



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“LOS EFECTOS DEL PROTOCOLO II EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS”

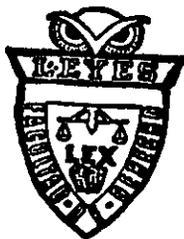
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

ADRIANA LOZADA HERNANDEZ



MEXICO, D. F.

2000

280949



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Lic. Victor Manuel Martínez Bullé Goyri

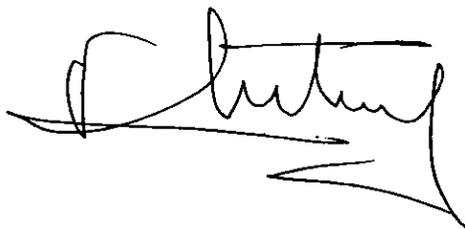
Primer Visitador General

DRA. MARIA ELENA MANSILLA Y MEJÍA
DIRECTORA DEL SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Por medio de la presente hago de su conocimiento que después de haber revisado detenidamente la tesis de la señorita *ADRIANA LOZADA HERNANDEZ*, titulada *Los efectos del Protocolo 11 en el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos*; así como haber hecho las correcciones que como director de esta investigación fueron pertinentes, considero que el trabajo puede ser presentado al Seminario bajo su atinada dirección, a fin de que pueda presentar su examen profesional.

Aprovecho la ocasión para reiterarle las muestras de mi consideración más distinguida.

Atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Victor Martínez Bullé Goyri', with a long horizontal line extending to the left and a sharp hook at the end.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL**

**ING. LEOPOLDO SILVA GUTIÉRREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
U. N. A. M.
P R E S E N T E .**

Distinguido Señor Director:

La pasante de Derecho, señorita **ADRIANA LOZADA HERNÁNDEZ**, inscrita en el Seminario de Derecho Internacional bajo mi dirección, elaboró su tesis profesional titulada **“LOS EFECTOS DEL PROTOCOLO 11 EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS”**, bajo la asesoría del **LIC. VÍCTOR MANUEL MARTÍNEZ BULLE GOYRI**, investigación que después de su revisión por quien suscribe, fue aprobada.

De acuerdo a lo anterior y con fundamento en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales, solicito de usted, ordene la realización de los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional de Licenciada en Derecho de la señorita Lozada Hernández.

**A T E N T A M E N T E .
“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
CD. UNIVERSITARIA, D. F., JULIO 3, 2000.**



**DRA. MARÍA ELENA MANSILLA Y MEJÍA
DIRECTORA DEL SEMINARIO**

Nota: “El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen, haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad”.

MEMyM/lgi*

ABREVIACIONES Y REVISTAS CONSULTADAS.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPITULO I EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.....	8
1. 1 BREVE SÍNTESIS DE SU TRANSFORMACIÓN. EL CONVENIO DE LOS AÑOS CINCUENTA HASTA NUESTROS DÍAS.....	8
1. 1. 1 NACIMIENTO DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.....	8
1. 2 FACTORES QUE PROPICIARON LA NECESIDAD DE UN CAMBIO DE ESTRUCTURA. LA UTILIDAD DEL LEGADO EN EL ANTIGUO TRIBUNAL Y LA COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS.....	14
1. 2. 1 LA EVOLUCIÓN DEL TEDH.....	14
1. 2. 2 LOS EFECTOS DEL CONVENIO EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES.....	16
1. 2. 3 UNA INTERPRETACIÓN "EXCLUSIVA" DEL CONVENIO.....	18
1. 2. 4 DESARROLLO DE LOS PROTOCOLOS FACULTATIVOS.....	21
1. 3 GÉNESIS DE LAS REFORMAS PRODUCIDAS ¿FUSIÓN U ÓRGANO BICÉFALO?.....	24
1. 3. 1 CAUSAS QUE PROPICIARON LAS REFORMAS.....	26
CAPITULO II. ESTRASBURGO HOY: EL PROTOCOLO DE ENMIENDA AL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES. LA FIGURA DEL JUEZ.....	29
2. 1 INSTAURACIÓN DEL NUEVO SISTEMA.....	29
2. 1. 1 PROCESO DE ELECCIÓN DE LOS JUECES.....	30
2. 1. 2 PAPEL DE LA ASAMBLEA DEL CONSEJO DE EUROPA Y DE LOS ESTADOS MIEMBROS.....	34
2. 1. 3 LA IMPORTANCIA DE UNA ESTRUCTURA INTERNA BALANCEADA. ¿ QUE MÉTODOS SE UTILIZARON? CASO ESPECÍFICO DE REINO UNIDO Y BULGARIA.....	36
2. 1. 4 VICISITUDES DE LA PRIMER SELECCIÓN. EL CASO DE BÉLGICA, ESLOVAQUIA Y HOLANDA. LA COMISIÓN DE CUESTIONES JURÍDICAS Y DERECHOS HUMANOS.....	39
2. 2 CRITERIOS DE SELECCIÓN. NUEVOS REQUISITOS PARA ACCEDER A LOS CARGOS.....	40
2. 2. 1 PROFESIONES Y GRADO DE ESPECIALIZACIÓN;.....	41
2. 2. 2 PERFILES.....	42
2. 2. 3 LÍMITES DE EDAD.....	42
2. 2. 4 LA NACIONALIDAD.....	44
2. 2. 5 LA CUESTIÓN DEL BILINGÜISMO.....	45
2. 2. 6 CRITERIO DE PERMANENCIA. TIEMPO COMPLETO VS. REVOCACIÓN.....	48
2. 3 EL JUEZ AD-HOC Y LA POLÉMICA ALREDEDOR DE DICHA FIGURA.....	49
2. 4 LAS DISTINTAS FACETAS DEL JUEZ EN ESTRASBURGO: COMO JUEZ DE INSTRUCCIÓN; COMO JUEZ CONSTITUCIONAL; Y COMO MEDIADOR EN LOS ARREGLOS AMISTOSOS. CRÍTICAS.....	51
CAPITULO III. LA NUEVA ESTRUCTURA DEL TRIBUNAL PERMANENTE.....	56
3. 1 MODIFICACIONES EN LA ESTRUCTURA. SU CARÁCTER DE TRIBUNAL ÚNICO PERMANENTE.....	56
3. 1. 1 CONSTITUCIÓN POR SECCIONES, SALAS, GRAN SALA, COMITÉS. FUNCIONES.....	56
3. 2 FUNCIONAMIENTO.....	63

