto adoptado por la Asamblea Consultativa fue remitido al Comité de Ministros quien lo trasladó para examen a un comité de expertos y después a otro de altos funcionarios. El texto definitivo del Convenio recibió el apoyo unánime de la Asamblea el 25 de Agosto de 1950 aunque preconizando la incorporación del derecho de propiedad, del derecho a la educación y del derecho a elecciones libres. Finalmente, el Comité de Ministros abrió el Convenio a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa en una sesión solemne celebrada en Roma el 4 de Noviembre de 1950. El Convenio entró en vigor el 3 de Septiembre de 1953, con el depósito del décimo instrumento de ratificación. Al Convenio han venido añadiéndose once Protocolos; cuatro de ellos, los N° 1, 4, 6 y 7 de carácter sustantivo por cuanto incorporan al acervo convencional nuevos derechos y libertades mientras que los siete restantes, N° 2, 3, 5, 8, 9, 10 y 11 introducen modificaciones de índole procesal o de organización.

Veamos en primer lugar los derechos protegidos.

B. LOS DERECHOS PROTEGIDOS

Acertadamente Lezertúa apunta que por razones de urgencia, de sistemática jurídica y de prioridad política se consideró adecuado recoger sólo derechos humanos clásicos aunque se incluyeran también algunos derechos sociales⁵. En aras de mayor claridad de la exposición optamos por agrupar los derechos y libertades protegidos en tres compartimentos por supuesto no estancos⁶.

5 Manuel LEZERTUA: «*la problemática de la admisibilidad en el Convenio europeo de Derechos Humanos*» Jornadas sobre la jurisprudencia europea en materia de Derechos humanos, Bilbao septiembre 1990; publicado por el Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco.

6 DE SALVIA propone una clasificación cuatripartita ligeramente diferente basada en: primero las disposiciones de carácter general (derecho a un recurso efectivo, las limitaciones en bien del interés público y el principio de no discriminación); segundo los derechos inderogables (el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y los malos tratos, la prohibición de los trabajos forzados, el principio de legalidad e irretroactividad de las penas; tercero los derechos derivados de la administración de justicia (las garantías en materia de privación de libertad, la buena administración de justicia); cuarto los derechos sometidos al margen de apreciación de los Estados (la vida privada y familiar, las libertades de expresión, de asociación, el derecho de propiedad y otros derechos y libertades). «*La Convenzione europea dei Diritti dell'huomo*», Editoriale Scientifica 1997, pp. 75-118; Ver también del mismo autor: «*Lineamenti di Diritto europeo dei Diritti Dell'huomo*», Editado por CEDAM 1991.

i. El núcleo duro de derechos inderogables

De conformidad con el artículo 15 del Convenio completado por el artículo 3 del Protocolo N° 6, el sistema convencional protege un grupo de derechos intangibles e inderogables incluso en período de guerra o de graves desordenes públicos que amenacen la vida de la nación no permitiendo a los Estados suspenderlos. Estos derechos objeto de protección reforzada son los siguientes:

- El derecho a la vida consagrado por el art. 2 del Convenio. Precisemos que dicha disposición no prohíbe la pena de muerte, dicha prohibición queda recogida en el protocolo N° 6 ratificado por España⁷;
- La prohibición de la tortura, tratos degradantes e inhumanos proclamada por el art. 3 del Convenio;
- La prohibición de la esclavitud y de la servidumbre enunciada por el art. 4 del Convenio;
- El respeto del principio de legalidad penal e irretroactividad de las penas más severas enunciado por el artículo 7 del Convenio.

Por mi parte añadiría el derecho a la tutela judicial de estos derechos mediante la combinación del artículo 6 con el artículo 13.

En todo caso cabe indicar que la facultad de derogación prevista por el artículo 15 queda sometida al control de los órganos de control instituidos por el Convenio que son competentes para determinar si la derogación estaba justificada por la situación interna y no contravenía otras obligaciones que dimanen del Derecho Internacional⁸.

ii. El grupo de derechos mínimos

- La prohibición recogida por el art. 4 pár. 2 de los trabajos forzados u obligatorios teniendo en cuenta que a tenor del párrafo 3 del precepto no son considerados como trabajos forzados u obligatorios en el sentido del pár. 2 el servicio militar obligatorio o en su caso el servicio sustitutivo en el supuesto

⁷ Andorra también ha ratificado el Protocolo N° 6. No lo han ratificado Albania, el Reino Unido, Bulgaria, Chipre, Letonia, Lituania, Polonia, Turquía, Rusia y Ucrania. Bélgica lo ha ratificado a finales de 1998.

⁸ Ver sentencia interestatal de Irlanda contra el Reino Unido de 18 de Enero de 1978, serie A N° 25, pár. 207 donde el Tribunal declaró que los Estados no disfrutaban de un poder ilimitado en este ámbito pues el margen nacional de apreciación está acompañado de una fiscalización europea; ver también sentencias Brogan y otros contra el Reino Unido de 29 de Noviembre de 1988, serie A n° 145-B, p. 27-28, pár. 48; Brannigan y McBride contra el Reino Unido de 26 de Mayo de 1993, serie A n° 258-B, p. 49-50, pár. 43; Sakik y otros contra Turquía de 26 de Noviembre de 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VII, p. 2622, pár. 39.

de objeción de conciencia, el trabajo penitenciario y por fin los servicios exigidos en caso de urgencia o de calamidad nacional o aquellos otros que formen parte de las obligaciones cívicas normales;

- El derecho a la libertad y a la seguridad, a ser juzgado en un plazo razonable, la limitación de la duración de la prisión preventiva, los derechos de la defensa y las garantías del habeas corpus y en fin el derecho a reparación en caso de detención ilegal (art. 5);
- El derecho a la tutela judicial, a un proceso justo y público en un plazo razonable dentro del respeto de los derechos de la defensa, por un tribunal imparcial e independiente, en contiendas relativas a derechos u obligaciones de carácter civil o penales tratándose del acusado (art. 6);
- El derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 12);
- El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional para las personas que estimen que alguno de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio ha sido violado (art. 13);
- El principio de no discriminación en relación con uno de los derechos o libertades recogidos por el Convenio (art. 14)⁹.

iii. Los derechos restringidos

- El derecho al respeto de la vida familiar y privada, del domicilio y de la correspondencia (art. 8);
- El derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9);
- El derecho a la libertad de expresión, de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas aunque los Estados tienen la posibilidad de someter a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa (art. 10);
- El derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar sindicatos y de afiliarse a los mismos (art. 11).

Esta serie de derechos enunciados en los párrafos 1 de los artículos 8 a 11 del Convenio se caracteriza por la previsión de determinadas restricciones enumeradas en los respectivos párrafos 2 de dichas disposiciones. Las restricciones en cuestión deben ser previstas por una disposición legal accesible y ser además necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Según la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal, la restricción deberá ser proporcionada en relación con la gravedad de la

⁹ A diferencia del artículo 14 de la Constitución Española, esta disposición del Convenio no tiene existencia autónoma y ha de ser combinada con otro derecho protegido por el Convenio.

ingerencia y la finalidad legítima perseguida. Además, los Estados disponen de un margen de apreciación derivado del carácter subsidiario del Convenio¹⁰.

Asimismo, de conformidad con el artículo 16, ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de prohibir a las Partes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.

Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 17, el Convenio no podrá ser interpretado en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos por el Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que aquellas previstas en el mismo¹¹.

Por último, el artículo 53 (antiguo artículo 60) configura el conjunto de derechos protegidos por el Convenio como un mínimo. En consecuencia ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades reconocidos por los ordenamientos nacionales o por cualquier otro tratado internacional.

iv. Otros derechos recogidos en los Protocolos

Durante el período de tiempo transcurrido desde la adopción del Convenio en 1950, once Protocolos adicionales, adoptados entre 1952 y 1994, han ido completando el sistema de protección. Cuatro de ellos son de carácter sustantivo y amplían el listado de derechos y libertades protegidos: éstos son los protocolos N° 1, 4, 6 y 7. Los demás tratan de la organización y de las competencias de los órganos de control del sistema convencional.

Los protocolos sustantivos al Convenio han ido aumentando de forma paulatina la lista de los derechos y libertades protegidos por el sistema convencional. Por supuesto sólo vinculan a aquellos Estados que los han ratificado¹². Estos derechos son los siguientes:

10 Sobre el margen de apreciación ver por ejemplo las siguientes sentencias: Powell et Rayner contra el Reino Unido de 21 de Febrero de 1990, serie A n° 172, p. 18, párr. 41; Rees contra Reino Unido de 17 de Octubre de 1986, serie A n° 106, p. 15, párr. 37; Cossey contra Reino Unido de 27 de Septiembre de 1990, serie A n° 184, p. 15, párr. 37; Informationsverein Lentia y otros contra Austria de 24 de Noviembre de 1993, serie A n° 276, p. 15, párr. 35; Jersild contra Dinamarca de 23 de Septiembre de 1994, serie A n° 298, p. 24, párr. 32.

11 Ver N° 8348/78 y 8406/78, dec. 11.10.79 (Glimmerveen y otros contra los Países Bajos), D.R. 18, p. 187: En este asunto, la Comisión consideró que el artículo 17 impedía invocar el artículo 10 para difundir ideas tendentes a la discriminación racial de igual modo que el artículo 3 del Protocolo N° 1 no podía ser alegado para proteger a un candidato a una elección basada en un programa político de discriminación racial; N° 12774/87, dec. 12.10.89 (H.W. y K. contra Austria), D.R. 62, párr. 216 donde se dice que el nacional socialismo es una doctrina incompatible con la democracia y los derechos humanos y sus miembros persiguen objetivos tendentes a la destrucción de los derechos y libertades proclamados por el Convenio.

- El derecho al respeto de los bienes, el derecho a la instrucción, la organización de elecciones libres (protocolo N° 1)¹³.
- La prohibición de la prisión por deudas, de la expulsión de los nacionales, de la expulsión masiva de extranjeros; la libertad de circulación y de residencia de los extranjeros que se encuentran legalmente en el Estado Parte y el derecho de entrada en el país del que se es nacional (protocolo N° 4).
- La prohibición de la pena de muerte en tiempo de paz (protocolo N° 6)¹⁴.
- La protección judicial de los extranjeros en situación legal objeto de un procedimiento de expulsión, el derecho a una instancia de apelación en materia penal, la regla ne bis in idem en el ámbito interno, la igualdad entre esposos (protocolo N° 7).

Como indica el Profesor Carrillo Salcedo se puede deducir de lo expuesto que:

«el sistema europeo de protección jurisdiccional de derechos humanos (constituido por el Convenio y sus Protocolos adicionales de contenido normativo), no es un conjunto jurídico homogéneo que obligue por igual a todos los Estados partes: de un lado, porque no es idéntico el número de Estados partes en los diversos instrumentos jurídicos que integran el sistema; de otro, por el juego de las reservas, que indudablemente introducen factores de diferenciación en el alcance de las obligaciones de los distintos Estados partes, ya que no asumen todas las mismas obligaciones.»¹⁵.

C. ESPAÑA Y EL CONVENIO

El 24 de Noviembre de 1977, el Ministro de Asuntos Exteriores español, a la sazón Marcelino Oreja, firmó en Estrasburgo el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tras su aprobación por la Cortes Generales se autorizó su ratificación, hecho que se realizó mediante el depósito del instrumento de ratificación ante el Secretario General del Consejo de Europa el 4 de Octubre de 1979. El instrumento de ratificación fue publicado en el B.O.E. N° 243 de 10 de Octubre de 1979. Al ratificar el Convenio, España, de conformidad con el antiguo artículo 64 del Convenio (actual 57), formuló reservas en relación con los art. 5 y 6 del Convenio en la medida en que dichos artículos fueran incompatibles con las disposiciones del

12 De los protocolos sustantivos. España sólo ha ratificado los protocolos N° 1 y 6.

13 España firmó este Protocolo el 23 de Febrero de 1978 y lo ratificó el 27 de Noviembre de 1990.

14 España ratificó este protocolo el 14 de Enero de 1985.

15 Juan Antonio CARRILLO SALCEDO "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II" en Cuadernos de Derecho Judicial 1995, pp. 23-24.

régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas¹⁶ y con el art. 11 en materia de sindicación de militares y miembros de las Fuerzas Armadas, de funcionarios públicos y de jueces en la medida en que fuese incompatible con los artículos 28 y 127 de la Constitución. Asimismo hizo dos declaraciones interpretativas: la primera declarando compatible con el artículo 10 par. 1 del Convenio el régimen de organización de la radiodifusión y televisión en España; la segunda declarando que los artículos 15 y 17 del Convenio han de ser interpretados en el sentido de permitir la adopción de las medidas de suspensión de los derechos y libertades en situación de estado de excepción o de sitio contempladas en los artículos 55 y 116 de la Constitución española.

Conviene señalar que España no ratificó en aquella fecha ninguno de los protocolos adicionales al Convenio de carácter sustantivo¹⁷. Asimismo, en relación con el reconocimiento del derecho de demanda individual previsto por el artículo 25 del Convenio¹⁸, España declaró en el instrumento de ratificación que reconocería tal derecho «tan pronto como lo permita el desarrollo legislativo consiguiente a la promulgación de la Constitución española». Dicho reconocimiento del derecho de demanda individual se produjo el 1 de Julio de 1981. En cambio, sí aceptó de inmediato la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por un período de tres años a partir del 15 de Octubre de 1979, competencia que ha sido revalidada periódicamente hasta la entrada en vigor del Protocolo N° 11 el 1 de Noviembre de 1998.

De la lectura combinada de los artículos 10 pár. 2 y 96 pár. 1 de la Constitución y del artículo 1 par. 5 del Código Civil se infiere claramente que las disposiciones sustantivas del Convenio y de los Protocolos N° 1 y 6 ratificados por España son de aplicación directa desde su publicación oficial en el ordenamiento jurídico español, no precisando por lo tanto, como señala el profesor Carrillo, «ser transformadas en normas internas»¹⁹. Asimismo, y como acertadamente expone el profesor García de Enterría, la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos resulta directamente pertinente para la interpretación de las disposiciones de la Constitu-

16 Ver demanda N° 15438/89, Parra Cerezo contra España, dec. 25.2.91 en la que se declara incompatible *ratione materiae* con el Convenio una serie de agravios formulados al amparo de los artículos 5 y 6 del Convenio por un miembro de la Guardia Civil arrestado por motivos disciplinarios. En relación con Francia que ha formulado una reserva parecida ver demandas N° 10210/82, dec. 7.12.83, D.R. 35, pág. 203 y N° 10127/82, dec. 4.7.84, D.R. 39, pág. 210.

17 Como se ha indicado, ulteriormente ratificó el Protocolo N° 6 el 14 de Enero de 1985 y el Protocolo N° 1 el 27 de Noviembre de 1990. Además, el 23 de Febrero de 1978 firmó el Protocolo N° 4 y el 22 de Noviembre de 1984 el Protocolo N° 7, pero aún no han sido ratificados.