3. 2. 1 DE LA ELEVACIÓN A LA GRAN SALA POR PARTE DE LAS SALAS "RELINQUISHMENT OF JURISDICCIÓN" O INHIBICIÓN ANTE LA GRAN SALA; Y OTRAS INOVACIONES.....	64
3. 2. 2 REGIMEN TRANSITORIO.....	65
3. 3 DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	66
3. 4 LAS PARTES EN EL JUICIO.....	70
3. 4. 1 SOBRE EL IUS STANDI CONFERIDO Y LOS NUEVOS DERECHOS SUBJETIVOS.....	72
3. 5 LOS REFRENDARIOS Y EL COMITÉ DE MINISTROS.....	73
3. 5. 1 EL COMITÉ DE MINISTROS.....	76
CAPITULO IV. VALORACIÓN DE LAS REFORMAS EFECTUADAS.....	79
4. 1 RECEPCIÓN DE LAS REFORMAS EN EL RENOVADO CONTEXTO EUROPEO. DE LA RETICENCIA DE LOS ESTADOS INTEGRADOS.....	79
4. 2 LA EFECTIVIDAD DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN EL PLANO SUBJETIVO. ACCESIBILIDAD.....	82
4. 3 LUXEMBURGO. ¿EXISTE UNA DOBLE ESFERA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES?.....	86
4. 3. 1 ARTICULACIÓN, LÍMITES E INFLUENCIAS.....	86
4. 4 DE LA RELACIÓN ENTRE LOS ÓRGANOS COMUNITARIOS, LOS NACIONALES Y ESTRASBURGO. RETICENCIAS Y FUTURO PRÓXIMO.....	90
4. 4. 1 RETICENCIAS.....	93
CAPITULO V. PERSPECTIVAS DEL LLAMADO "IUS COMMUNE" EUROPEO.....	99
5. 1 SOBRE UN CATÁLOGO ESCRITO DE DERECHOS FUNDAMENTALES.....	99
5. 1. 1 CONSEJO EUROPEO EN COLONIA Y TAMPERE.....	100
5. 1. 2 IMPORTANCIA DE LOS ACTORES EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS.....	101
5. 1. 3 ELEMENTOS POLÍTICOS DERIVADOS DEL CONVENIO.....	103
5. 2 EL CASO ESPECÍFICO DE REINO UNIDO Y SU HUMAN RIGHTS ACT.....	105
CONCLUSIONES GENERALES.....	108
ANEXO I. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL POR SECCIONES Y DE LA GRAN SALA EN SUS DOS FORMACIONES EXISTENTES.....	115
ANEXO II. NACIONALIDAD DE LOS JUECES QUE COMPONEN EL TRIBUNAL.....	117
ANEXO III. FECHA DE FIRMA DEL CONVENIO Y SUS PROTOCOLOS AÚN VIGENTES.....	119
ANEXO IV. AUMENTO DE LAS DEMANDAS EN LA COMISIÓN Y EN EL TRIBUNAL.....	123
ANEXO V. COSTO APROXIMADO DE UNA DEMANDA (ANTIGUO SISTEMA VS. EL ACTUAL)	125
ANEXO VI. PROCEDIMIENTO ANTE EL NUEVO TRIBUNAL PERMANENTE.....	127
BIBLIOGRAFÍA.....	129

ABREVIACIONES Y REVISTAS CONSULTADAS

BOE	Boletín Oficial del Estado
C.E	Comunidad Europea
C.E.D.H	Comisión Europea de Derechos Humanos
C.M.L.R.	Common Market Law Review
E.H.R.R	European Human Rights Reports
E.L.R.	European Law Review
E.Y.H.R	European Yearbook of Human Rights
H.R.L.J	Human Rights Law Journal
J.T.D.E	Journal des Tribunaux Droit Européen
L.G.D.J	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
R.E.D.A	Revista Española de Derecho Administrativo
R.T.D.H	Revue Trimestrelle des Droits de L'Homme
R.U.D.H	Revue Universelle des Droits de L'Homme
T.E.D.H	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
T.J.C.E	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
T.U.E	Tratado de la Unión Europea
Y.E.L.	Yearbook of European Law

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo no pretende ser un estudio pormenorizado del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales¹ - al menos no en lo que se refiere a su contenido material -; principalmente me interesa resaltar las recientes reformas procesales del que representa el brazo jurisdiccional del mismo: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos².

Después de cerca de cincuenta años de vigencia, lo previsto por el Convenio de Roma como mecanismo europeo de salvaguarda de los derechos humanos, experimentó una serie de modificaciones resultado de una reforma global emprendida dentro de la mayoría de las instituciones internacionales. Del mismo modo que avanza su renombre, crece el número de demandas que llegan a Estrasburgo, hasta el punto en que se ha hecho inminente un cambio en las estructuras, debido a la cantidad de trabajo y al tiempo invertido en resolver un solo caso con detenimiento, lo que se refleja en detrimento de la calidad de los mismos. Si a ello añadimos que, un Tribunal con una tradición de Estados con democracias bien consolidadas, ahora se ve "amenazado" por una ampliación considerable de miembros provenientes de países con viejos regímenes comunistas; se hacen comprensibles las enormes reformas que provocó la situación, y que -evidentemente- hicieron dudar mucho sobre el futuro del Tribunal bajo los esquemas desarrollados hasta entonces.

Es así como, en medio de las exigencias planteadas por la Comunidad Internacional, surge la empresa del Protocolo 11; sobre la base de una solución de compromiso entre las dos grandes posturas que se presentaron en la última fase de los trabajos de reforma.

De una parte, la llamada propuesta de fusión, que abogaba por el establecimiento de un órgano único de naturaleza jurisdiccional que sustituyese a los dos órganos existentes, en una única instancia. Por otro lado, la postura que, basándose en el mantenimiento, y reforzamiento de los órganos existentes de control, proponía instaurar un sistema de doble instancia mediante la conversión de decisión obligatoria del informe de la Comisión sobre el fondo de los asuntos planteados. A grandes rasgos,

¹ En adelante "Convenio o Convenio Europeo" y "CEDH".

² En adelante "Tribunal de Estrasburgo" y "TEDH"

podría pensarse que se planteaba por un lado la simplificación al Sistema, y por otro, el reforzamiento de las instituciones existentes dentro del mismo.

Fuimos testigos del «*Retour au sources*», como se ha dicho en referencia a que la unificación en un Tribunal único permanente, se acerca bastante a la primer propuesta presentada en 1948 durante el Congreso de la Haya, donde sus principales promotores buscaron la constitución de un Tribunal de Justicia que estuviese habilitado para sancionar a las Altas Partes contratantes del Convenio, y que fuese accesible a cada ciudadano dentro de los Estados asociados. Sin embargo el modelo instaurado en los cincuenta, quedó muy por debajo de dichas expectativas; y por el contrario, tiene mas semejanzas con el modelo que surge a partir del Protocolo de enmienda Nº11 al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

El llamado genéricamente Sistema Europeo para la protección de los derechos individuales y libertades fundamentales³, en el seno del Consejo de Europa, centra su ejercicio jurisdiccional en interpretar y aplicar el texto del Convenio, a las demandas que hasta él lleguen; y fue durante mucho tiempo, su interprete exclusivo.

Sin embargo, pronto este panorama ha cambiado y existe una serie de consecuencias legales derivadas de la integración europea; la primera de ellas es el surgimiento de un derecho paralelo al derecho internacional y a los derechos nacionales: el derecho comunitario. Surgen entonces, instituciones con idéntica o más fuerza que el Tribunal, y que, en algún momento de su desenvolvimiento, se relacionan con el TEDH -o bien únicamente con la jurisprudencia emitida por el mismo- de tal modo que, el juego de la doctrina que emana de Estrasburgo rebasa las barreras de un simple precedente "a considerar obligatoriamente por los países miembros" y toma un papel preponderante en la doctrina de la materia, tanto en el ámbito internacional, como nacional, e incluso comunitario. Ello influye tanto, para la conformación vía pretoriana de los derechos fundamentales en el territorio europeo, como frente a los ordenamientos jurídicos de los países obligados.

Será por tanto preciso, a lo largo de este trabajo, hacer referencia al ámbito exclusivamente nacional de aplicación del Convenio; ya sea, a través de la actividad normal de los tribunales nacionales, o bien, cuando éstos actúan en cumplimiento del

³ En adelante "Sistema Europeo de derechos humanos"

derecho comunitario. Con la intención de dar, así, una cobertura más amplia de la aplicación que, de este instrumento, se hace en la actualidad; habrá con ello de revelarse, la importancia intrínseca de este texto para el orden público europeo.

De modo que resulta importante delimitar quienes son los personajes en esta "foto panorámica" del ámbito europeo, dibujada a través de los derechos fundamentales: Por un lado el Convenio Europeo como instrumento donde se centra la atención de este trabajo; El Tribunal Europeo de derechos Humanos como la representación judicial de éste; y, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas⁴. Serán éstos quienes, como testigos y actores principales, del desarrollo de las reformas efectuadas - y de la correspondiente doctrina en la materia - deberán asegurar los derechos subjetivos de más de 400 millones de personas⁵.

En dicho contexto, resulta también interesante analizar ¿porqué? y ¿para qué? han surgido las reformas al mecanismo internacional de derechos humanos, es decir; tanto las razones de eficacia jurídica que dieron lugar a la mismas, como el clima político e institucional que respira la Europa actual en el contexto de "comunitarización" de múltiples áreas que, tradicionalmente constituían un ejercicio soberano de los Estados.

Cabe entonces preguntarnos, si la estructura, funcionamiento y eficacia de los mismos, son extrapolables a otras dimensiones continentales, si tomamos en cuenta las ventajas e inconvenientes que se presentan en la práctica. Y es también por ello que, pondré mucho énfasis en el presente trabajo, en advertir, si el funcionamiento de los mecanismos europeos de protección de derechos humanos, se limita únicamente a las deficiencias advertidas.

Muchos han llamado al Tribunal Europeo de Estrasburgo " La tierra prometida que se esperaba", aunque difícilmente puede concluirse algo semejante, después de un maratón procesal semejante, y choques potenciales tan inminentes como los que logran dibujarse en el panorama institucional europeo. "El sistema de Estrasburgo representa el único órgano auténticamente judicial creado por el Convenio Europeo

⁴ En adelante "TJCEE" y "Tribunal de Justicia o Tribunal de Luxemburgo" (por ser esta pequeña ciudad donde se encuentra la sede del mismo.

⁵ Sólo, en los países que conforman la Unión Europea, hay 370 millones de ciudadanos pertenecientes a 15 países; si a esta cifra añadimos los ciudadanos de los países no comunitarios, la cifra se eleva indefinidamente. *Una Unión para la Paz, la Libertad y la Solidaridad- La Unión Europea (Estados Miembros, Regiones y Unidades Administrativas)*, Mapa editado por el Parlamento Europeo y la Comisión Europea, 1996.

para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales" (precisarán los juristas); " Fue la primera jurisdicción internacional de protección a los derechos fundamentales" (recordarán los historiadores); "Es el último reparo de la democracia sobre el viejo continente" (afirmarán los hombres políticos); pero en palabras de BERGER "Ni exactas ni exclusivas, son estas varias afirmaciones para definir el Tribunal de Estrasburgo, pero nos hacen no olvidar que se trata de una institución discreta y continuamente olvidada por el gran público"⁶

⁶ BERGER, V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Ed. Sirey, Paris 1991, pág 1.

CAPITULO I. El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos.

1. 1 Breve síntesis de su transformación. El Convenio de los años cincuenta hasta nuestros días.

1. 1. 1 NACIMIENTO DEL CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

La gestación del sistema europeo de los derechos humanos se sitúa dentro de un proceso amplio de reconstrucción de Europa, y de internacionalización generalizada de la protección de los derechos fundamentales⁷. Si tomamos en cuenta, que uno de los propósitos más firmemente aceptados dentro de la comunidad internacional en la época de la postguerra, era el de crear frenos o límites para los regímenes autoritarios de la época; bien entendido, había primero que reconstituir a los Estados de manera libre y democrática; sentar las bases políticas de una nueva solidaridad, y reforzar la unión entre éstos, para evitar enfrentamientos graves a la postre.

Es entonces cuando, como reacción natural a las múltiples y reiteradas violaciones masivas de derechos fundamentales de la persona, surgen los Tratados internacionales de Paz y las Declaraciones para el respeto de los derechos fundamentales. En este sentido, en el Continente europeo en los años cincuenta se dio una serie de pasos muy importantes para la constitución de un orden supranacional.

El primer paso de reconstrucción se da en 1948, año en que para algunos quedará en la historia de la integración europea como el año de la espectacular "Conferencia de la Haya" (mejor conocido como "Congreso de Europa"), convocada por el Comité de coordinación de los Movimientos para la Unidad Europea⁸. Durante este Congreso –inaugurado por la princesa Juliana y Winston Churchill– participan unos setecientos cincuenta delegados, entre los que se encontraban doscientos parlamentarios, quienes como resultado más inmediato firman el Estatuto del Consejo de Europa, el año siguiente en Londres.

⁷ Para una referencia detallada de los movimientos europeos de unificación desde el Paneuropeísmo de Coudenhove-Kalergi, hasta el Consejo de Europa ver, TRUYOL Y SERRA, *La Integración Europea I, Análisis histórico - institucional con textos y documentos, Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951 – 1979)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

⁸ "La Conferencia de la Haya constituyó, sin duda alguna, el ápice del movimiento europeísta" Idem pg 40.