18 Con la entrada en vigor del Protocolo N° 11 y la consiguiente desaparición de la Comisión, el reconocimiento facultativo del derecho de demanda individual ha perdido toda virtualidad. Véase al respecto el texto del artículo 34 del Convenio que sustituye al antiguo artículo 25.

19 Juan Antonio CARRILLO SALCEDO: *«España y la protección de los derechos humanos»* en *Archiv des Völkerrechts*, Junio de 1994, p. 188.

ción española relativas a los derechos y libertades fundamentales²⁰ por lo tanto en sede de amparo constitucional²¹. Sin embargo y como ha dicho el Tribunal Constitucional, el artículo 10 par. 2 de la Constitución no otorga rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados pero obliga a interpretar los preceptos de la Constitución de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades enunciados en el capítulo segundo del título I de la Constitución²².

Este planteamiento ha sido reiteradamente confirmado por el propio Tribunal Constitucional. Por lo tanto, las disposiciones del Convenio y sus Protocolos no pueden por sí solas sustanciar una demanda de amparo constitucional, pues como ha declarado el Tribunal Constitucional una interpretación en sentido adverso «conllevaría la vulneración del artículo 53 par. 2, pues fuera de nuestra Constitución no ha de admitirse la existencia de norma fundamental alguna»²³. Sin embargo, de acuerdo con citado artículo 10 par. 2 de nuestra Carta Magna, la interpretación de los derechos y libertades fundamentales por parte de los poderes públicos y por tanto por los tribunales ha de hacerse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados y convenios internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre los cuales se encuentra obviamente el Convenio europeo.

Ahora bien, ante las jurisdicciones ordinarias, las disposiciones del Convenio y sus Protocolos sí pueden sustentar como tales una acción judicial. Al respecto se pueden citar varias sentencias como por ejemplo la dictada por el juzgado de 1era instancia N° 10 de Sevilla de 2 de Febrero de 1998 quién, en base al derecho al respeto de la vida privada garantizado por el artículo 8 del Convenio y a la jurisprudencia derivada del asunto López Ostra²⁴, condena el Ayuntamiento de

20 Eduardo GARCÍA de ENTERRÍA: "Valeur de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol" en *Protecting Human Rights: The European Dimensions*, Studies in honour of Gerard Wiarda, 1988, pp. 221-230; En el mismo sentido Francisco FERNÁNDEZ SEGADO: "El Sistema Constitucional Español", Dykinson 1992, pp. 166-167; Teresa FREIXES SANJUAN: "La Constitución y el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas" en *Administración pública y Constitución - Reflexiones en el XX aniversario de la Constitución*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid 1998.

21 Ver entre otras sentencias del Tribunal Constitucional: STC 162/1993, de 18 de Mayo, BJC N° 146, p. 53 (asistencia letrada de oficio, indefensión); STC 197/1993, de 14 de Junio, BJC N° 147, p. 126 y STC 195/1997 de 11 de Noviembre de 1997, Revista General de Derecho N° 643, Abril 1998, p. 3683 (derecho a un proceso sin dilaciones indebidas); STC 142/1997 de 15 de Septiembre, Revista General de Derecho, Marzo 1998, N° 642, pp. 1962-1963 (derecho a un juez imparcial).

22 Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991 de 14 de Febrero de 1991, fundamento jurídico 5º, BJC N° 119, p. 33.

23 Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1989 de 10 de Mayo de 1989 en relación con la invocación del convenio 135 de la OIT, BJC N° 98, p. 925.

24 Sentencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos de 9 de Diciembre de 1994, serie A n° 303-C.

Sevilla y la entidad organizadora de un concierto al aire libre a indemnizar a los vecinos por las molestias sufridas en su descanso nocturno; la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 24 de Mayo de 1997 por la cual, y siempre fundándose en el artículo 8 del Convenio, condena a una empresa y al ayuntamiento de Alguazas a indemnizar solidariamente a varias personas por los perjuicios derivados de la inhabilitación de su vivienda como consecuencia de los fuertes ruidos y molestias producidos por la empresa demandada²⁵.

D. EL MECANISMO DE CONTROL

La efectividad en el goce de los derechos y libertades proclamados por el Convenio depende del mecanismo de control instituido en el propio Convenio. Procede por tanto examinarlo de cerca.

Hasta la entrada en vigor el Protocolo N° 11, el 1 de Noviembre de 1998, y que axaminaremos más adelante, el mecanismo de control se articulaba alrededor de tres órganos:

1. La Comisión europea de Derechos Humanos encargada de decidir sobre la admisibilidad de la demanda y, en caso de admisión, de emitir un dictamen jurídico sobre el fondo o sea pronunciarse sobre si había habido o no violación del Convenio;
2. El Tribunal europeo de Derechos Humanos encargado de pronunciarse sobre los casos que le eran elevados por la Comisión, por el Estado demandado o por el Estado del cual el demandante era nacional. Cuando el Estado demandado estaba vinculado por el Protocolo N° 9, un Comité de tres jueces podía elevar el asunto al Tribunal a instancia del propio demandante;
3. El Comité de Ministros, investido de un poder autónomo de decisión cuando el caso no se remitía al Tribunal y una competencia de seguimiento de la ejecución de las sentencias del Tribunal²⁶.

La entrada en vigor del Protocolo N° 11 supone, como vamos a ver, un cambio importante en el sistema de control del Convenio al convertir al nuevo Tribunal europeo de Derechos Humanos como clave de bóveda del mecanismo de control.

25 La eudiencia condena el ayuntamiento por incumplimiento de su deber de adoptar las medidas tendentes a evitar aquellas molestias.

26 Asimismo, el Secretario General del Consejo de Europa podía requerir de un Estado Parte que suministrase explicaciones pertinentes sobre la manera en que su derecho interno aseguraba la aplicación efectiva del Convenio (artículo 57 del Convenio). Esta facultad ha sido recogida por el artículo 53 del Convenio revisado por el Protocolo 11.

E. EL PROTOCOLO N° 11 Y LA REFORMA DEL SISTEMA DE CONTROL

Antecedentes

El Protocolo N° 11 adoptado en Estrasburgo el 11 de Mayo de 1994 y que ha entrado en vigor el 1 de Noviembre de 1998, se propone, como indica el preámbulo de este nuevo instrumento, reestructurar el mecanismo de control con el fin de mantener y reforzar la eficacia de la protección de los Derechos y Libertades fundamentales. No se trata de un instrumento sustantivo y por lo tanto no altera el cuerpo de derechos y libertades protegidos por el Convenio. El hecho de que se haya aprovechado la ocasión para dar un título a cada sección y artículo del Convenio y de los protocolos adicionales se ha hecho exclusivamente en aras de una lectura más fácil para el profano y no se puede deducir ningún efecto legal como viene especificado en el párrafo 114 del informe explicativo al nuevo Protocolo.

Este instrumento representa la culminación de una larga reflexión llevada a cabo por el Comité Director de Derechos Humanos del Consejo de Europa (CDDH) y del Comité de expertos para la mejora del procedimiento de protección de los derechos humanos (DH-PR). Su finalización se aceleró a raíz de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno que tuvo lugar en Viena el 8 y 9 de Octubre de 1993.

La necesidad de la reforma surgió como consecuencia del alargamiento del procedimiento de examen de las demandas, cuyo número se ha incrementado de forma sensible a partir de los años ochenta. En efecto, si hasta 1985, el número de demandas registradas se cifraba en algunas centenas (138 en 1955, 379 en 1970, 466 en 1975, 596 en 1985), se pasó rápidamente a más de 1.000 demandas en 1988 (1.657 en 1990), hasta alcanzar 1.861 en 1992 (3.481 en 1995 y 4.750 en 1997). En el mismo año de 1997, como ya se ha indicado, la Secretaría de la Comisión recibió más de 12.000 comunicaciones individuales.

En 1997, la Comisión examinó aproximadamente 5.678 demandas. No obstante esta labor, quedaban en instancia ante la Comisión 6.447 demandas, de las cuales 4.146, o sea el 64%, no habían sido objeto de un primer examen²⁷.

Lo mismo ocurre con el número de demandas elevadas al Tribunal. Desde 1983, asistimos a un claro aumento. En efecto, hasta 1973, sólo se remitieron 11 demandas al Tribunal. De 1974 a 1980, 28 demandas fueron elevadas a la alta jurisdicción. Ya en 1985, pasamos a 12 demandas para ese año, 31 en 1989, 61 en 1990, 93 en 1991, 50 en 1992, 52 en 1993, 59 en 1994, 113 en 1995, 165 en 1996²⁸ y 119 en 1997.

²⁷ Información obtenida del documento «Aperçu des travaux et statistiques de la Commission 1997» publicado por la Secretaría de la Comisión.

²⁸ Conviene puntualizar que el importante incremento que se produce a partir de 1995 se debe en gran medida a la entrada en vigor en Octubre de 1994 del protocolo N° 9 que, en relación con los Estados Partes a este Protocolo, permite a los demandantes pedir al Tribunal que examine su demanda declarada admisible.

Este significativo incremento de la demandas ha provocado retrasos excesivos en su tramitación hasta tal punto que la duración del procedimiento ante la Comisión y (en los asuntos declarados admisibles) el Tribunal ha alcanzado en algunos casos cinco años. Difícilmente se puede considerar esta duración compatible con el respeto del plazo razonable garantizado por el propio Convenio en su artículo 6 párr. 1.

Esta situación originó por tanto la necesidad de proceder a una racionalización del sistema de control que, en última instancia y tras los preceptivos informes de expertos, habría de concretarse en una propuesta tendente a la fusión de los dos órganos de control (Comisión y Tribunal) en un Tribunal único y permanente²⁹.

i. Principales modificaciones del sistema de control

Como se ha indicado, la aportación más significativa de la reforma consiste en la fusión de la Comisión y del Tribunal en un nuevo Tribunal europeo de Derechos Humanos, que funcionará de manera permanente en su sede actual de Estrasburgo. A diferencia del antiguo Tribunal en el cual todos los Estados miembros del Consejo de Europa tenían juez, en el nuevo Tribunal, únicamente los Estados Partes al Convenio, o sea aquellos que lo hayan ratificado, pueden tener juez. La elección de los jueces se lleva a cabo por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la base de una terna de tres nombres propuesta por el Estado Parte. Los jueces son elegidos por un período de seis años, con posibilidad de reelección. El Protocolo 11 establece la edad de 70 años como límite de su mandato. Asimismo, se prevé la posibilidad de destitución de los jueces cuando así los decidan los demás jueces por mayoría de dos tercios³⁰.

En cuanto al examen de las demandas, el nuevo Tribunal lo hace mediante Comités de tres miembros, Salas compuestas cada una por siete jueces y una Gran Sala de diecisiete miembros con tres jueces suplentes. La composición de las salas es fija. La Gran Sala se pronuncia sobre las demandas individuales o estatales que le sean elevadas por la Sala o por un colegio de cinco jueces a instancia de las partes tras una primera decisión de la Sala. Son miembros de oficio de la Gran Sala,

29 Para un examen detallado del largo proceso conducente a la propuesta de la fusión, nos remitimos al informe elaborado por el Comité DH-PR, publicado el 2 de Mayo de 1989 bajo la referencia H(89) 2 y al informe de síntesis de 14 de Diciembre de 1992 publicado con la referencia H(92) 14; Igualmente nos remitimos al excelente artículo de Andrew DRZEMCZEWSKI: "A major overhaul of the European Human Rights Convention control mechanism: Protocol N° 11" publicado en *Collected Courses of the Academy of European law 1995-Volume V-Book 2*. En español se pueden consultar los estudios sobre el Protocolo N° 11 de Ana SALADO OSUNA en *La Revista de Instituciones Europeas* Vol. 21, 1994 y Jordi BONET en la *Revista Española de Derecho Internacional* Vol. XLVI-1994, Núm. 1 Enero-Junio.

30 Artículo 24 del Convenio revisado. Esta disposición se inspira del artículo 18 párr. 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia aunque sustituyendo la unanimidad exigida por dicho estatuto por la mayoría cualificada de dos tercios.

el Presidente del Tribunal, los vice-presidentes, los presidentes de sala y el juez elegido del Estado defensor.

Las principales novedades respecto al sistema anterior son las siguientes:

1. Las demandas han de presentarse directamente ante el nuevo Tribunal. Ello significa que los demandantes tienen acceso directo e inmediato al Tribunal.
2. Las demandas manifiestamente inadmisibles son examinadas por el Tribunal mediante un Comité de tres jueces. Para declarar estas demandas inadmisibles, el Comité ha de hacerlo por unanimidad. Como se puede observar, esta fase es idéntica a la que regía los Comités de la Comisión.
3. Cuando no procede el examen de la demanda por un Comité, es examinada normalmente por una Sala (únicamente en casos excepcionales lo hará la Gran Sala) que se pronuncia sobre la admisibilidad y, en su caso o sea si la demanda es declarada admisible y no se consigue un arreglo amistoso entre las partes, sobre el fondo mediante sentencia.
3. En los asuntos declarados admisibles, la Sala puede, en todo momento pero lógicamente antes de dictar sentencia, elevar el asunto a la Gran Sala a no ser que alguna de las partes se oponga a ello.
4. Una vez haya recaído sentencia, cualquier parte puede, en el plazo de tres meses a partir de la sentencia de una Sala, solicitar la remisión del asunto a la Gran Sala. En este supuesto, un colegio de cinco jueces de la Gran Sala acepta la solicitud si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión importante de carácter general.
5. El procedimiento es en principio público. De la misma manera, los documentos sometidos durante el procedimiento son accesibles al público a no ser que el Presidente decida lo contrario de oficio o a solicitud de una parte o de cualquier otra persona interesada.
6. Se reducen las competencias del Comité de Ministros al seguimiento del cumplimiento de las sentencias dictadas por el Tribunal. Con ello, el sistema convencional se convierte definitivamente en plenamente jurisdiccional.
7. Las condiciones de admisibilidad permanecen inalteradas. Se prevé por tanto que el nuevo Tribunal siga ejerciendo la función de filtración realizada por la Comisión³¹.