Una vez adoptado el Estatuto del Consejo de Europa, y tras afirmarse en él, como requisito de adhesión y pertenencia a la Organización, el reconocimiento de una serie de principios tanto de orden estatal como en materia de derechos humanos y de las libertades fundamentales⁹, este cobra una importancia vital, en tanto que representaba, en ese momento, "... un método eficaz de promoción de un verdadero derecho común europeo"¹⁰, con una fuerza similar a la de un texto normativo que colma de contenido y virtualidad práctica dichas disposiciones. De esta forma, los gobiernos¹¹, persiguen la idea de crear una Carta de Derechos del Hombre y crear un Tribunal de Justicia capaz de aplicar las sanciones necesarias para hacerla respetar, y otorgar al individuo la capacidad de entablar en todo momento un recurso por violación de los principios contenidos en ella¹².

Es entonces cuando, frente a una necesidad inminente de los Estados europeos de un sistema de supervisión que operase sobre un núcleo mínimo de derechos fundamentales – ya proclamados inusitadamente por la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³ –, el 12 de julio de 1949 el Movimiento Europeo presentó el

⁹ Estatuto del Consejo de Europa (Londres 5 de mayo de 1949) Artículo 1º.a) "La finalidad de Consejo de Europa consiste en realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social. b) Esta finalidad se perseguirá a través de los órganos del Consejo, mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguarda y la mejor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales"

¹⁰ Idem. Pág. 41

¹¹ Inicialmente a través del: Reino de Bélgica, el Reino de Dinamarca, la República francesa, la República irlandesa, la República italiana, el Gran Ducado de Luxemburgo, el Reino de los Países Bajos, el Reino de Noruega, el Reino de Suecia, y el Reino de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte. Posteriormente se unieron al Estatuto: Grecia, Turquía, Islandia, Alemania Federal, Austria, Chipre, Suiza, Malta.

¹² Artículo 3. "Cada uno de los Miembros del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales del Estatuto". Lo que reiteran en la Resolución de la Comisión Política del Congreso de Europa, donde se afirma en el apartado sexto "...para defender los derechos de a persona humana y los principios de libertad, la Asamblea deberá proponer la creación de un Tribunal de Justicia capaz de aplicar las sanciones necesarias para hacer respetar la Carta, que a este efecto le sea posible a cada ciudadano de los países asociados entablar ante el tribunal, en todo momento y en los plazos más rápidos, un recurso por violación de estos derechos tal y como sean fijados por la Carta."

¹³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948.

proyecto del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales; es este un instrumento que representa en la actualidad la semilla del orden público europeo¹⁴.

Sin embargo, el proyecto no seguía al pie de la letra el compromiso expresado en el Estatuto del Consejo de Europa, porque ya no se trataba de un Tribunal único al que tuvieran acceso directamente los ciudadanos - realidad que no se dio sino hasta el año de 1998 - sino a través de una institución innovadora la Comisión Europea de Derechos Humanos, que como sabemos, hasta la entrada en vigor de las reformas que nos ocupan, sirvió de "filtro" para juzgar sobre la admisibilidad de las demandas introducidas por ella al Tribunal¹⁵.

Además, el recelo de los Gobiernos a quedar sujetos por una jurisdicción obligatoria, los llevo a crear dos cláusulas facultativas (a través de un modelo inspirado claramente en el artículo 36 del Estatuto del Tribunal de la Haya, presentes en el artículo 46 del Convenio y otra en el artículo 25) que condicionaban el acceso de la Comisión al Tribunal, por una parte, y el derecho de recurso individual frente a la

¹⁴ "El Convenio esta en camino de satisfacer su vocación como instrumento constitucional para todo el continente europeo" RYSSDALL, R., CONSEIL DE L' EUROPE, *8e Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme-Budapest septembre 1995*, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, 1997 (Vol. 38A), págs. 150-196; SANCHÉZ LEGIDO, A., *Una visión sobre el nuevo mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos previsto por el Protocolo 11*, en *Andorra en el ámbito jurídico europeo. XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Principado de Andorra, 21-23 de septiembre de 1995*, Jefatura del Estado Andorrano. Copríncipe episcopal-Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 265-280.

¹⁵ Ello obedeció al parecer a que, ya entonces, existían ciertas reticencias sobre la capacidad real de un Tribunal único, para solventar todas las demandas previstas; críticas "según las cuales el tribunal correría el riesgo serio de terminar abarrotado por causas vanas o sin mérito, y, sobre todo, de ser utilizado para fines meramente políticos. De hecho numerosos gobiernos se oponían a la creación de un Tribunal europeo, alegando que no respondía a necesidad real alguna por parte de sus Estados" ARRIAGA, I.- ZOCO, C., *La reforma del Sistema de Protección de los derechos del hombre instaurado por el Convenio Europeo de 1950: El Protocolo N° 11*, Persona y Derecho (Suplemento Humana lura de derechos humanos), 1995 (N°5), pág. 15.

Incluso ROLIN, H. y UNGOED TH. Comenta como fue contemplada la posibilidad de que las funciones del Tribunal propuesto, fueran asumidas por el Tribunal Internacional de Justicia o por el Comité de Ministros (para un resumen de los debates en la Asamblea puede verse el informe sometido por el Secretario general del Consejo de Europa al Comité de expertos encargados de elaborar el anteproyecto al Convenio. Trav. Prep., Voll III, pág. 19-21) en SÁNCHEZ LEGIDO, A., *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Colex, Madrid, 1995 pág. 33 y ss.

misma, a una condición de previa aceptación por parte de los Estados¹⁶. Con ello, un texto que nació con vocación de Derecho positivo vinculante, se vio limitado considerablemente en su alcance¹⁷, pero no por ello impidió se tomaran las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal, que, a diferencia de ésta, el Convenio transformaba en obligaciones jurídicas¹⁸, aquello que constituía únicamente una declaración programática de valores¹⁹.

¹⁶ Con lo que bien podría decirse que se termina con todas las esperanzas de que el Tribunal fuera – por el momento - un verdadero control judicial en materia de derechos fundamentales. FROWEIN J.M. se refiere a ésta, como una de las "limitantes más grandes del sistema convencional" ver su intervención en CONSEIL DE L' EUROPE, *8e Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme-Budapest septembre 1995*, *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1997 (Vol. 38A), págs. 150-196. En este sentido, los argumentos que sustentaban la existencia de cláusulas facultativas, tenían su origen en el supuesto "riesgo generalizado", de que a través de las demandas individuales se concediera un espacio para la "propaganda antidemocrática" principalmente comunista, y que por lo tanto era necesario que el Estado parte hubiera declarado previamente aceptar la competencia de la Comisión para aceptar tales demandas. Ídem (SANCHEZ LEGIDO) pág. 34.

¹⁷ Principalmente, por que la declaración bajo los artículos 25 y 46, tenía una duración determinada, lo que hacía posible que cuando los gobiernos no estuvieran –del todo- de acuerdo con un fallo del Tribunal, incurrieran en una especie de amenaza implícita, limitando su periodo de aceptación a un par de años menos, o incluso no aceptar. Tal es el caso de Reino Unido con el caso *Tryer*, cuando, en función de un fallo declarándolo culpable de violar el artículo 3 del Convenio, este decide no renovar las declaraciones facultativas; o bien, cuando Alemania limita de tres a cinco años su aceptación de la jurisdicción obligatoria, por conflictos con la Comisión. "Todo ello" dice FROWEIN J.M., "obligaba a la Comisión y al Tribunal a ser cuidadosos sobre las dificultades específicas que existían en el sistema...habiendo que escuchar luego de un determinado fallo una serie de rumores de una posible no aceptación", lo que obviamente hace muy difícil la estabilidad del sistema. Todo esa dependencia, desaparece con el texto del Protocolo 11, al tener los individuos acceso al Tribunal, sin que medie la opción del gobierno de aceptar cláusulas facultativas. Ídem.

¹⁸ En un primer momento el documento proyectado (en septiembre de 1949) fue reprobado alegando cierta indefinición en el articulado; por lo que es, mediante una nueva redacción del comité de expertos nombrado para retomar el proyecto, que nace en 1950 un texto que llevaba como título La Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, conformado de 66 artículos, (del 1 a 18 se recogen los derechos civiles y políticos; el artículo 19 instituye la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; los artículos 20 al 37 se dedican a regular la constitución, composición, funcionamiento y las competencias de la Comisión; los artículos 38 al 56 se refieren al funcionamiento del Tribunal; los artículos 75 al 66 regulan la potestad del Secretario General; gastos; sistema de interpretación; y proceso de ratificación y entrada en vigor del Convenio), que en realidad no presentan diferencias sustanciales respecto de la Declaración de la ONU en esta materia.

Se ha sostenido también que "fue uno de los primeros en garantizar multilateralmente los derechos fundamentales clásicos, las libertades individuales, y, alcanzar hacer provisión de derechos procedimentales específicos, como son el derecho de audiencia y la prohibición de

Esta novedad sin precedentes en el Derecho internacional, representaba el primer texto que intentó conferir valor jurídico vinculante a derechos civiles y políticos²⁰, y con carácter facultativo, se constituyó en un mecanismo de naturaleza judicial: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos²¹, con la ayuda de la Comisión Europea de Derechos Humanos²², y la criticada presencia de un Comité de Ministros del Consejo

medidas de discriminación como punto final... y cuyo único eco es hasta la fecha, era la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969."

Los derechos sociales, económicos y culturales no son objeto de protección en el Convenio, aunque para el efecto en 1961, se recogen éstos en la Carta Social Europea. ROWE N.-VOLKER S., *The Protection of Human Rights in Europe after the Eleventh Protocol to the ECHR*, ELR (Human Rights Survey 1998), págs. 3-17.

¹⁹ Sin embargo, TRUYOL considera a la Declaración Universal, como "la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad" o incluso, hubo quien consideraba que "la Declaración Universal tenía valor jurídico desde su proclamación y no sólo fuerza moral, pero incluso desde esa perspectiva tal valor jurídico no se habría traducido en la exigibilidad directa del respeto a la Declaración, sino que habría creado, a cargo de los Estados miembros, la obligación de prever la forma de cumplir esa recomendación de la Asamblea." Este planteamiento fue hecho por la delegación de Bélgica con ocasión de la Declaración ante a Tercera Comisión, el 20 de octubre de 1948. NIKKEN, P., *La Protección Internacional de los Derechos Humanos; su desarrollo progresivo*, Civitas - IIDH, Madrid, 1987, pág 38; en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., LINDE, E., ORTEGA, L. I., y SANCHEZ MORÓN, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 1979, pág. 33.

²⁰ Su entrada en vigor fue en 1953, con el depósito del décimo instrumento de ratificación del gobierno del Gran Ducado de Luxemburgo, y al año siguiente el Comité de Ministros elige por primera vez a los miembros de la Comisión y cinco años más tarde una Asamblea consultiva del Consejo de Europa hace lo mismo con los que serían los primeros jueces a sesionar ese mismo año en el Tribunal.

²¹ Hay quienes opinan que "esto representó en 1950 una de las más grandes revoluciones del derecho internacional, donde nadie se dio cuenta en ese momento, de lo que realmente estaba pasando - se creaba un Tribunal Constitucional para Europa. La revisión judicial en su sentido amplio, incluyendo una revisión judicial de actos legislativos nacionales, era algo desconocido para muchos países europeos en ese momento". FROWEIN, M.J. CONSEIL DE L' EUROPE, *8e Colloque International sur...Op. Cit.*

²² Institución que rápidamente dio señales de tener una vocación cuasi judicial, mediante la aproximación en sus actuaciones, hacia una mayor judicialidad, así, con el paso del tiempo la Comisión demostró: una mayor objetividad al seleccionar sus miembros; una técnica judicial para decidir sobre la admisibilidad de las demandas y una vocación a participar en los procedimientos a pesar de que los Gobiernos de los Estados Parte, intentarían desistir en los procedimientos. Lo que constituiría más adelante uno de los antecedentes importantes para que se reconociera *locus standi* a la parte agravada durante el juicio en el Tribunal, a través del Protocolo facultativo N°9 al Convenio. SANCHEZ LEGIDO A., *La reforma del mecanismo de protección...Op. Cit.*

de Europa, que hasta la entrada en vigor del Protocolo 11, desarrollaba tareas de carácter judicial, sin ser mas que una representación política²³.

Estos tres órganos constituyeron la estructura tripartita inicial, que se creaba con esperanzas de que se diera una progresiva configuración judicial para la protección de derechos fundamentales²⁴.

Sin embargo, la plenitud del sistema no se logró sino hasta principios de los años noventa, cuando Chipre se convierte en el último país en someterse a la competencia de la Comisión para conocer de demandas individuales²⁵, lo que representa, la plena aceptación del sistema europeo de derechos humanos, y transforma –al Convenio- en una obligación, si bien no jurídica, si política para acceder al Consejo de Europa²⁶.