Por supuesto es prematuro aventurar cuales serán las consecuencias reales del nuevo sistema de control articulado alrededor de un único Tribunal europeo. José María Morenilla resalta «Es de esperar que el nuevo Tribunal sea aceptado por

³¹ Una aportación significativa del nuevo sistema consiste en la equiparación completa de los demandantes con respecto a los Gobiernos al poner fin a la posibilidad que éstos tenían de volver a plantear ante el antiguo Tribunal excepciones de inadmisibilidad rechazadas por la Comisión en la decisión sobre admisibilidad.

todos los Estados contratantes con el carácter de un Tribunal constitucional europeo.»³²

PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL

a. *Organización del nuevo Tribunal*

i. **Composición**

El nuevo Tribunal se compone de un número de jueces igual al de las Partes al Convenio, en la actualidad 40. Recordemos que en el antiguo Tribunal cada Estado miembro del Consejo de Europa tenía derecho a tener un juez en el Tribunal aunque no hubiese ratificado el Convenio. Además cabe la posibilidad de que en el nuevo Tribunal haya más de un juez de la misma nacionalidad³³. Los jueces son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en base a una terna de tres candidatos presentados por el Estado Parte.

ii. **Duración del mandato de los jueces**

El mandato es de seis años con posibilidad de reelección³⁴. El mandato de la mitad de los jueces elegidos en la primera elección toma fin al cabo de tres años. En consecuencia, cada tres años se renueva la mitad del Tribunal con lo cual se facilita la continuidad de su actividad judicial. Los jueces forman parte del Tribunal a título individual y por tanto no representan a ningún Estado y su independencia es absoluta. Asimismo no pueden ejercer ninguna actividad incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad o disponibilidad necesarias para una actividad ejercida a tiempo completo. El mandato de los jueces finalizará al cumplir la edad de 70 años³⁵.

iii. **Funcionamiento**

El Tribunal delibera a puerta cerrada y los expedientes, a diferencia de lo que ocurría ante la Comisión, tienen en principio carácter público.

32 José María MORENILLA: "*Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*", Cuadernos de Derecho Judicial 1995, pág. 93.

33 Tal es el caso en cuanto a San Marino cuyo juez es de nacionalidad italiana y de liechtenstein donde el juez es de nacionalidad suiza.

34 Cabe preguntarse si un mandato más largo y sin posibilidad de reelección no hubiese sido preferible teniendo en cuenta el sistema de elección basado en la presentación de los candidatos a jueces por los Gobiernos de los Estados Partes.

35 El antiguo Tribunal no limitaba la edad de los jueces.

El Tribunal elabora su propio Reglamento interno. El Tribunal en pleno elige por un período de tres años a su presidente y a uno o dos vicepresidentes³⁶ que serán reelegibles. Asimismo decide la constitución de sus Salas, en la actualidad cuatro, compuestas por diez jueces cada una aunque en tanto que formación de decisión cada Sala está compuesta por siete jueces (artículo 27 del Convenio) y se rigen por un sistema de rotación para que todos los jueces puedan participar como titulares. También elige a los presidentes de Salas. Cada Sala constituye Comités formados por tres jueces por un período de 12 meses. El cuadro se completa con la Gran Sala compuesta por 17 jueces por un período de tres años. La Gran Sala se divide en dos formaciones compuestas según criterios de equilibrio geográfico e intentando reflejar las diversas tradiciones jurídicas imperantes en Europa. El presidente del Tribunal, los vicepresidentes, los presidentes de Salas son jueces ex officio de la Gran Sala. Cuando un asunto sea deferido a la Gran Sala en virtud del artículo 43 del Convenio, ningún juez de la Sala que haya dictado la sentencia de la Sala podrá actuar en la Gran Sala, con excepción del presidente de la Sala y del juez nacional³⁷. El juez elegido a título de un Estado parte en el litigio es miembro de pleno derecho de la respectiva Sala y de la Gran Sala. En su ausencia, o cuando no esté en condiciones de intervenir, el Estado interesado puede designar a una persona que actúe como juez ad hoc. El Tribunal en pleno elige su Secretario y uno o varios Secretarios adjuntos³⁸.

Una Secretaría permanente compuesta por 200 personas, entre los que se cuenta unos 80 juristas, y casi otras tantas secretarias de diferentes nacionalidades y un equipo de traductores asisten al Tribunal en su quehacer.

iv. Período transitorio

El nuevo Tribunal ha iniciado su andadura el 3 de Noviembre de 1998. El 31 de Octubre de 1998, la antigua Comisión dejó de existir. Sin embargo, de conformidad con el Protocolo N° 11, la Comisión seguirá en funciones un año más, hasta el 31 de Octubre de 1999 pero su competencia se limitará a continuar el examen de las demandas declaradas admisibles anteriormente a la entrada en vigor del Protocolo N° 11. Por lo tanto, durante ese período, la Comisión será competente para los arreglos amistosos de esas demandas así como para la redacción y aprobación del informe preceptivo previsto por el antiguo artículo 31 del Convenio. También podrá, si lo estima pertinente, remitir asuntos al nuevo Tribunal.

³⁶ El nuevo Tribunal decidió elegir dos vicepresidentes.

³⁷ La participación en la apelación ante la Gran Sala del juez nacional y del presidente de la Sala que ha conocido del asunto en primera instancia ha sido objeto de críticas al ir en contra de la propia jurisprudencia del Tribunal en la materia de imparcialidad: ver Asunto Oberschlick c. Austria de 23 de Mayo de 1991, serie A n° 204, pp. 23-24, pág. 51.

³⁸ Michele de Salvia, de nacionalidad italiana, ha sido elegido Secretario del nuevo Tribunal. Dos Secretarios adjuntos han sido elegidos: Paul Mahoney, de nacionalidad británica, y Maud Buquicchio, de nacionalidad holandesa.

b. El derecho de recurso individual: Procedimiento aplicable

Si bien es verdad que pueden presentarse ante el Tribunal demandas estatales en virtud del artículo 33 del Convenio (antiguo artículo 24), lo cierto es que la peculiaridad y la fuerza del Convenio descansa en la posibilidad dada por el artículo 34 (antiguo artículo 25) a cualquier persona que considere vulnerados sus derechos fundamentales de presentar una demanda individual ante el Tribunal. Como bien dice Leuprecht, el derecho de demanda individual representa la piedra angular del sistema convencional³⁹. Los Estados no deben impedir la presentación de una demanda pues en caso contrario incurrirían en una violación del propio artículo 34 del Convenio, según han declarado la Comisión y el antiguo Tribunal⁴⁰. La importancia de lo dicho queda corroborado por el número de demandas individuales presentadas ante la Comisión desde su creación: más de 39.000 demandas registradas a finales de 1997, más de 45.000 a finales de 1998 frente a las 20 demandas interestatales. En ese mismo año 1997, 12.469 comunicaciones individuales fueron remitidas a la Comisión procediéndose al registro de 4.750 demandas. En 1998, 16.500 demandas individuales fueron remitidas a la Comisión y al Tribunal (a partir del 1 de Noviembre 1998) de las que se registraron 5.981. De ahí que hagamos hincapié en el procedimiento aplicable a las demandas individuales presentadas en virtud del artículo 34 del Convenio.

1. La fase de admisibilidad de la demanda

Quizá no sea inútil recordar que en el sistema convencional, la fase de admisibilidad ostenta una importancia de primer orden por cuanto en la práctica constituye una primera y, en caso de inadmisión, única instancia y una barrera que la mayoría de las demandas no superan. Cumple una función de filtro indispensable dentro del sistema de control y por tanto ocupa un lugar de especial importancia en la economía del Convenio. Examinaremos sucesivamente las etapas en que se divide la fase de admisibilidad.

i. Fase preregistrada de la demanda

Las demandas se dirigen al Secretario del Tribunal (antes a la Comisión). El procedimiento es gratuito por lo que, en principio, no da lugar a costas procesales. No es necesaria, pero sí aconsejable, la asistencia de un letrado. Además, y aunque

39 P. LEUPRECHT: «*La Europa de los derechos humanos: valor universal de una experiencia regional*» en *Le Monde Diplomatique*, Febrero-Marzo de 1987.

40 Ver demandas N° 5265/71, X. contra el Reino Unido, dec. 29.9.75, D.R. 3, pp. 5-9; N° 13590/88, dec. 8.11.89, D.R. 63, p. 174 e informe de la Comisión de 12 de Julio de 1990, párr. 74-75 en serie A n° 233, pág. 41; N° 15658/89, dec. 7.12.89, D.R. 64, p. 242; N° 14807/89, dec. 12.2.92, D.R. 72, p. 148; Sentencia en el asunto Akdivar y otros contra Turquía de 16 de Septiembre de 1996, párr. 100-106.

los idiomas oficiales del Tribunal son el francés y el inglés, el demandante puede dirigirse en uno de los idiomas oficiales de los Estados Partes sin necesidad de traducir documento alguno.

Gracias a los fondos puestos a su disposición por el Consejo de Europa, el Tribunal puede, en determinadas condiciones, conceder la asistencia letrada gratuita al demandante cuyos medios económicos son insuficientes cuando el asunto es comunicado al Estado demandado y requiera un intercambio de observaciones entre este último y el demandante (ver fase registral). En este supuesto, el demandante deberá justificar mediante un documento oficial la insuficiencia de sus medios económicos. Desde 1964, la asistencia letrada ha sido concedida a unos 1.100 demandantes.

El procedimiento se inicia normalmente con el envío a la Secretaría del Tribunal del escrito en el que el demandante expone su caso y plantea los agravios de los que considera ha sido víctima. Este escrito es entregado al letrado de la Secretaría, que por sus conocimientos del idioma empleado por el demandante y el ordenamiento jurídico en cuestión, está más capacitado para proceder a un examen preliminar de la demanda. Este examen consiste en la detección de algún motivo claro y evidente de inadmisibilidad recogidos en los artículos 34 y 35 del Convenio como pueden ser el no agotamiento de los recursos internos, la presentación de la demanda fuera del plazo de seis meses a partir de la decisión interna definitiva, la incompatibilidad de la demanda, ya sea de índole material, personal, espacial o temporal, con el Convenio o sus protocolos o la carencia por parte del demandante de la calidad de víctima de una violación del Convenio.

El letrado informa al demandante o su representante de los obstáculos encontrados que aconsejan no proceder al registro de la demanda y su ulterior examen por el Tribunal, dejando no obstante siempre la última palabra al demandante para que presente nuevas alegaciones. De tal manera se deja siempre abierta la posibilidad de un examen de la demanda por el Tribunal si el demandante aporta nuevos elementos o si insiste en obtener una decisión del Tribunal.

En este caso se remite al demandante un formulario oficial para que formalice la demanda y, una vez recibido, se procede a su registro asignándole un número propio.

ii. Fase registral

Toda demanda registrada se somete a una Sala del Tribunal, cuyo presidente designa un juez como ponente para un estudio previo. Tras un examen preliminar, el ponente decide si la demanda será remitida a un Comité de tres miembros o a la propia Sala, para el examen de su admisión. El ponente o el Tribunal, por medio de la Secretaría, pueden solicitar tanto al Gobierno demandado como al propio demandante toda información útil sobre los pormenores y circunstancias del caso.

El Comité de tres miembros o la Sala, pueden decidir de plano la inadmisión de una demanda a trámite sin comunicarla siquiera al Gobierno demandado, si las

causas de inadmisión resultan evidentes en base a las informaciones aportadas exclusivamente por el demandante.

En caso contrario, el Gobierno es invitado por la Sala a presentar por escrito observaciones, a las que puede responder el demandante. Las demandas que pueden ser examinadas en base a una jurisprudencia establecida, o que no suscitan cuestiones graves respecto a la interpretación o aplicación del Convenio suelen ser tratadas por una Sala. Por el contrario, cuando el asunto pendiente plantee una cuestión grave de interpretación del Convenio o de sus Protocolos, las Salas pueden inhibirse a favor de la Gran Sala aunque las partes pueden oponerse (artículo 30). Las Salas ejercen todas las competencias conferidas al Tribunal salvo aquellas exclusivamente reservadas al pleno del Tribunal. Si la decisión sobre la admisión de una demanda a trámite suscita problemas jurídicos complejos, el tribunal puede celebrar una vista pública, en la que los representantes de ambas partes exponen oralmente sus alegaciones.

La Sala o la Gran Sala se pronuncia sobre la admisibilidad de la demanda tras haber comprobado que se han cumplido ciertos requisitos, en especial si se denuncia una violación de uno de los derechos garantizados por el Convenio y si el demandante ha agotado eficazmente las vías de recursos internos. En efecto, antes de dirigirse al Tribunal el demandante debe haber agotado en el Estado en cuestión, conforme a la legislación vigente en el mismo, todos los recursos internos que hubieran permitido reparar el agravio causado.

Si un demandante se desinteresa del procedimiento o manifiesta su intención de retirar la demanda, el Tribunal puede decidir el archivo de las actuaciones, decisión que no ha de entenderse como una decisión sobre la admisibilidad.

En la fase de la admisión a trámite, las decisiones del Tribunal, incluidos los Comités y las Salas, son definitivas. Una decisión del Tribunal declarando inadmisibile una demanda no es susceptible de apelación salvo que se rechace por no agotamiento de los recursos internos y que el demandante subsane posteriormente ese motivo de inadmisibilidad. Se permite sin embargo al interesado presentar una nueva demanda sobre la base de nuevos hechos.

iii. Admisibilidad de la demanda

Si la demanda es admitida a trámite, el Tribunal determina los hechos de la causa con el concurso de ambas partes y, si procede, efectúa una investigación para cuya eficaz realización el Gobierno demandado debe proporcionar todas las facilidades necesarias.

El Convenio encomienda al Tribunal una misión de conciliación consistente en ponerse a disposición de las partes para lograr un acuerdo amistoso del asunto que se inspire en el respeto a los derechos humanos tal como los reconoce el Convenio. Las negociaciones relacionadas con el arreglo amistoso son confidenciales⁴¹.

41 Artículo 38 párr. 1b) y 2 del Convenio.

En caso de arreglo amistoso, el Tribunal procede al archivo del asunto mediante una resolución, que se limita a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada⁴².

2. *Fase de sentencia*

Si no se ha podido llegar a un acuerdo, se entra en la fase de procedimiento que culminará con la redacción y publicación de una sentencia sobre el fondo. En esta fase, la asistencia letrada es en principio obligatoria y se procede a un intercambio de escritos entre las partes. Salvo decisión contraria, se celebra una vista pública contradictoria. Tras el intercambio de escritos y, si procede, la vista oral, la Sala o Gran Sala mantiene una o varias deliberaciones al término de las cuales se efectúa una votación sobre la violación del Convenio. La Sala o Gran Sala decide por mayoría simple de sus miembros. Cualquier juez que haya participado en las deliberaciones del caso podrá unir su opinión separada ya sea disidente o concordante, total o parcialmente, a la sentencia adoptada.

Cuando la demanda haya sido examinada por una Sala, cualquier parte en el asunto podrá, en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia, solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala compuesto por el Presidente del Tribunal, los Presidentes de Salas, salvo el de la Sala que ha dictado sentencia, más un juez elegido por turno entre los jueces que no pertenecían a la Sala encargada del asunto, examinará la solicitud y la aceptará si el asunto plantea una cuestión grave de interpretación o de aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general. Si el colegio de cinco jueces acepta la remisión del asunto a la Gran Sala, ningún juez de la Sala que haya dictado la primera sentencia podrá participar en la misma, con excepción del Presidente de la Sala y del juez que haya intervenido a título del Estado Parte interesado.

Las sentencias son definitivas en cuanto las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto a la Gran Sala o si no ha sido solicitada la remisión en el plazo de tres meses después de la fecha de la sentencia o cuando el colegio de cinco jueces rechaza la remisión del asunto a la Gran Sala. La sentencia definitiva será publicada.

A tenor del artículo 41 (antiguo 50), si el tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno sólo permite

42 Al respecto conviene indicar que entre Julio de 1954 y finales de Diciembre de 1997, 4.161 demandas individuales han sido declaradas admisibles por la Comisión. Se ha llegado a un acuerdo amistoso en 369 casos. Estos arreglos amistosos cubren un amplio espectro de las situaciones que conforman las demandas presentadas ante la Comisión. Algunos de esos arreglos amistosos se han basado en modificaciones legislativas o reglamentarias o han incluido el pago al demandante de una indemnización, o los dos. Por otra parte, numerosas demandas han sido retiradas por los interesados como consecuencia de un acuerdo officioso entre ambas partes. Con fecha 31 de Diciembre de 1997, la Comisión había sometido al Tribunal 903 casos.

reparar de manera imperfecta las consecuencias de la violación, el Tribunal concederá si lo estima pertinente a la parte perjudicada una satisfacción equitativa consistente en general en la atribución de una indemnización a cargo del Estado infractor.

Las sentencias vinculan a los Estados Partes en el litigio. Según el artículo 46 (antiguo 54) el Comité de Ministros del Consejo de Europa vela por la ejecución de las sentencias por parte de los Estados condenados mediante la adopción de las medidas individuales o de índole general apropiadas para remediar a la violación constatada.

F. LAS CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD

Para entrar en el examen de las violaciones alegadas de derechos y libertades fundamentales, toda demanda ha de cumplir una serie de requisitos de admisibilidad. Tras la entrada en vigor del Protocolo N° 11, el Tribunal, verifica directamente si se cumplen las condiciones formales y materiales de admisibilidad enunciadas en los artículos 34 y 35 del Convenio (antiguos artículos 25, 26 y 27). Éstas son las siguientes:

i. Requisitos formales:

1. El agotamiento de los recursos internos;
2. La presentación de la demanda dentro del plazo de 6 meses desde la decisión interna definitiva;

ii. Requisitos materiales:

1. La compatibilidad con el Convenio, compatibilidad que ha de ser *ratione loci, personae, materiae* y *temporis*;
2. Que no sea manifiestamente infundada o sea carente de contenido suficiente;

iii. Otras causas de inadmisibilidad:

Demandas anónimas, idénticas a otra ya examinada por el Tribunal, demandas sometidas a otra instancia internacional de arreglo, abuso del derecho de recurso.

A continuación, veamos brevemente cada una de estas causas de inadmisibilidad. Como ya se ha apuntado el Protocolo N° 11 no ha modificado las condiciones de admisibilidad. Por lo tanto, y salvo cambio de jurisprudencia por parte del nuevo Tribunal, la jurisprudencia expuesta a continuación, en su gran mayoría proveniente de la Comisión, guarda toda su vigencia.

a) El agotamiento de los recursos internos

Al exigir la interposición de los recursos internos antes de dirigirse al Tribunal (a la Comisión antes de la entrada en vigor del Protocolo N° 11), el artículo 35 del Convenio consagra el principio de subsidiariedad del sistema convencional respecto de los ordenamientos nacionales. El requisito del agotamiento de los recursos internos se aplica en principio tanto a las demandas individuales del artículo 34 del Convenio como a las demandas interestatales del artículo 33 del Convenio⁴³. En este último tipo de demandas, el Estado demandado debe demostrar la existencia dentro de su ordenamiento interno de recursos efectivos y accesibles capaces de remediar los agravios formulados⁴⁴. Se trata con ello de dar al Estado demandado, conforme a un principio vigente en Derecho Internacional, la posibilidad de reparar los agravios denunciados.

El requisito del agotamiento se entiende de los recursos ordinarios que sean eficaces y suficientes. Se excluyen por tanto los recursos discrecionales o el recurso de revisión. En relación con el Derecho español la jurisprudencia exige la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional tratándose de derechos y libertades recogidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo de la Constitución española⁴⁵. El requisito del recurso de amparo se aplica asimismo a Andorra con la exigencia de interponer o de haber intentado interponer el «recurs d'empara» del artículo 41 de la Constitución andorrana desarrollado por la Ley cualificada del Tribunal Constitucional de 3 de Septiembre de 1993.

El agotamiento no se podrá oponer al demandante si, no obstante la inobservancia por su parte de las formas prescritas, el órgano jurisdiccional interno ha examinado el recurso en cuanto al fondo⁴⁶. El demandante que se desiste de un recurso no cumple el requisito del agotamiento⁴⁷. Cuando se comunica la demanda al Estado demandado, caso de invocar este último el no agotamiento de los recursos internos deberá probar la existencia en el ordenamiento interno de un recurso eficaz, sufi-

43 Demanda N(8007/77 (Chipre contra Turquía). dec. 10.7.78, D.R. 13, p. 85.

44 Cf. Asunto Chipre contra Turquía, demanda N° 6780/74 y 6950/75, dec. 26.5.75, D.R. 2, p. 125.

45 Demandas N° 10588/83, 10589/83 y 10590/83, dec. 11.10.85, D.R. 44, p. 142. En relación con los agravios basados en las dilaciones excesivas del procedimiento, según la jurisprudencia de la Comisión, el demandante debe de quejarse ante el Tribunal Constitucional tratándose de un procedimiento en curso. Si el demandante no se ha quejado ante el Tribunal Constitucional y ha recaído sentencia definitiva deberá normalmente utilizar la vía de la reclamación de indemnización prevista en los artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Sobre esta cuestión ver decisiones de la Comisión en los asuntos N° 11681/85 (Unión Alimentaria S.A. contra España), dec. de 11.12.87, D.R. 54, p. 101; N° 17553/90, dec. 6.7.93, D.R. 75, p. 128.

46 Demandas N° 9024/80 y 9317/81, dec. 9.7.82, D.R. 28, p. 138; Demanda N° 12794/87, dec. 9.7.88, D.R. 57, p. 251.

47 Demanda N° 9515/81, dec. 7.5.82, D.R. 28, p. 243.

ciente y accesible⁴⁸. En general la carencia de efecto suspensivo no afecta al carácter efectivo de un recurso interno con la excepción notable de las demandas relacionadas con casos de expulsión o extradición donde se alega la violación del artículo 3 del Convenio si se llevara a cabo la medida de expulsión. En estos casos, un recurso sin efecto suspensivo es considerado como ineficaz y por lo tanto no hay que ejercitarlo para cumplir con el requisito del artículo 35 del Convenio⁴⁹. Los recursos a ejercer han de ser no sólo eficaces sino también accesibles a los justiciables⁵⁰.

El estado de enfermo mental y la alegación de desconocimiento del derecho no constituyen motivos que dispensen de la obligación de agotar los recursos internos⁵¹.

La regla del agotamiento no exige la interposición de un recurso manifiestamente desprovisto de toda posibilidad de éxito⁵². Sin embargo, cuando exista una duda sobre la eficacia de un recurso es aconsejable ejercitarlo e introducir paralelamente la demanda ante el Tribunal y de esa forma interrumpir el plazo de seis meses para el caso de que el recurso fuese declarado ineficaz por el Tribunal. En efecto, la Comisión ha declarado en múltiples ocasiones que las dudas sobre las posibilidades de éxito de un recurso interno disponible no representan una circunstancia especial susceptible de dispensar al demandante de su ejercicio⁵³. Conviene precisar que el agotamiento de los recursos internos puede realizarse tras la introducción de la demanda ante el Tribunal pero antes del examen sobre la admisibilidad⁵⁴. Cumplen el requisito del agotamiento aquellos demandantes que han articulado al menos en sustancia ante las jurisdicciones internas los agravios formulados ante el Tribunal⁵⁵.

Según jurisprudencia constante de la Comisión, no se cumple el requisito del agotamiento de los recursos internos cuando un recurso eficaz y accesible se ha malogrado por un hecho imputable al demandante o a su representante. Tal es el caso por ejemplo cuando un recurso se ha malogrado por incumplimiento de algún requisito formal como pueden ser el carácter extemporáneo del recurso o defectos formales de presentación etc⁵⁶.

48 Entre otras muchas demandas ver por ejemplo N° 12766/87, dec. 16.5.90, D.R. 65, p. 155 y N° 17579/90, dec. 13.1.93, D.R. 74, p. 139.

49 Demanda N° 17262/90, dec. 27.2.91, D.R. 68, p. 319.

50 Demanda N° 14545/89, dec. 9.10.90, D.R. 66, p. 238.

51 Demanda N° 6840/74, dec. 12.5.77, D.R. 10, p. 5.

52 Demanda N° 10103/82, dec. 6.7.84, D.R. 39, p. 186.

53 Demanda N° 13669/89, dec. 7.3.90, D.R. 65, p. 245.

54 Demandas N° 13370/87, dec. 4.7.91, D.R. 70, p. 177; N° 16278/90, dec. 3.5.93, D.R. 74, p. 93.

55 Ver por ejemplo demandas N° 11798/85, dec. 7.11.89, D.R. 63, p. 89; N° 16839/90, dec. 42.4.94, D.R. 77, p. 22; N° 19601/92, dec. 19.1.95, D.R. 80, p. 46.

56 Ver entre otras muchas decisiones, demandas N° 6878/75, dec. 6.10.76, D.R. 6, p. 79; N° 13467/87, dec. 10.7.89, D.R. 62, p. 269; N° 18079/91, dec. 4.12.91, D.R. 72, p. 263.

b) La presentación de la demanda en el plazo de seis meses

Según el artículo 35 del Convenio (antiguo artículo 26), las demandas han de ser presentadas ante el Tribunal en el plazo de seis meses que sigue la decisión interna definitiva. El plazo de seis meses se inicia a partir de la notificación de la decisión interna al demandante o a su representante⁵⁷. Se entiende que el plazo queda interrumpido desde el momento en que el demandante introduce su queja ante el Tribunal, esto es desde el momento en que se dirige por primera vez al Tribunal para exponer, ya sea brevemente, el motivo de su queja⁵⁸ siempre y cuando no deje transcurrir un lapso de tiempo excesivamente largo para completar la demanda⁵⁹. En principio se toma como fecha de la primera comunicación con el Tribunal la de la primera carta a no ser que medie un período de tiempo anormalmente largo entre esa fecha y la fecha de recepción en la Secretaría. En este supuesto se tomará como fecha de introducción de la demanda la fecha que conste en el matasellos. La Comisión ha entendido que el plazo de seis meses corre desde la fecha de notificación de la decisión interna definitiva en relación con el ejercicio de recursos internos eficaces y suficientes⁶⁰. Ello significa que no se tomará en cuenta un recurso a todas luces ineficaz como por ejemplo un recurso discrecional⁶¹. Cuando el ordenamiento interno no ofrece ningún recurso, el plazo de seis meses corre a partir del acto contrario al Convenio⁶². Si se trata de una situación de violación continuada, el plazo empieza a correr cuando cesa la situación denunciada⁶³. Si el plazo de seis meses termina un día de fiesta, se prolonga hasta el siguiente día laboral⁶⁴.

c) La compatibilidad con el Convenio

La demanda ha de ser compatible *ratione temporis*, *loci*, *personae* y finalmente *ratione materiae*. Unos apuntes sobre cada uno de estos motivos.

i. La compatibilidad *ratione temporis*

El Convenio sólo vincula a los Estados que son Partes al Convenio o sea aquellos que lo han ratificado. Por lo tanto la responsabilidad internacional empie-

57 Demanda N° 14056/88, dec. 28.5.91, D.R. 70, p. 208.

58 Demanda N° 13370/87, dec. 4.7.91, D.R. 70, p. 177.

59 Demandas N° 15213/89, dec. 1.7.91, D.R. 71, p. 230 y N° 22123/93, dec. 31.8.94, D.R. 79, p. 72.

60 En cuanto al derecho de propiedad en relación con España, el Tribunal ha estimado que, no cabiendo recurso de amparo de este derecho, el plazo de 6 meses se inicia a partir de la notificación de última sentencia dictada por la jurisdicción ordinaria: Demanda N° 40177/98, dec. 19.1.99.

61 Demanda N° 12810/87, dec. 18.1.89, D.R. 59, p. 172.

62 Demanda N° 23413/94, dec. 28.11.95, D.R. 83, p. 31.

63 Demanda N° 14807/89, dec. 12.2.92, D.R. 72, p. 148.

64 Demanda N° 24856/94, dec. 11.4.96.

za a partir de la entrada en vigor del Convenio respecto de la Parte Contratante y, en principio, en relación con hechos acaecidos posteriormente a la entrada en vigor del Convenio⁶⁵. Esta declaración de principios ha de ser matizada sobre todo por su incidencia en el plazo de seis meses en presencia de las denominadas «violaciones continuadas», concepto desarrollado por la jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal⁶⁶. De manera resumida y según Max Sorensen estamos ante una «violación continua cada vez que una disposición del Convenio garantiza a las personas el goce de una determinada situación y el demandante alega que ha sido privado y sigue siendo privado de ese beneficio durante un período que se prolonga sin disponer de ningún recurso interno eficaz para remediar el agravio⁶⁷ .”

Según la Comisión el concepto de «violación continuada» había de distinguirse de los «actos instantáneos» de «efecto perdurable»⁶⁸ que no interrumpen el plazo de seis meses. Tal es el caso de un acto privativo de la propiedad⁶⁹.

En la sentencia *Loizidou* contra Turquía, el Tribunal examinó la violación por parte de Turquía del derecho de propiedad de la demandante, a la sazón griega-chipriota, a raíz de la invasión de una parte de la isla por las tropas turcas y la expropiación de sus propiedades situadas en la parte de la isla ocupada por el ejército turco. La expropiación de la propiedad se produjo en virtud de una disposición de la Constitución de la «República turca de Chipre del Norte» de 1985, o sea con anterioridad a la declaración de 22 de Enero de 1990 por la cual Turquía reconoció la jurisdicción obligatorias del Tribunal de conformidad con el artículo 46 (antiguo) del Convenio. Turquía alegaba una excepción *ratione temporis* de la demanda. El Tribunal, tras declarar que la Comunidad Internacional no reconocía como Estado la República en cuestión, consideró que no se podía atribuir validez jurídica a la Constitución de 1985 y que las violaciones alegadas revestían un carácter continuado⁷⁰.

ii. La compatibilidad *ratione loci*

Como recoge el artículo 1 del Convenio, la protección dispensada por el Tratado se extiende a toda persona dependiente de la jurisdicción de cada Estado Parte. Por

65 Demanda N° 9453/81, dec. 13.12.82, D.R. 31, pp. 204-206.

66 La decisión de principio que desarrolla el concepto de noción de «violación continuada» la constituye el asunto *De Becker*, demanda N° 214-56, decisiones de 9 de junio de 1958, *Annuaire* II, pág. 215 y siguientes; Ver asimismo demanda N° 8701/79, dec. 3.12.79, D.R. 18, pág. 250-254. En cuanto al Tribunal ver sentencias *Papamichalopoulos* y otros contra Grecia de 24 de Junio de 1993, serie A n° 260-B, pp. 20-21, pár. 46 y *Agrotexim* y otros contra Grecia de 24 de Octubre de 1995, serie A n° 330, pág. 22, pár. 58.