²³ Lo que para los especialistas del sistema convencional era " una mera consecuencia de la falta de jurisdicción obligatoria del Tribunal. En efecto debido a que varios Estados del Consejo se oponían a que la jurisdicción del Tribunal tuviese tal carácter, fue necesario atribuir al Comité de Ministros la competencia para decidir en los casos en que no fuese posible someterlos ante el Tribunal" GARCÍA DE ENTERRÍA, E., LINDE, E., ORTEGA, L. I., y SANCHEZ MORÓN, *El sistema europeo de protección...* Op. Cit, pág. 157. En la Parte III, inciso (d) trato con más detenimiento la polémica del Comité de Ministros y su desaparición del escenario judicial con las nuevas reformas.

²⁴ Estructura que, por lo demás, reflejaba el pragmatismo político de la idiosincrasia del momento, pero que funcionaba, y "funcionaba bien" a decir de la mayoría de los doctrinarios. Entre los más destacados EISSEN, M.A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985; FROWEIN, J.M. CONSEIL DE L' EUROPE, *8e Colloque International sur...* Op. Cit; ROWE N.- VOLKER S., *The Protection of Human Rights in Europe...* Op. Cit; SCHERMERS H.G., *The Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights*, ELR, 1994 (Nº 4), págs. 367-384.

²⁵ Antiguo artículo 25.1 del Convenio " La Comisión podrá conocer de cualquier demanda...por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se considere víctima de una violación por alguna de las Altas Partes Contratantes...". Ver al respecto el Apéndice de gráficas complementarias al final de este trabajo, donde se detallan las fechas de firma y ratificación del Convenio y sus Protocolos.

²⁶ Se puede sostener esto, ya que es verdad, que una de las referencias obligadas para poder juzgar sobre la efectividad en el funcionamiento del Tribunal, versa necesariamente, sobre la aceptación por parte de los Estados contratantes de la competencia para presentar demandas individuales y sobre la aceptación de la jurisdicción obligatoria del Tribunal. De lo contrario, la simple adhesión al Convenio únicamente permite un control a instancia de los propios Estados, lo que no constituye de manera alguna, una garantía en la materia para los individuos sujetos a la jurisdicción de la Parte contratante; dicho lo cual, los Estados europeos protagonizaron una larga transición hacia la aceptación de estas cláusulas facultativas, siendo los casos más contundentes: Reino Unido en el año 66, Italia en el año 73, Francia en el 81, Grecia en el 85, y Malta y Turquía hasta el 87.

1. 2 Factores que propiciaron la necesidad de un cambio de estructura. La utilidad del legado en el antiguo Tribunal y la Comisión Europea de Derechos Humanos

1. 2. 1 LA EVOLUCIÓN DEL TEDH

El desarrollo del TEDH depende directamente de la manera en que evolucione la interpretación y la aplicación del Convenio, de modo que la singularidad que se desprende de los tratados sobre derechos humanos, hace necesario ser especialmente cauteloso al tratar el tema de las reservas al mismo²⁷.

En el sistema europeo, los criterios para la interpretación de reservas, se han vuelto cada vez más restrictivos, hasta el punto de que, las modalidades de reserva se refieren únicamente a la inaplicación de determinados artículos contenidos en el Convenio, siempre y cuando estas, no se opongan al objeto y fin de la Convención o Tratado que se ratifique; se entenderán entonces como dos reservas separadas, donde no se prejuzga sobre la validez de la reserva, pero, ésta es invalidada si se pretende usar para menoscabar algún derecho consagrado en el Convenio²⁸, con miras a imprimir un carácter dinámico a los propios mecanismos de control con el paso del tiempo, al restringir cada vez más la utilización de cláusulas escapatorias²⁹.

²⁷ El antiguo artículo 64(1y 2), y el 57 actual, lee "1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.; 2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate."

²⁸ En virtud del principio «*pas de liberté pour les ennemis de la liberté*» citado en su fórmula francesa originaria, el cual, queda recogido en los artículos 17 y 18 del Convenio, donde se especifica que "ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendiente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos que las previstas en el mismo." O bien " las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas mas que con la finalidad para la cual han sido previstas". GARCÍA DE ENTERRÍA –LINDE –ORTEGA – SANCHEZ MORÓN -, *El Sistema Europeo de protección...*Op. Cit pág. 45

²⁹ Lo que hace que contrariamente a lo que ocurría en un principio (cuando poco a poco se iban extrayendo exigencias del Convenio para los Estados Parte), con el paso del tiempo y con la aparición de reformas como las que aquí se analizan, la eficacia de los derechos reconocidos sea inmediata. SANCHEZ LEGIDO, A., *Una visión sobre el nuevo mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos...*Op. Cit.

Este tratamiento deriva de la naturaleza de los derechos protegidos. Así, la Corte Internacional de Justicia las califica de "obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto", de modo que excluye claramente las normas internacionales de derechos humanos del campo de aplicación del principio de reciprocidad ya que "no podrá ser aplicado a ciertos tratados generales como los de materia humanitaria, cuya inejecución podría perjudicar al pueblo..."³⁰.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el valor recíproco de las reservas, "... no es plenamente aplicable en el ámbito de los derechos humanos..."³¹; a la vez que sus homólogos europeos, la Comisión y el TEDH, quienes coinciden al señalar su carácter objetivo; y que, en el ámbito de los derechos humanos, el alcance de las convenciones no está definido por los intereses recíprocos de las partes contratantes, ni tampoco, en general, por la noción de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídos, como sucede en los tratados internacionales tradicionales sean multilaterales o bilaterales

« Considérant ... que les obligations souscrites par les Etats contractants dans la Convention ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiétements des Etats contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers ».

Asimismo el Tribunal señala que a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, que promueven el cuadro de reciprocidad tradicional, y crean obligaciones objetivas³²; los tratados en esta materia, en los términos del Preámbulo al Convenio

³⁰ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arret CIJ Reccueil, 1970, pars. 33 y 34; y al año siguiente en la opinión consultiva sobre la presencia continua de Africa del Sur en Namibia (Reccueil. 1971, pág. 55). En extenso sobre este tema, Vid. BROWNLIE, I., *Principles of Public and International Law*, Fifth Edition, Oxford, 1998; REMIRO BROTONS y REIQUELME, ORIHUELA, DIEZ-HOCHLEITNER, PEREZ-PRAT, *Derecho Internacional*, Mc.Graw Hill - Ciencias Jurídicas, Madrid, 1997.