67 M. SORENSEN: «*Le problème intertemporel dans l'application de la Convention*», *Mélanges Modinos*, Paris, 1968, pág. 304-319 citado por Cohen-Jonathan, op. citada pág. 99.

68 Asunto *De Becker* citado, pág. 243.

69 Demanda N° 7379/76, dec. 10.12.76, D.R. 8, pág. 211-214.

70 Sentencia de 18 de Diciembre de 1996, pár. 41-47 y 52-57.

lo tanto, la violación alegada ha de haberse producido en un lugar que esté bajo la jurisdicción de un Estado Parte. Sin embargo, en determinados casos la responsabilidad de un Estado Parte puede quedar involucrada por motivo de actos realizados fuera de su territorio nacional⁷¹.

iii. La compatibilidad *ratione personae*

Bajo este concepto se hace referencia a dos aspectos: quién puede presentar una demanda y contra quién puede dirigirse la demanda.

a. *La legitimación activa*

A tenor del artículo 33 del Convenio (antiguo artículo 24) todo Estado Parte o grupo de Estados puede denunciar ante el Tribunal (antes ante la Comisión) cualquier incumplimiento de las disposiciones del Convenio que crea imputable a otro Estado Parte sin que sea necesario que los Estados demandantes o sus nacionales sean los perjudicados por las violaciones denunciadas. Como ya se ha indicado el derecho de acción estatal consagra la noción de garantía colectiva de los derechos humanos y sienta las bases de un auténtico orden público europeo⁷².

En cuanto a las demandas individuales del artículo 34 del Convenio (antiguo artículo 25), pueden presentar demandas las personas físicas o morales y las organizaciones no gubernamentales. La Comisión ha declarado que un organismo local de carácter público como un ayuntamiento no constituye una organización no gubernamental y por tanto no está legitimado para presentar una demanda⁷³.

Una demanda individual puede ser presentada por cualquier persona que se considere víctima de una violación del Convenio⁷⁴. En principio, por víctima, se considera a la persona directamente afectada por el acto u omisión denunciado⁷⁵. Asimismo, la Comisión y el Tribunal han estimado que podía considerarse «víctima» de una violación del Convenio aquella persona que puede demostrar la existencia de un vínculo estrecho con la víctima directa de la violación y tiene además un interés personal justificado en que tal violación sea constatada el Tribunal. En este sentido y a título de ejemplo, la Comisión y el Tribunal han reconocido la calidad de víctimas indirectas a los familiares de una persona fallecida durante una

71 Ver por ejemplo en relación con la presencia de Turquía en Chipre, demandas N° 15299-15300-15318/89, dec. 4.3.91, D.R. 68, p. 216. En relación con la responsabilidad de España y Francia respecto de supuestas violaciones cometidas por autoridades de Andorra ver demandas N° 12747/87, dec. 12.12.89, D.R. 64, p. 97 y respecto de Francia únicamente demanda N° 16462/90, dec. 19.1.94, D.R. 76, p. 18.

72 Demandas N° 788/50, Austria contra Italia, Rec. 7, p. 23, 41 y 42; N° 9116/80, asunto Temeltasch contra Suiza, informe de la Comisión de 5 de Mayo de 1982, D.R. 31, p. 128; Sentencia del Tribunal en el caso Irlanda contra Reino Unido de 18 de Enero de 1978, serie A n° 25, pp. 90-91, p. 239.

73 Demanda N° 15090/89, Ayuntamiento de M. contra España, dec. 7.1.91, D.R. 68, p. 209.

detención policial en relación con la violación de los artículos 2 y 3 del Convenio⁷⁶. De lo que antecede se puede deducir que el Convenio no instituye en beneficio de los particulares una suerte de acción popular, no les autoriza a demandar «in abstracto» por el sólo hecho de estimar una ley contraria al Convenio⁷⁷. Ahora bien, ello no es óbice para que los órganos del Convenio hayan interpretado el concepto de víctima en el sentido de estimar que, en determinadas situaciones excepcionales, una persona pueda considerarse víctima de una violación ocasionada por la simple existencia de una ley. Tal fue el caso el asunto *Klass contra Alemania* en materia de escuchas telefónicas⁷⁸, en los asuntos *Dudgeon contra el Reino Unido* y *Modinos contra Chipre* en relación con una ley que penalizaba las relaciones homosexuales entre adultos⁷⁹.

b. La legitimación pasiva

Las demandas han de dirigirse contra un Estado que haya ratificado el Convenio. Con la entrada en vigor del Protocolo N° 11, el reconocimiento por parte de los Estados del derecho de recurso individual ha perdido toda virtualidad.

iv. La compatibilidad *ratione materiae*

El Tribunal sólo puede conocer de violaciones de derechos y libertades reconocidos por el Convenio y sus protocolos adicionales. Para sopesar el alcance de este requisito es imprescindible tener en cuenta la labor interpretativa realizada por la Comisión y el Tribunal en relación con los distintos derechos garantizados.

a. Derechos no garantizados

A título ilustrativo, exponemos a continuación algunos derechos no garantizados por el Convenio:

— El derecho a ocupar un puesto en la función pública⁸⁰;

74 Para jurisprudencia sobre el concepto de víctima ver la obra de Ireneu CABRAL BARRETO: “*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*”, pp. 187-189, Editorial Notícias, 1995.

75 Ver por ejemplo demandas N° 11724/85, dec. 5.2.90, D.R. 64, p. 72; N°14807/89, dec. 12.2.92, D.R. 72, p. 148.

76 Demandas N° 11257/84, dec. 6.10.86, D.R. 49, p. 213; N° 16988/90, dec. 9.12.92; Sentencia *Yasa c. Turquía* de 2 de Septiembre de 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998, par. 63-66.

77 Entre otras muchas demandas, N° 12947/87, dec. 12.7.89, D.R. 62, p. 226; N° 14631/89, dec. 5.3.90, D.R. 65, p. 307; N° 17083/90, dec. 8.4.91, D.R. 71, p. 269.

78 Sentencia del Tribunal de 6 de Septiembre de 1978, serie A n° 28, pp. 16-20, pár. 33-38.

79 Sentencias del Tribunal de 22 de Octubre de 1981, serie A n° 45, pp. 18-19, pár. 40-41 y 22 de Abril de 1993, serie A n° 259, pp. 10-11, par. 17-24.

80 Por ejemplo demanda N° 8160/78, dec. 12.3.81, D.R. 22, pág. 27.

- El derecho a ver imputada la prisión preventiva sobre la duración de la pena de prisión⁸¹;
- El principio «ne bis in idem»⁸²;
- El derecho a cumplir la pena de prisión en un establecimiento penitenciario determinado⁸³;
- El derecho a adquirir una determinada nacionalidad⁸⁴;
- El derecho a la revisión de un proceso⁸⁵;
- El derecho a la autodeterminación⁸⁶;
- El derecho a la libertad condicional⁸⁷;

b. Los derechos derivados

Conviene subrayar la extensión de la cobertura convencional a derechos no expresamente garantizados por el Convenio mediante la técnica de la protección indirecta según la terminología francesa «par ricochet» o sea por efecto de rebote⁸⁸. De esta manera, y a título de ejemplo, si bien el derecho a un medio ambiente sano no viene contemplado por el Convenio, la Comisión y el Tribunal en el asunto López Ostra contra España han estimado que, en determinadas situaciones, las emanaciones noci-

81 Demanda N° 9019/80, dec. 7.7.81, D.R. 27, pág. 181. Ver sin embargo demanda N° 21503/93, asunto P.L. contra Francia, informe de la Comisión de 11 de Abril de 1996 donde se concluye a la violación del art. 5 párr. 1 del Convenio por no haber imputado al demandante un período de un año de prisión preventiva correspondiente al mismo período de procedimiento penal anulado por la jurisdicción penal francesa. Este asunto ha sido elevado al Tribunal donde ha sido archivado tras el desistimiento del demandante a raíz de haber beneficiado de un indulto parcial (Sentencia del Tribunal de 2 de Abril de 1997, Recueil 1997-II, p. 581 y siguientes).

82 Demandas N° 24015/94, dec. 20.5.94, D.R. 77, pág. 144 y N° 21072/92, dec. 16.1.95, D.R. 80, pág. 89. No olvidemos sin embargo que el artículo 4 del Protocolo N° 7 proclama el principio «ne bis in idem» en el orden jurídico interno.

83 Demandas N° 5229/71, dec. 5.10.72, Recueil 42, pág. 140; N° 5712/72, dec. 15.7.74, Recueil 46, pág. 112; N° 11208/84, dec. 4.3.86, D.R. 46, pág. 182; N° 23241/94, dec. 20.10.94, D.R. 79, pág. 121. En relación con el derecho a mantener una vida familiar del art. 8 ver demanda N° 13756/88, dec. 12.3.90, D.R. 65, pág. 265.

84 Demanda N° 11278/84, dec. 1.7.85, D.R. 43, pág. 216; Conviene puntualizar sin embargo que, en determinados casos, la denegación arbitraria de la nacionalidad puede plantear problemas en relación con el artículo 8 del Convenio: Ver Demanda N° 31414/96, dec. 12.1.99; en este caso, el Tribunal examina la denegación de la nacionalidad finlandesa a un niño nacido en Finlandia de padres originarios de la Unión Soviética a quienes no se les reconocía la nacionalidad rusa a raíz del cambio político acaecido en ese Estado.

85 N° 14739/89, dec. 9.5.89, D.R. 60, pág. 296. Los demandantes, llamados por los medios de comunicación británicos «los 6 de Birmingham» han conseguido que una corte de apelación británica revise su caso y han sido absueltos.

86 Demanda N° 7230/75, dec. 4.10.76, D.R. 7, pág. 109.

87 Demanda N° 16266/90, dec. 7.5.90, D.R. 65, pág. 337.

88 Juan Antonio CARRILLO SALCEDO: «*Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II*», Cuadernos de Derecho Judicial publicación del Consejo General del Poder Judicial 1995 pp. 11-51.

vas de una depuradora industrial pueden suponer una vulneración del derecho a la vida familiar y privada de la demandante recayendo en el Estado una obligación positiva de protección. Del mismo modo, el derecho de no ser expulsado de un Estado del que no se es nacional no está protegido por el Convenio. Sin embargo, el Tribunal ha estimado que, en determinados supuestos, la expulsión de un emigrante perteneciente a la «segunda generación» puede entrañar la violación de su derecho a la vida familiar y privada⁸⁹. La expulsión puede suponer también en determinados casos una violación del artículo 3 cuando existan motivos fundados de que la persona será sometida a tratos contrarios a dicha disposición en el país hacia donde se le quiere expulsar o extraditar⁹⁰. Otro ejemplo lo constituye el derecho a pensión o a otras prestaciones de seguridad social que no figura entre los derechos protegidos. Pues bien, mediante una interpretación dinámica del artículo 1 del Protocolo N° 1, la Comisión y el tribunal han estimado que la denegación de una pensión o de una prestación de seguridad social de carácter contributiva podría suponer una violación del derecho de propiedad garantizado por dicha disposición⁹¹.

c. Las reservas del artículo 57 del Convenio (antiguo art. 64)

El Convenio (actual artículo 57 y antiguo 64) autoriza la formulación de reservas en relación con una disposición del Convenio cuando una norma en vigor en el Estado Parte suponga una disconformidad con la disposición del Convenio en cuestión⁹². Las

89 Sentencias Moustaquim contra Bélgica de 18 de Febrero de 1991, serie A n° 193; Beldjoudi contra Francia de 26 de Marzo de 1992, serie A n° 234-A; Nasri contra Francia de 13 de Julio de 1995, série A n° 320-B; Mehemi contra Francia de 26 de Septiembre de 1997, Recueil de Arrêts 1997.

90 Ver por ejemplo demandas N° 15658/89, dec. 7.12.89, D.R. 64, pág. 242; N° 27249/95, dec. 14.9.95, D.R. 83, pág. 91; N° 22742/93, dec. 20.1.94, D.R. 76, pág. 164; Sentencias Soering contra el Reino Unido de 7 de Julio de 1989, serie A n° 161 (para un caso de extradición hacia los Estados Unidos) y Chahal contra el Reino Unido de 15 de Noviembre de 1996 (para un caso de expulsión de un líder de la comunidad Sikh hacia la India).

91 Demanda N° 12264/86, dec. 13.7.88, D.R. 57, pág. 131; Sentencia Gaygusuz contra Austria de 16 de Septiembre de 1996: En este asunto el tribunal estima que la denegación de una prestación de desempleo motivada exclusivamente por la nacionalidad del demandante (turco) constituye una violación del artículo 14 combinado con el artículo 1 del Protocolo N° 1.

92 En cuanto a las reservas y delaraciones formuladas por España ver supra epígrafe E. Andorra, por su parte ha formulado las siguientes reservas:

— En relación con el artículo 5 del Convenio en la medida en que dicha disposición fuera incompatible con el artículo 9 párrafo 2 de la Constitución andorrana (duración de la detención preventiva);

— Respecto del artículo 11 del Convenio con relación a los artículos 18 y 19 de la Constitución andorrana sobre el derechos de libertad sindical y patronal;

— En cuanto a la compatibilidad del artículo 15 del Convenio con el artículo 42 de la Constitución andorrana sobre limitación de derechos y libertades constitucionales en situación de alerta o de urgencia.

Además este país ha formulado una declaración general sobre cuestiones de residencia, trabajo y medidas sociales aplicables a los extranjeros.

reservas han de ser formuladas en el momento de la firma del Convenio o de su ratificación⁹³. Se prohíben las reservas de carácter general. Esta prohibición ha de entenderse en estrecho vínculo con el artículo 1 del Convenio que establece la obligación para los Estados a garantizar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades enunciados por el Convenio⁹⁴. El alcance del antiguo art. 64 ha sido examinado en detalle por la Comisión en el asunto *Temeltasch* contra Suiza en su informe de 5 de Mayo de 1982⁹⁵. En su informe según el art. 31, la Comisión sistematizó los principios rectores en materia de formulación de reservas. En primer lugar la Comisión se estimó competente para examinar en un caso concreto si una reserva o una declaración interpretativa era conforme con el Convenio. Asimismo, cuando un Estado formulaba una declaración como condición de su consentimiento a quedar vinculado por el Convenio, dicha declaración había de ser asimilada a una reserva en el sentido del art. 64. En cuanto al concepto de «reserva general», la Comisión la describió a contrario como aquella reserva que no vertía sobre una disposición específica del Convenio o cuando quedaba redactada de tal forma que no se podía definir su alcance⁹⁶.

v. La falta manifiesta de fundamento

A tenor del artículo 35 párrafo 3 del Convenio (antiguo 27 pár. 2), el Tribunal (antes la Comisión) puede declarar una demanda inadmisibile por estimar tras examinar el fondo que carece manifiestamente de fundamento. En este sentido, se puede considerar que la Comisión y, tras la entrada en vigor del Protocolo N° 11, el Tribunal actúa como una jurisdicción internacional de primera y última instancia. Se considera que una demanda es manifiestamente infundada cuando no se aprecian indicios de violación de los derechos y libertades garantizados por el Convenio. Este motivo de inadmisibilidad ha sido utilizado por la Comisión y, desde el 1 de Noviembre de 1998, por el Tribunal de plano en base a la sola documentación aportada por el demandante y sin que medie comunicación de la demanda al Estado

93 Según el art. 57 pár 1 del Convenio (antiguo 64 pár. 1), únicamente las leyes en vigor en el momento de la ratificación pueden ser objeto de reservas. Las reservas formuladas al amparo de este artículo no pueden por lo tanto extenderse en principio a leyes aprobadas posteriormente a la ratificación. En este sentido ver recientemente la sentencia del Tribunal en el asunto *Stallinger y Kuso* contra Austria de 23 de Abril de 1997, pár. 48.