³¹ Opinión Consultiva (OC/3 Restricciones a la pena de muerte) Serie A, N° 3 parr. 62

³² Ello derivado de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (art. 60) donde, por obra de la cláusula *rebus sic stantibus*, "puede decirse que el equilibrio entre los intereses de las partes representa un límite del alcance de los tratados" NIKKEN, P *La Protección Internacional...* Op. Cit.

hacen que los Estados contratantes y los individuos sujetos a su jurisdicción, « se bénéficient d'une garantie collective »³³.

En definitiva, el Convenio deriva en un patrimonio común de las democracias occidentales y aparece como un instrumento de armonización mínima del derecho interno de los Estados contratantes, en función de un mínimo estándar de protección que los Estados pueden sobrepasar de forma positiva³⁴. Es por ello que nos limitaremos a analizar los efectos que el sistema convencional europeo - mas concretamente el Convenio Europeo - dentro de los sistemas nacionales y sus ordenamientos jurídicos, desde la perspectiva de los Estados Miembros ¿cómo es el desarrollo de los órganos y los derechos del Convenio y en qué medida estos afectan su jurisdicción territorial?

1. 2. 2 LOS EFECTOS DEL CONVENIO EN LOS ORDENAMIENTOS NACIONALES

Como hemos podido observar la aceptación del Convenio y de su sistema judicial, en un principio, tuvo dificultades para ser cabalmente adoptado por los Estados; sin embargo, con el paso del tiempo, el TEDH y la Comisión fueron ganado el respeto de la doctrina, las administraciones y también de los individuos. Ello responde a un esfuerzo conjunto de todas las partes interesadas, donde el primer paso dentro del sistema, fue (en principio solo por parte de algunos Estados Parte) el incorporar dentro del ordenamiento jurídico interno al Convenio, dotándolo de este modo de eficacia directa en los tribunales ordinarios, para lograr que los derechos en él contenidos, pudieran ser familiares para el juez ordinario, las autoridades administrativas y la sociedad en general; sin menoscabo por ello, de tener derecho el particular de acudir a Estrasburgo en caso de ver vulnerados alguno de sus derechos al ser aplicado el Convenio en el ámbito nacional del estado Parte, o bien, de remitir a las autoridades a un fallo del Tribunal donde la aplicación del Convenio le fuese más favorable que la aplicación de la legislación nacional; así, una vez agotados los recursos internos del

³³ Asunto *Austria vs Italia*, EYHR, 1961 N° 788/60, Ann. de la CEDH, pág. 139 y ss; El Tribunal hace lo mismo en *Irlanda vs. Reino Unido*, en 1978 A.25.

³⁴ SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3eme édition mise a jour, PUF, Paris, 1997

país contratante, este tiene derecho a elevar sus demandas al Tribunal mediante interposición directa de la misma.

Lo que sucede en la realidad, es que no todos los países reconocen la posibilidad de una aplicación directa del Convenio en tribunales ordinarios³⁵, no obstante que hayan firmado e incluso ratificado el Convenio. Es el caso de Reino Unido, donde, si bien el país está obligado ante Estrasburgo a respetar los derechos que derivan del instrumento, a un ciudadano inglés, le es imposible invocar directamente el Convenio, por carecer éste de carácter de fuente del derecho en el sistema jurídico positivo³⁶.

Ahora bien, una vez que se hubiera dotado de eficacia directa al Convenio, los países del sistema europeo –generalmente- han introducido a sus ordenamientos nacionales, los principios contenidos en las decisiones o razonamientos, ya sea mediante enmiendas procesales, o a la hora de legislar sobre determinada materia. Ello quiere decir, que el crecimiento del Tribunal, no solamente es cuantitativo, en tanto que a número de demandas, sino también demuestra un desarrollo cualitativo en los fallos del Tribunal, ya que cada vez con más frecuencia, somos testigos de la penetración progresiva y profunda de éstos en los ordenamientos de los Estados contratantes del Convenio, introduciendo con ello un sistema europeo de constitucionalidad de las leyes³⁷. En este sentido, y aunque más adelante profundizaremos en el carácter

³⁵ En 1991, solo 17 Estados contratantes habían incorporado a su sistema jurídico interno el Convenio (Noruega, Suecia y Gran Bretaña eran quienes no lo habían hecho).

³⁶ En este sentido, hay quien opina que una revisión doble de las demandas planteadas (una, primero, frente a la administración o los tribunales nacionales, y la segunda, en la esfera supranacional), es "notablemente necesaria", en función de que se trata de encontrar, una "justa interpretación" de los derechos contenidos en el Convenio. PEUKERT, W., *A propos de la réforme du système...* Op. Cit.

Esta situación hace que en un caso donde se alega la violación de un derecho contenido en el Convenio, la demanda ante Estrasburgo sea la primera revisión que se haga del caso, a la luz del texto jurídico, lo que compromete mucho más el fallo que ha de concluirse, ya que deja la sensación en el demandante, de que es necesario un estudio exhaustivo y muy detenido del caso (situación que, como bien sabemos, es precisamente lo que se trata de evitar en estas instancias con carácter –además de supletorio- supranacional) que se ve además agravado por el hecho de que –prácticamente- se desconocen los derechos y las interpretaciones de los derechos derivados del Convenio, aunque en principio, es de suponerse que los derechos y las libertades en cuestión debieran estar igualmente garantizadas por normas internas correspondientes, en los ordenamientos jurídicos nacionales.

³⁷ SANCHEZ LEGIDO, A., *Una visión sobre el nuevo mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos...* Op. Cit.

"constitucional" del Tribunal, vale la pena recordar que los primeros cambios que abrieron paso a esta concepción -hoy casi generalizada- se dieron en la ley y la práctica interna de los Estados, luego de que en 1979, el Tribunal fallara en contra del gobierno inglés en el caso *Sunday Times vs. Reino Unido*; lo que provocó que las autoridades irlandesas y suecas modificaran sus leyes de procedimiento en el sentido del fallo efectuado. Este ejemplo no resulta -en absoluto- raro para los países contratantes del Convenio, ya que, es cierto que el acervo jurisprudencial del TEDH, poco a poco llegó a influenciar más allá de las partes en un determinado juicio (si bien es cierto, que los fallos solo vinculan jurídicamente a las partes).

Dentro de la dinámica de la llamada *eficacia horizontal*, sucede con frecuencia, que otros países del sistema convencional acuden a estos fallos como guía para juzgar sobre la compatibilidad de sus ordenamientos internos con la práctica internacional en materia de derechos fundamentales; es decir, las administraciones buscan orientación sobre como legislar en una determinada materia; en que sentido modificar sus leyes; o como adaptar sus prácticas a los criterios dictados mediante los fallos del Tribunal³⁸.

1. 2. 3 UNA INTERPRETACIÓN "EXCLUSIVA" DEL CONVENIO.