94 Donna GOMIEN, David HARRIS y Leo ZWAAK: "*Law and practice of the European Convention on Humans Rights and the European Social Charter*", p. 20, editado por «Council of Europe Publishing» 1996.

95 Demanda N° 9116/80, informe de la Comisión de 5 de Mayo de 1982, D.R. 31, págs. 120-136 y Resolución del Comité de Ministros de 24 de Marzo de 1983, pág. 137.

96 También en relación con Suiza ver sentencia *Belilos* de 29 de Abril de 1988, serie A n° 132. En este asunto, el Tribunal estima que la declaración interpretativa de Suiza es de «carácter general» por estar redactada en términos demasiados vagos y extensos siendo por tanto contraria al art. 64 y concluye a la violación del art. 6 pár. 1 del Convenio.

demandado. Se puede utilizar asimismo al término de la fase contradictoria en caso de comunicación de la demanda y presentación de alegaciones escritas por las partes e incluso a raíz de una audiencia.

Constituye éste uno de los motivos utilizado con mayor frecuencia para la inadmisión de demandas. A tal efecto la Comisión y, desde el 1 de Noviembre 1998 el Tribunal, se procede a un examen sobre el fondo. La práctica de la Comisión en relación con este motivo de inadmisibilidad, por otra parte indispensable a la economía del sistema, ha dado lugar a severas críticas por parte de la doctrina⁹⁷.

En presencia de una jurisprudencia sentada según la cual los hechos alegados no constituyen una violación, la Comisión se limitaba a la aplicación de dicha jurisprudencia al caso concreto. Por ejemplo, según el artículo 6 par. 1 del Convenio, en el marco de un procedimiento sobre un derecho u obligación civil, el litigio ha de resolverse por un tribunal con plenitud de jurisdicción y mediante una audiencia pública. El Tribunal ha precisado que un Estado cumple con dicho precepto cuando al menos una instancia jurisdiccional ha respetado todas las garantías derivadas de esta disposición. Pues bien, en un asunto francés en que el demandante se quejaba de la inobservancia de todas las garantías por una jurisdicción «ordinal» (jurisdicciones dimanantes de los colegios profesionales competentes para dictar sanciones disciplinarias) la Comisión ha estimado suficiente el control de plena jurisdicción ejercitado en última instancia por el Conseil d'Etat⁹⁸.

La Comisión ha hecho uso a menudo de la cláusula de «la cuarta instancia» a tenor de la cual no constituye una nueva instancia de apelación contra los supuestos errores de hecho o derecho cometidos por los tribunales nacionales a no ser que se haya producido una violación de los derechos y libertades protegidos por el Convenio. En relación con el derecho a un juicio equitativo del art. 6 par. 1 del Convenio, la Comisión como el Tribunal entienden por ejemplo que entra dentro de su potestad el examen del modo de administración de las pruebas⁹⁹ pero no su apreciación por los tribunales internos a no ser que se esté ante una iniquidad manifiesta o

97 Sobre este motivo de inadmisibilidad y su crítica ver: Gérard COHEN-JONATHAN: *“La Convention européenne des Droits de l’Homme”*, Editorial Economica, 1989 pp. 153-159; MIKAELSEN: *“European protection of human rights: The practice and procedures of the European Commission of Human Rights on the admissibility of applications from individual and States”*, p. 172.

98 Sentencia Le Compte, Van Leuven y De Meyere c. Bélgica de 23 de Junio de 1981, serie A n° 43, p. 23, par. 51; N° 18845/91, dec. 30.6.93.

99 Ver sentencia Mantovanelli contra Francia de 18 de Marzo de 1997, donde el Tribunal, siguiendo el dictamen de la Comisión, estima que el carácter no contradictorio de un peritaje médico utilizado como elemento de prueba preponderante en una sentencia sobre responsabilidad de un establecimiento hospitalario vulnera el principio de igualdad de armas derivado de derecho a un juicio equitativo proclamado por el artículo 6 par. 1 del Convenio.

arbitrariedad¹⁰⁰. En el mismo registro, la Comisión ha declarado con frecuencia que su tarea consiste en examinar si el procedimiento en su globalidad, incluido el modo de presentación de las pruebas, ha revestido un carácter equitativo¹⁰¹. En materia de derechos sustantivos, la Comisión examinaba si los agravios sometidos constituían una violación del Convenio. Si se trata de los derechos contemplados en los artículos 8 a 11, verificaba si se estaba ante una injerencia en uno de los derechos proclamados y a continuación comprobaba si la injerencia estaba justificada en virtud de alguno de los motivos recogidos en los respectivos párrafos segundos de dichos artículos.

Por ejemplo en un asunto español, donde se dirimía si la publicación de varios artículos de prensa suponía una conculcación del derecho al honor de varios magistrados, la Comisión declaró la demanda manifiestamente mal fundada por estimar en primer lugar que cuando la publicación por los medios de comunicación de un artículo de prensa planteaba un problema de injerencia en la vida privada, el Estado debía encontrar un justo equilibrio entre los derechos antagónicos. Añadía la Comisión que:

«En el caso de autos, observa que los artículos de prensa litigiosos se referían a una sentencia susceptible de cuestionar la constitucionalidad de una ley instituyendo determinadas incompatibilidades en la función pública. Trataban por tanto de un tema de interés para el público, como lo prueba el hecho de que otros diarios hayan abordado la cuestión. Ciertamente, los demandantes han sido citados por sus nombres en su calidad de jueces miembros de la sala del Tribunal Central de Trabajo que decidieron elevar el asunto al Tribunal Constitucional y términos de cierta severidad han sido proferidos en su contra. No obstante, la Comisión estima que si lo publicado puede parecer hiriente o chocante, se inscribe en el marco de la crítica periodística, no pudiendo considerarse que los términos vertidos alcancen un grado tal que puedan suponer una violación del derecho al respeto de la vida privada de los demandantes.»¹⁰²

En otro asunto español relacionado con la presunción de inocencia (art. 6 párr. 2), la Comisión declaró que la obligación legal impuesta al propietario de un vehículo a comunicar a las autoridades la identidad del verdadero conductor en caso de constatación de una infracción no conculcaba el derecho a la presunción de

100 Por ejemplo N° 8876/80, dec. 16.10.80, D.R. 23, p. 233; N° 22909/93, dec. 6.9.95, D.R. 82, p. 25.

Ver sentencia Schenk contra Suiza de 12 de Julio de 1988, serie A n° 140, p. 29, párr. 45-46; Esta cláusula ha sido también recordada en una sentencia reciente del nuevo Tribunal en el asunto García Ruiz contra España, sentencia de 21 de Enero de 1999, párr 28.

101 N° 24571-24572/94, dec. 28.9.95, D.R. 82, p. 85.

inocencia¹⁰³. En relación con el artículo 3 del Convenio, la Comisión rechazó una demanda al estimar que los hechos denunciados no alcanzaban un grado de gravedad correspondiente al concepto de trato degradante. Al respecto, la Comisión estimó que el hecho de atar a un radiador mediante esposas a una persona detenida por la policía y de ser supuestamente víctima de burlas por parte de la policía no constituía una violación del artículo 3 del Convenio¹⁰⁴.

En cualquier caso, no siempre es fácil decidirse entre declarar «manifiestamente mal fundados» unos hechos en la fase de admisibilidad u optar por entrar en el examen de fondo en el informe previsto por el artículo 31¹⁰⁵.

La diferencia entre admisibilidad y examen del fondo es más teórica que real, pues la inadmisibilidad por falta manifiesta de fundamento supone en todos los casos pronunciarse sobre la violación denunciada y por lo tanto sobre el fondo. Esta situación se convierte en claramente injusta cuando una demanda, comunicada al gobierno, era rechazada por la Comisión por una mayoría ínfima de un voto o en caso de igualdad de votos por el voto de calidad del presidente¹⁰⁶. Creemos que ante estos casos límite (border cases) debería exigirse una mayoría cualificada para declarar manifiestamente mal fundada una demanda.

vi. Otros motivos de inadmisibilidad

El artículo 35 del Convenio (antiguo 27) enumera otros motivos de inadmisibilidad que podríamos calificar de residuales como son las demandas abusivas¹⁰⁷, demandas anónimas, esencialmente las mismas que otras del mismo demandante y aquellas demandas sometidas a otras instancias internacionales de investigación o de arreglo¹⁰⁸.

102 N° 31477/96, dec. 15.1.97.

103 N° 23816/94, dec. 17.5.95, D.R. 81, p. 82.

104 N° 21788/93, dec. 31.8.94, D.R. 79, p. 54; en relación con la obligación de un detenido de dar una muestra de orina en presencia de un vigilante ver N° 21132/93, dec. 6.4.94, D.R. 77, p. 75.

105 Vid. COHEN-JONATHAN citado, p. 156.

106 Ver el caso Iversen sobre la definición como «trabajo forzado u obligatorio» y por lo tanto prohibido por el art. 4 del Convenio en relación con la obligación de los dentistas a realizar un servicio público obligatorio en las regiones nórdicas noruegas durante un año. En est asunto, la Comisión declaró la demanda manifiestamente mal fundada por una mayoría de seis votos contra cuatro (Demanda N° 1468/62, Annuaire VI, p. 279). Esta decisión fue criticada por la doctrina, al entender que merecía un examen de fondo; Ver COHEN-JONATHAN, op. citada pág. 157 y referencias doctrinales.

107 Demanda N° 13284/87, déc. 15.10.87, D.R. 54, p. 214.

108 Demanda N° 16358/90, dec. 12.10.92, D.R. 73, p. 120; esta demanda presentada por los miembros del Comité de empresa de Alúmina-Aluminio despedidos a raíz del accidente del «Casón» se rechaza por ser esencialmente idéntica a otra demanda sometida al Comité de Libertad Sindical de la O.I.T.; Ver también demanda N° 17512/90, dec. 6.7.92, D.R. 73, p. 214 en relación con una demanda presentada por dos miembros del «GRAPO». La Comisión constata que uno de ellos había presentado anteriormente una demanda ante el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U., demanda a la que se unió el segundo demandante en el curso del procedimiento ante la Comisión.

G. LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE EXPULSIÓN O EXTRADICIÓN: LA PRÁCTICA RELATIVA AL ARTÍCULO 36 DEL REGLAMENTO INTERIOR DE LA COMISIÓN

El Convenio no tiene como función, al menos directamente, la prevención de violaciones de derechos fundamentales. Su ámbito protector interviene una vez producida la violación de una de sus disposiciones. La propia regla del agotamiento de los recursos internos lo confirma. Únicamente en materia de expulsiones o extradiciones cuando entren en juego los artículos 2 y 3, la Comisión ha elaborado en base al artículo 36 de su Reglamento interior una práctica con vistas a impedir la vulneración de los derechos garantizados por dichas disposiciones. Esta posibilidad de actuar¹⁰⁹ ha sido recogida en el artículo 39 del reglamento del nuevo Tribunal al disponer:

- “1. La Sala o en su caso su Presidente puede a solicitud de una parte o de cualquier otra persona interesada o de oficio indicar a las partes cualquier medida provisional que estime deba ser adoptada en interés de las partes o del buen desarrollo del procedimiento.
2. El Comité de Ministros es informado.
3. La Sala puede invitar a las partes que le faciliten informaciones sobre toda cuestión relacionada a la aplicación de las medidas provisionales recomendadas por ella.”

Veamos, a continuación como ha funcionado el mecanismo del artículo 36 del Reglamento interior de la Comisión.

El artículo 36 del Reglamento interior disponía lo siguiente:

«La Comisión o al margen de sus sesiones, el Presidente o en caso de impedimento, cualquiera de los Vice-Presidentes, puede adoptar, en nombre de la Comisión, cualquier medida necesaria en caso de urgencia. Una vez reunida la Comisión, el Presidente o en su caso el Vice-Presidente presentará informe sobre las medidas adoptadas.»

La Comisión ha utilizado dicha facultad esencialmente en relación con demandas de asilo o de extradición. En virtud de ese precepto, la Comisión o su Presidente podía indicar a las Partes contratantes toda medida provisional que estimare deseable para el desarrollo normal del procedimiento o en interés de las partes. La Comisión hacía uso de esa facultad sólo cuando consideraba que la ejecución de la medida denunciada ante ella conllevaría daños irreparables e irreversibles. Precisa-

¹⁰⁹ Los Reglamentos interiores del antiguo Tribunal en sus dos versiones A (aplicable a aquellos Estados que no habían ratificado el protocolo N° 9) y B (aplicable a los que habían ratificado dicho protocolo) contenían una disposición análoga, respectivamente en sus artículos 36 y 38.

mente tal supuesto se realizaba cuando un demandante enfrentado a una decisión de expulsión o de extradición alegaba ante la Comisión el riesgo de ser sometido en el país de destino a tratos incompatibles con los derechos garantizados por los artículos 2 y 3 del Convenio. Ejercitando una función preventiva y cautelar, la Comisión accionaba el mecanismo del artículo 36 y solicitaba del Gobierno interesado la paralización de la medida de expulsión.

En la práctica, el sistema funcionaba de la forma siguiente:

El demandante o su representante (éste puede ser un abogado o una organización humanitaria), se dirigía a la Comisión pidiendo la intervención de este órgano para impedir la ejecución de una decisión de expulsión. Si la demanda era imprecisa y la expulsión no era inminente, el jurista encargado del asunto remitía al demandante o a su representante una carta informándole de forma somera de la jurisprudencia de los órganos de control relativa a los demandantes de asilo. Con objeto de recabar información necesaria se le invitaba a cumplimentar un documento-test elaborado por la Secretaría y aprobado por la Comisión. Una vez en posesión de los datos personales del demandante, de su actividad política en el país de destino, de las persecuciones de las que había sido objeto, de los recursos presentados y resoluciones recaídas en el país de residencia, la demanda era inmediatamente presentada a la Comisión si se encontraba en sesión o a su Presidente para que decidiera sobre la aplicación o no del artículo 36. Si se optaba por hacer uso del artículo 36, o sea, si se solicitaba al Gobierno la suspensión de la medida, la decisión había de ser ratificada por la Comisión en su sesión siguiente. Cuando la decisión era tomada por la propia Comisión, había de ser confirmada en cada sesión.

La decisión de aplicar el artículo 36 se ponía en conocimiento de las partes, empezando por el demandante, mediante llamada telefónica o por medio de teletipo, confirmándose ulteriormente por escrito. Si la decisión era negativa, sólo se informaba al demandante. A título indicativo, en 1996 la Comisión recibió 173 demandas de aplicación del artículo 36. Los países mayoritariamente demandados fueron Francia, con 71 demandas de las cuales 14 fueron aceptadas, los Países bajos con 14 demandas, una de ellas favorable, Noruega con 11 demandas todas ellas rechazadas, el Reino Unido con 10 demandas, 2 de ellas favorables, Suiza con 11 demandas y ninguna positiva, Suecia con 11 demandas, 3 de signo positivo, Turquía con 8 demandas, todas rechazadas. Con respecto a España se recibieron 4 demandas, una de ellas favorable¹¹⁰.

¹¹⁰ Demanda N° 20347/92, decisión de 11.9.92 (grupo de africanos expulsados por España que tras serles denegada la entrada en Marruecos quedan atrapados en situación más que precaria entre los puestos fronterizos de España y Marruecos. A raíz de la intervención de la Comisión en aplicación del artículo 36 del Reglamento interior, España autorizó la vuelta de este grupo de personas a territorio español.

En la inmensa mayoría de los casos de expulsión de demandantes de asilo, los Estados requeridos por la Comisión se han conformado con la indicación formulada por la Comisión.

En cambio, en asuntos de extradición, en varias ocasiones los Estados han hecho caso omiso de la indicación formulada.

En el asunto Cruz-Varas, citado más arriba, el Tribunal, tras concluir a la no violación del artículo 3 del Convenio por la expulsión del demandante a Chile, examinó detenidamente el problema planteado por la negativa del Gobierno sueco a dar curso favorable a la indicación de la Comisión referente a la suspensión de la medida de expulsión. El Tribunal situó el debate jurídico en el marco del cumplimiento por parte de los Estados contratantes de las obligaciones derivadas del artículo 25 párr. 1 del Convenio (actual artículo 34), es decir, en la interferencia del derecho de demanda individual.

De acuerdo con la tesis defendida por el Gobierno sueco, el Convenio no obliga a los Estados a conformarse con las indicaciones realizadas por la Comisión con arreglo al artículo 36 de su Reglamento Interior, al carecer dicha disposición de fuerza vinculante. Para la Comisión, la negativa del Gobierno sueco podría ser interpretada en determinadas circunstancias especiales como una traba al ejercicio del derecho de recurso individual, en particular cuando el demandante corre un riesgo serio de daños importantes e irreparables a resultas de la expulsión. Mantener lo contrario supondría reducir la eficacia del sistema de protección del Convenio.

Por su parte el Tribunal procedió a un recordatorio de algunos principios inspiradores del Convenio. Refiriéndose al asunto Soering, insistió sobre el carácter efectivo y concreto de la protección dispensada por el Convenio. Según ese principio, la tesis de la Comisión según la cual es competente para ordenar medidas provisionales de índole cautelar se vería reforzada. Después de efectuar un rápido repaso histórico sobre el origen del artículo 36, el Tribunal señaló, sin embargo, que dicho precepto no ostentaba rango convencional sino que se trataba de una mera disposición de procedimiento establecida por la Comisión en aplicación del artículo 36 del Convenio.

En consecuencia, y a falta de una disposición expresa en el Convenio sobre medidas provisionales, el Tribunal declaró que una indicación de la Comisión dictada en virtud de su reglamento interno no constituía una obligación jurídica a cargo del Estado. Examinando las repercusiones sobre el artículo 25 párr. 1 del Convenio (actual artículo 34), el Tribunal razonó que sería forzar el sentido de ese texto si, como hacía la Comisión, se interpretaba en el sentido de conferir fuerza obligatoria a la mencionada indicación. Concluyó el Tribunal diciendo que el Estado que optaba por no dar curso favorable a la indicación de la Comisión de suspender la medida de expulsión o de extradición, se arriesgaba, sin embargo, a ser condenado ulteriormente por violación del artículo 3 del Convenio¹¹¹.

111 Sentencia Cruz-Varas contra Suecia de 20 de Marzo de 1991, serie A n° 201, párr. 9 a 103.

H. EL PROCEDIMIENTO APLICABLE A LAS DEMANDAS ESTATALES

Las demandas estatales presentadas en virtud del artículo 33 del Convenio (antiguo artículo 24) son examinadas siguiendo un procedimiento análogo al descrito anteriormente. Conviene precisar los motivos de inadmisibilidad enunciados en los apartados segundo y tercero del artículo 35 (apartados primero y segundo del antiguo artículo 27) no se aplican a este tipo de demandas.

Desde la entrada en vigor del Convenio 20 demandas han sido presentadas ante la Comisión por Estados:

- 1956: Dos demandas presentadas por Grecia contra el Reino Unido, a causa de las medidas de excepción aplicadas a la población de la isla de Chipre, entonces bajo administración británica.
- 1960: Una demanda presentada por Austria contra Italia, con motivo de un proceso que se desarrolló en la región de Alto Adigio/Tirol del Sur contra unos jóvenes acusados de asesinato ante los tribunales de Bolzano y Trento.
- 1967: Cinco demandas presentadas contra Grecia por los Gobiernos 1970 de Dinamarca, Noruega, Suecia y los Países Bajos denunciando una serie de violaciones del Convenio por el régimen dictatorial griego llamado «de los coroneles».
- 1971: Dos demandas presentadas por la República de Irlanda contra el Reino Unido en relación con diversas medidas aplicadas por las autoridades británicas en Irlanda del Norte.
- 1974: Tres demandas presentadas por Chipre contra Turquía, con 1977 ocasión de ciertos hechos acaecidos a partir de 1974 en la isla de Chipre.
- 1982: Cinco demandas presentadas por los Gobiernos de Dinamarca, Francia, Países Bajos, Noruega y Suecia contra Turquía, con motivo de la situación existente en este país en el período comprendido entre el 12 de Septiembre de 1980 y el 1 de Julio de 1982.
- 1994: Una demanda presentada por Chipre contra Turquía, con motivo de la violación continua de ciertas disposiciones del Convenio en Chipre, en relación con la demanda interpuesta en 1974. La Comisión la ha declarado admisible el 28 de Junio de 1996. Conviene indicar que los agravios declarados admisibles están basados en los artículos: 1 al 6; 8 al 11; 13, 14 y 17 del Convenio y 1 al 3 del Protocolo adicional N° 1.
- 1997: Una demanda presentada por Dinamarca contra Turquía, con motivo de alegaciones de malos tratos a un súbdito Danés. Esta demanda está pendiente ante el Tribunal.

De todos estos casos, sólo ha sido elevado al Tribunal europeo de Derechos Humanos el referente a Irlanda del Norte. En cuanto a la demanda presentada contra Turquía por los tres Estados escandinavos, Francia y los Países Bajos, ha

sido objeto de un arreglo amistoso. Con excepción de las dos últimas demandas todas las demás han sido examinadas por el Comité de Ministros, con la salvedad del segundo caso griego y de la segunda demanda relativa a la situación existente en Irlanda del Norte que fueron archivados.

III. SEÑAS DE IDENTIDAD

El Convenio europeo representa sin lugar a dudas un hito en el ámbito del derechos internacional público por su doble vertiente de legitimación de la persona humana como titular de derechos fundamentales y actora ante una jurisdicción internacional y de brecha en el sacrosanto principio de no injerencia en los asuntos internos de otro Estado. A continuación, exponemos estas señas de identidad¹¹².

i. Garantía colectiva de los derechos protegidos

El Convenio representa una garantía colectiva de los derechos proclamados. Con la demanda interestatal del art. 33, se rompe por primera vez el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados¹¹³. El respeto de las obligaciones dimanantes del Convenio se impone como resultado de las obligaciones suscritas respecto de las personas protegidas y no como contrapartida de derechos consentidos por las otras Partes contratantes. El Convenio no contiene un mero listado de obligaciones interestatales, sino una auténtica declaración de derechos¹¹⁴. En el asunto Austria contra Italia, la Comisión recuerda en su decisión del 11 de Enero de 1961 que las obligaciones suscritas por los Estados Contratantes tienen esencial-

112 Según De Salvia, con el CEDH, los Estados adoptan la primera medida tendente a instaurar la garantía colectiva de algunos derechos enunciados en la Declaración Universal: «*La Convenzione europea dei Diritti Dell'huomo*». Editoriale Scientifica 1997, p. 27. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ señala que el CEDH nace con «una vocación de rebeldía» respecto del derecho internacional clásico por cuanto introduce varias innovaciones de primer orden como son: La instauración de un sistema de garantía colectiva: art. 33 del Convenio (antiguo 24); El reconocimiento del derecho de demanda individual: art. 34 del Convenio (antiguo 25) y La configuración de un mecanismo internacional de protección exclusivo y excluyente: art. 55 del Convenio (antiguo 62). Para SUDRE, el CEDH representa el instrumento de referencia del club de democracias reunidas en el Consejo de Europa. Con él nace el Derecho europeo de los Derechos Humanos: en «Que sais-je ?», Editorial P.U.F. 1990. Por su parte, CABRAL BARRETO apunta que el Convenio dota a Europa de una carta común de derechos y libertades compendio de los valores políticos y culturales de las democracias occidentales: «*A Convenção Europeia dos Direitos do Homem*» Editorial Notícias 1995, p. 24. Para Antonio MARZAL, el Convenio se inscribe en una época, la nuestra, que identifica como «el tiempo de los derechos» humanos no sólo proclamados sino reconocidos y protegidos: «*Derechos Humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*»: Prólogo pág. 7, J.M. Editor ESADE Facultad de derecho 1997.

113 P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, op. cit. pág. 28-30.

114 Asunto Temeltasch contra Suiza, informe de la Comisión de 5 de Mayo de 1982, D.R. 31, p. 128, párr. 63-64.

mente un carácter objetivo, al tener como finalidad primera la protección de derechos fundamentales de particulares frente a las ingerencias de los Estados y no la creación de derechos subjetivos y recíprocos entre ellos¹¹⁵.

El carácter objetivo del sistema convencional trasciende por lo tanto los intereses estatales y supone dos consecuencias mayores:

- La no reciprocidad;
- El efecto directo del Convenio.

Como señala Sudre, la no reciprocidad constituye el signo distintivo de los instrumentos internacionales protectores de derechos humanos¹¹⁶. El goce por las personas de los derechos proclamados en el Convenio no queda condicionado a la postura de los Estados partes. Por lo tanto, el Convenio no queda supeditado en principio al juego de las cláusulas de reciprocidad. El efecto directo de la norma internacional representa una excepción en el derecho internacional y es fruto de la voluntad manifestada por los Estados partes de configurar un sistema de derechos ejercitables directamente por los particulares¹¹⁷. Por ello, el art. 1 proclama que las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio.

El Convenio tiene por lo tanto vocación a ser de aplicación directa aunque la cuestión de la recepción del Convenio en derecho interno viene resuelta por el régimen constitucional de los Estados partes, quedando cada Estado libre de incorporarlo en su ordenamiento interno como norma de aplicación directa. En cuanto a España, y como ya se ha apuntado más arriba, esta cuestión ha de examinarse a la luz de los artículos 96.1 de la Constitución a tenor del cual la integración en el ordenamiento jurídico interno de los tratados internacionales, 10.2 de la Constitución que impone la interpretación de los derechos y libertades de la Constitución conforme a los tratados internacionales de Derechos Humanos y por último de la consecuente jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como señala Morenilla Rodríguez, «Como tal Tratado internacional ha de ser aplicado a tenor de sus cláusulas y en lo no previsto por ellas, especialmente en materia de su observancia, aplicación e interpretación, ha de acudir a las reglas del Derecho Internacional recogidas fundamentalmente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de Mayo de 1969, al que España se adhirió por instrumento de 2 de Mayo de 1972 y que entró en vigor el 27 de Enero de 1980 (...)»¹¹⁸. En consecuen-

115 Demanda N° 788/60. *Annuaire* Vol. 4, p. 139.

116 Frédéric SUDRE op. cit. p. 11.

117 J.A. CARRILLO SALCEDO en Prólogo a P.A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ op. cit. pág. 17.

118 José María MORENILLA RODRÍGUEZ: "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II" en Cuadernos de Derecho Judicial 1995, pág. 96.

cia, el Tribunal ha utilizando en varias ocasiones esta Convención como fuente de interpretación del Convenio¹¹⁹.

El ámbito del Convenio y el concepto de jurisdicción del artículo 1 y la legitimación pasiva del Estado demandado han sido recordados con fuerza por el Tribunal en el asunto *Loizidu* contra Turquía. En esta sentencia el Tribunal reitera la singularidad del Convenio como un tratado de garantía colectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, un instrumento vivo que ha de interpretarse a la luz de las condiciones de la vida actual, un instrumento de protección de los seres humanos lo cual supone aplicar sus disposiciones de manera que sus exigencias resulten concretas y eficaces y finalmente como un instrumento constitucional del orden público europeo para la protección de la persona humana¹²⁰.

Conviene insistir en que el mecanismo de control se apoya sobre la noción de garantía colectiva de los derechos proclamados. Esa garantía se materializa tanto en el derecho de acción estatal del art. 33, como en la persona mediante el derecho de demanda individual del art. 34. Ciertamente, el Protocolo N° 11 a consolidado notablemente el derecho de demanda individual al suprimir las cláusulas facultativas para los Estados previstas en los antiguos artículos 25 y 46 del Convenio (reconocimiento del recurso individual y sometimiento del Estado al Tribunal).

ii. Carácter subsidiario del Convenio

Como lo atestigua el requisito del agotamiento de los recursos internos del artículo 35 párr. 1 y en consonancia con la práctica internacional, el Estado atacado debe tener la oportunidad de enderezar el agravio sufrido. Con este requisito se confirma como ya se ha indicado el carácter subsidiario del Convenio respecto de los sistemas nacionales de protección de derechos humanos¹²¹.

iii. Se dota a las personas de personalidad jurídico-internacional

Por primera vez, rompiendo con ello la idea generalmente admitida en Derecho Internacional Público según la cual sólo los Estados son sujetos activos exclusivos en derecho internacional, las personas irrumpen en el campo del derecho internacional como titulares y sujetos activos jurídico-procesal.

119 Ver por ejemplo sentencias *Johnston* y otros contra Irlanda de 18 de Diciembre de 1986, serie A n° 112, p. 24, párr. 51; *Cruz Varas* y otros contra Suecia de 20 de Marzo de 1991, serie A n° 201, p. 36, párr. 100; *Loizidou* contra Turquía, sentencia sobre excepciones preliminares de 23 de Marzo de 1995, serie A n° 310, p. 27, párr. 73 y sentencia sobre el fondo de 18 de Diciembre de 1996, *Recueil de arrêts et décisions* 1996-VI, p. 2231, párr. 43.

120 Sentencia *Loizidou* contra Turquía de 23 de Marzo de 1995, serie A, n° 310, párr. 70, 71, 72, 75 y 93.

121 Asunto *Handyside*, sentencia de 7 de Diciembre de 1976, serie A n° 24, par. 48.

iv. Instauración de un sistema exclusivo y excluyente de protección de los derechos básicos

A tenor del art. 55 del Convenio, ningún Estado parte podrá prevalerse de otro tratado bi o multilateral con objeto de dirimir una diferencia surgida en la aplicación o interpretación del Convenio.

v. Adopción de un mecanismo de control internacional de índole jurisdiccional y vinculante para las Partes

La peculiaridad y la fuerza del Convenio descansa indudablemente en la instauración de un sistema de control de índole marcadamente jurisdiccional y por añadidura vinculante para la Partes Contratantes.

IV. PRINCIPIOS JURISPRUDENCIALES

No puede entenderse el alcance real del Convenio sin repasar aunque sea brevemente las grandes líneas jurisprudenciales desarrolladas por los órganos del Convenio a lo largo de esta ya larga singladura de más de cuarenta años.

i. El efecto útil del Convenio

Este concepto fue desarrollado en el asunto de las escuchas telefónicas alemanas en relación con el art. 8. Interpretando la noción de «víctima» del art. 25 (actual art. 34), el Tribunal, tras declarar que el Convenio no instituye a favor de los particulares una especie de «acción popular» al no autorizarle a demandar «in abstracto» una ley por el sólo hecho de parecerle contraria al Convenio (par. 33), estimó que ante el carácter secreto de las medidas denunciadas (escuchas telefónicas), el efecto útil del Convenio permitía en tales circunstancias, una posibilidad de acceso a la Comisión (par. 34). Porque de no ser así, la eficacia del mecanismo de control quedaría sustancialmente debilitada. El Tribunal concluyó que, bajo ciertas condiciones, un individuo podía pretenderse víctima de una violación ocasionada por la simple existencia de medidas secretas o de una legislación que permita esas medidas, aunque no pueda demostrar que le han sido efectivamente aplicadas (par. 36)¹²².

Este criterio jurisprudencial, se consolidó con el asunto *Marckx* en el que se cuestionaba la legislación belga en materia de igualdad de derechos sucesorios entre hijos legítimos e ilegítimos. En ese asunto, el Tribunal, siguiendo la posición de la Comisión estimó que, el art. 25 (actual art. 34) del Convenio legitimaba a los

¹²² Sentencia *Klass* y otros de 6 de Septiembre de 1978, serie A n° 28. Sobre utilización de datos secretos por los servicios de seguridad ver demanda N° 12327/86, informe de la Comisión de 9 de Mayo de 1989, D.R. 67 p. 124.

particulares para impugnar una ley que por sí misma vulneraba sus derechos, incluso a falta de actos particulares de ejecución, siempre que corrieran el riesgo de ser directamente afectados por ella (par. 27)¹²³.

En el asunto *Dudgeon*, en relación con la legislación de Irlanda del Norte que penalizaba las relaciones homosexuales entre adultos, el Gobierno Británico esgrimió el argumento según el cual el demandante carecía de la condición de «víctima» en el sentido del art. 25 (actual art. 34) al no haber sido afectado directamente por las leyes criticadas. La Comisión y el Tribunal rechazaron sin embargo la excepción al considerar que dadas las circunstancias personales del demandante (homosexual), la mera existencia de esta legislación afectaba continua y directamente su vida privada (par. 41)¹²⁴. Esta posición ha sido confirmada por los órganos de control en los asuntos *Norris contra Irlanda* (sentencia de 26 de Octubre de 1988) y *Modinos contra Chipre* (sentencia de 22 de Abril de 1993), donde se dilucidaba la compatibilidad respectivamente de las leyes irlandesa y chipriota en materia las relaciones homosexuales entre adultos con el art. 8 del Convenio.

Igualmente conviene señalar el asunto *Brüggenmann y Scheuten* donde la Comisión reconoció a dos mujeres embarazadas el derecho a pretenderse «víctimas» de la legislación alemana sobre el aborto¹²⁵. El caso *Open Door contra Irlanda* consolida esta jurisprudencia¹²⁶.

ii. Las obligaciones positivas de los Estados

La preocupación de proteger derechos concretos y efectivos y no simplemente retóricos ha inducido los órganos del Convenio a crear la noción de «obligación positiva». Con ello se viene a decir que el goce real y efectivo por las personas ya sean físicas o morales de numerosos derechos implica de parte del Estado parte no sólo la obligación de abstenerse de hacer sino que conlleva la adopción de medidas positivas¹²⁷, a menudo de orden económico y social. Así por ejemplo la obligación

123 Sentencia *Markcx* de 13 de Junio de 1979, serie A n° 31.

124 Sentencia *Dudgeon* de 22 de Octubre de 1981, serie A n° 45.

125 Demanda N° 6959/75, dec. 19.5.76, D.R. 5 p. 103.

126 Sentencia de 29 de Octubre de 1992, serie A n° 246-A, pp. 21-22, pár. 41-44.

127 El concepto de obligación positiva aparece en la sentencia interestatal *Irlanda contra el Reino Unido* de 18 de Enero de 1978 donde el Tribunal declara en el párrafo 239 de la sentencia que el Convenio «no se limita con obligar a las autoridades supremas de los Estados partes a que respeten los derechos y libertades que consagra; como lo demuestran el artículo 14 y la versión inglesa del artículo 1 (shall secure), implica también que, para garantizar el disfrute de aquellos derechos y libertades, dichas autoridades tienen que impedir o sancionar la violación en niveles inferiores.»

de organizar un sistema de asistencia judicial gratuita¹²⁸ o de velar por la eficacia de la asistencia letrada efectuada por un abogado de oficio en materia penal¹²⁹.

Mencionemos también la obligación de reorganizar las jurisdicciones nacionales con objeto de cumplir con la exigencia del plazo razonable para pronunciarse sobre la legalidad de la detención preventiva del art. 5 par. 4¹³⁰. Asimismo, la obligación de garantizar el respeto de la vida privada y familiar contra las agresiones medioambientales¹³¹ y la obligación de informar por parte del Estado a la población sobre los riesgos y medidas de prevención para el caso de accidente en una planta química situada a proximidad de sus viviendas¹³². Otras obligaciones positivas a cargo del Estado son la mejora del estatuto jurídico del hijo nacido fuera de matrimonio¹³³, o la necesidad de legislar en materia de protección judicial de menores discapacitados contra agresiones de índole sexual¹³⁴. Igualmente, un Estado tiene la obligación de garantizar el desarrollo pacífico de una manifestación autorizada¹³⁵.

iii. El margen de apreciación nacional

Como reiteradamente se ha indicado, el mecanismo de control establecido por el Convenio tiene un carácter subsidiario respecto de los ordenamientos nacionales.

128 Asunto Airey contra Irlanda de 9 de Octubre de 1979, serie A n° 32 par. 25 y 26. En este asunto, el Tribunal sostuvo que el Convenio «debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento, y dentro de su ámbito de aplicación tiende a lograr una protección real y efectiva del individuo. Porque si bien el Convenio reconoce derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por ello, el Tribunal estima que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio.»

129 Sentencia Artico contra Italia de 13 de Mayo de 1980, serie A n° 37 par. 36. En materia civil, la Comisión no consideró sin embargo oportuno seguir esa jurisprudencia ver demanda N° 27266/95, M.P. M.L. contra España, dec. 21.10.96, D.R. 87, p. 100. En este asunto, la Comisión estimó que un procurador, aunque nombrado de oficio, no podía ser considerado como un órgano estatal y por lo tanto sus actos u omisiones no podían, salvo circunstancias particulares, involucrar la responsabilidad del Estado.

130 Sentencia Bezicheri contra Italia de 25 de Octubre de 1989, serie A n° 164 par. 25.

131 Sentencias Powell y Rayner contra Reino Unido de 21 septiembre de 1990, serie A n° 172; López Ostra contra España de 9 de Diciembre de 1994, serie A n° 303-c, par. 55-58.

132 Sentencia Guerra y otros contra Italia de 19 de Febrero de 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998, par. 59 y 60. En est asunto, el Tribunal recalificó el agravio y lo encajó en el artículo 8 del Convenio a diferencia de la Comisión que lo examinó en relación con el 10.

133 Sentencia Johnston y otros contra Irlanda de 18 de Diciembre de 1986, serie A n° 112.

134 Sentencia X e Y contra Países Bajos de 26 de Marzo de 1985, serie A n° 91, p a r . 27-30.

135 Sentencia Plattform Ärzte für das Leben contra Austria de 21 de Junio de 1988, serie A n° 139.

En concreto, y como lo ha subrayado en varias ocasiones el Tribunal¹³⁶, los Estados son libres para adoptar las medidas más adecuadas en aras de conformarse con las obligaciones suscritas¹³⁷. La utilización de este concepto por los órganos del convenio ilustra la necesidad de compaginar el respeto de la soberanía nacional con las obligaciones derivadas del Convenio. Si por una parte parece indiscutible la necesidad de una cierta armonización de los ordenamientos internos en materia de Derechos Humanos por otra parte ha de tomarse en consideración la diversidad de las situaciones sociales, económicas y culturales de cada Estado. La adopción del margen de apreciación consagra un cierto «relativismo» en la interpretación del Convenio.

El margen de apreciación adquiere especial relevancia al examinar la necesidad de la ingerencia por parte de los Estados en el ejercicio de los derechos y libertades contemplados en los artículos 8 a 11 del Convenio. Según la jurisprudencia del Tribunal, la ingerencia ha de aparecer como «necesaria en una sociedad democrática» y motivada por una «necesidad social imperiosa». Pues bien este test se realiza tomando siempre en consideración el margen de apreciación que, como ya se ha indicado, será mayor o menor en función de la naturaleza del derecho afectado¹³⁸.

En el asunto *Handyside* por ejemplo, el Tribunal declara en relación con la restricción del derecho de expresión en base a la defensa de la moralidad de los jóvenes, que no se desgaja del derecho interno de los diversos Estados contratantes una noción europea uniforme de «moralidad». El Tribunal añade que esta materia se caracteriza por una evolución rápida y profunda de las opiniones públicas. En este contexto, el Tribunal estima que, gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades de los Estados se encuentran, en principio, en mejor posición que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de las exigencias derivadas del respecto de la moralidad y sobre las restricciones o sanciones destinadas a proteger dicha moralidad. El Tribunal concluye que incumbe en primer lugar a las autoridades nacionales evaluar la realidad de la necesidad social, beneficiando por ello de un margen de apreciación para interpretar y aplicar las leyes vigentes¹³⁹. En este asunto, precisamente, el Tribunal estima que no se había producido violación del artículo 10 par. 2 del Convenio debido a la actitud razonable de las autoridades¹⁴⁰.

136 Ver por ejemplo sentencias siguientes: Asunto «lingüístico belga» de 23 de Julio de 1968, serie A n° 6, pp. 34-35; *Handyside c. Reino Unido* de 7 de Diciembre de 1976, serie A n° 24, p. 22, par. 48; *Sunday Times c. Reino Unido* de 26 Abril 1979, serie A n° 30, pp. 37-38, par. 61; más recientemente sentencias *Informationverein Lentia y otros c. Austria* de 24 de Noviembre de 1993, serie A, n° 276, p. 15, par. 35; *Raimondo c. Italia* de 22 de Febrero de 1994, serie A n° 281-A, p. 16, par. 29; *Sentencia M.S. c. Suecia* de 27 de Agosto de 1997, par. 41; *Sentencia Worm c. Austria* de 29 de Agosto de 1997, par. 47, *Recueil de Arrêts et décisions*, 1997.

137 Vid. Cohen-Jonathan citado, pp. 187-193.

138 DE SALVIA, op. citada p. 35.

139 *Sentencia Handyside* citada, par. 48.

140 *Sentencia Handyside* par. 59.

En el asunto Powell y Rayner contra Reino Unido donde se examinaba una queja relacionada con las molestias sonoras ocasionadas por el tráfico del aeropuerto de Heathrow, el Tribunal analizó el margen de apreciación declarando que «en términos de una obligación positiva del Estado de adoptar medidas razonables y apropiadas que garanticen los derechos de los demandantes reconocidos en el párrafo 1º del artículo 8, o en los términos de una ingerencia de una autoridad pública que esté justificada de acuerdo con el párrafo segundo del citado artículo, los principios aplicable en ambos casos son muy similares. En ambos contextos hay que observar que el equilibrio requerido tiene que darse entre los intereses legítimos del individuo y los de la comunidad en su conjunto, y en ambos los Estados gozan de un cierto margen de apreciación para determinar los pasos que hayan de darse para asegurar el cumplimiento del Convenio»¹⁴¹. En este asunto concluyó que las autoridades británicas habían adoptado medidas apropiadas para reducir el nivel del ruido no habiéndose por lo tanto producido ruptura del equilibrio entre los intereses concurrentes de la comunidad y de los individuos (pár. 45).

En general, el margen de apreciación será menor en los asuntos en que, del examen de los diversos ordenamientos jurídicos europeos, se pueda desprender la existencia de un «estándar europeo» común (por ejemplo, en materia de discriminación basada en el sexo). Inversamente, en aquellos casos en que no exista tal «estándar» común, el margen de apreciación será mayor (por ejemplo en materia de política económica y social).

Lo cierto es que, aún admitiendo la necesidad de manejar este principio con precaución, ha permitido a los órganos de Estrasburgo tratar problemas específicos a determinados Estados con la flexibilidad compatible con el respeto de un nivel europeo de protección adecuado.

iv. Interpretación evolutiva del Convenio

La interpretación del Convenio en consonancia con la realidad social y económica de los Estados ha dado lugar a una interpretación audaz y novedosa de los preceptos del Convenio (ej. Cambio de nombre de los transexuales en el asunto X. contra Francia; derecho a un medio ambiente sano en el asunto López Ostra; igualdad de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio en materia de derechos sucesorios en el asunto Marckx, condena de las legislaciones que penalizan las relaciones homosexuales entre adultos en los asuntos Dudgeon y Modinos ya citados).

141 Sentencia Powell y Rayner citada, pár. 41.

CONCLUSIÓN

Los breves apuntes expuestos sobre el Convenio sólo constituyen un boceto del sistema convencional y su objetivo consiste en participar en su divulgación. En cualquier caso, el Convenio como cualquier obra humana no aspira a la perfección ni por supuesto representa la panacea universal en materia de derechos humanos. La defensa de los derechos y libertades fundamentales debe recaer en primer lugar en la sociedad civil mediante una labor cotidiana, callada pero siempre tenaz. Debemos sentirnos todos y cada uno actores de una lucha permanente en defensa de lo esencial, de lo irrenunciable, de lo que en definitiva legitima nuestras democracias.