El Tribunal también hace gala de una interpretación exclusiva del Convenio, es decir, de tener una forma específica de interpretar el texto y de darle una aplicación de acuerdo con las circunstancias o momento histórico determinado³⁹. A lo largo de

Sobre el caso en particular y otros fallos con repercusiones en los ordenamientos nacionales, se puede ver RYSSDALL, R., *Opinion: The Coming of Age of the European Convention on Human Rights*, *European Human Rights Law Review*, 1996 (N° 1), págs. 18-29; SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme...* Op. Cit., pág. 344 y ss.

³⁸ CAMERON, I., *Protocol 11 to the European Convention on Human Rights: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court?*, YEL, 1995 (N° 15), págs. 219-260.

³⁹ No está muy claro si estos principios o técnicas interpretativas, son una práctica exclusiva del Tribunal Europeo, o mejor pudiera pensarse que se trata de una síntesis de conceptos que los órganos convencionales construyen (eso sí, autónomamente, porque no están obligados a hacer una interpretación derivada de la ley doméstica), a partir de la suma de reglas y principios que aportan las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Práctica que también está presente en el derecho comunitario, donde, el Convenio y las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, han ido configurando los derechos fundamentales propios del ordenamiento comunitario por la vía pretoriana; si bien, ello no implica que el órgano (Tribunal de Justicia de las CCEE en este caso) goce de absoluta discrecionalidad a la hora de decidir si asume una de esas interpretaciones o hace uso de su derecho de autonomía al interpretar el derecho comunitario positivo; Ver al respecto, ALONSO

muchos años, el Tribunal y la Comisión dejaron a un lado la interpretación restrictiva clásica de las garantías del Convenio, y abrieron paso a una interpretación más extensiva, siempre poco a poco, con tendencia a favor del individuo⁴⁰. La interpretación exclusiva, que el Tribunal ha construido en el ejercicio de sus competencias subsidiarias, tiene las siguientes características:

La *progresividad*; principio que hace realidad la idea plasmada en el preámbulo del Convenio, ya que comporta un trato muy especial y novedoso para interpretar los derechos humanos que garantiza su articulado, ésta es, precisamente, la llamada "vitalidad o interpretación viva del articulado"⁴¹.

De igual modo, se ha visto una mayor apertura en la interpretación al construir la relación víctima- perjuicio, que ha dado lugar al concepto de *interés difuso* dentro de sus fallos⁴²; asimismo el *principio de mayor responsabilidad* a las colectividades

GARCÍA, R., *Derecho Comunitario y Derechos Nacionales; Autonomía, Integración e Interacción*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 171 y ss.

⁴⁰ Sin embargo, esa actitud de "orfebre", le causó muchos de sus problemas al Tribunal, ya que al verse enfrentado con la masa (número elevado de casos presentados) por un lado, y la tardanza, propia de un estudio minucioso por otra; la situación se volvió cada vez menos conciliable, en términos de eficacia jurídica. PEUKERT, W., *A propos de la réforme du système...*; CALLEWAERT, J., *La Cour européenne des droits de l'homme un an après de Protocole n° 11*, J.T.D.E., 1999 (N° 63) págs. 201- 207.

⁴¹ Esta interpretación del Convenio, al luz de las condiciones actuales, ha hecho que su texto, se encuentre muy lejos de caer en desuso a pesar de sus casi 50 años de vida; y, consiste *grosso modo* en dar cabida a principios nuevos dentro del viejo instrumento, a modo de actualización práctica o dinámica de los derechos contenidos; para poder adecuar el contenido a los cambios que sufren las sociedades sujetas al control del mismo, y, en general, la propia concepción de los derechos humanos (algunos de los cuales se les ha llamado principio de rebote o de consecuencias contrarias a la letra del tratado; principio de no-discriminación entre los derechos consagrados en el Convenio; principio de obligaciones positivas) ya que tienen como finalidad ampliar el espectro de derechos, a partir de aquellos que derivan únicamente de la letra del tratado. Dos casos para ilustrar esta interpretación evolutiva son *Marckx vs. Belgium 1979* y *Dungeon vs. United Kingdom 1982*, donde el TEDH plasma una interpretación del Convenio inusitada. RYSSDALL, R., *Opinion: The Coming of Age...* Op. Cit.

⁴² Antes de que se introdujesen las reformas, los criterios solían ser sumamente estrictos al momento de calificar a aquellos sujetos legitimados para presentar una demanda ante el Tribunal; es de reconocerse, por lo tanto, que actualmente tanto individuos como organismos no gubernamentales, personas morales etc. Se encuentran en posibilidad para iniciar una acción ante el Tribunal cuando consideren que un Estado parte ha violado las libertades o los derechos, de uno, varios o todos los miembros de la sociedad. Es preciso subrayar que esta posibilidad en el Sistema Interamericano, todavía no existe para las personas morales, ya que los únicos sujetos con la capacidad de accionar, son los Estados o bien, las víctimas directamente afectadas por una violación a la Convención Americana; y claro está: a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y no directamente ante el Tribunal.

públicas, permite juzgar a las administraciones, sobre omisiones o falta de protección a determinadas esferas de la sociedad que requieren de un trato propio⁴³; y por último está el principio *ratione temporis*, el cual – a nuestro entender – reviste mucha importancia en las demandas que alegan violaciones al Convenio, ya que hace prolongar los actos alegados, en el tiempo⁴⁴.

Estos principios son los avances más significativos del TEDH en lo que se refiere a una interpretación autónoma del Convenio⁴⁵, pero es obvio que resultaría imposible abordar este tema tan amplio en el estudio que nos ocupa, y es por ello que, habré de limitarme a reconocer que estos principios nos acercan lentamente a creer en este, como un sistema plenamente judicial y plenamente accesible al individuo; que se aproxima con sus fallos y funcionamiento, a la tarea propia de un legislador, encargado, no de declarar el Derecho en vigor, sino de “crear el del mañana.”⁴⁶

⁴³En calidad de personas jurídicas ante los Tribunales, sobre la base de obligaciones progresivas que los Estados han adquirido. En este sentido – y aunque se verá con más detenimiento mas adelante- se pronunció el Tribunal en los asuntos *Soering v. Reino Unido* (A/161, 1989) y *Open Door Counseling and Dublin Well Woman v. Irlanda* (A/246, 1992) donde se otorga legitimación a víctimas potenciales. Todo parece indicar que en este sentido apuntan los fallos de la Corte Interamericana, sin embargo, dado el bajo número de caso que se resuelven anualmente en ese Tribunal, y la tardanza propia de sus procedimientos, puede que todavía haya que esperar, para que se reconozca a comunidades étnicas, raciales, lingüísticas o territoriales, como sujetos con derechos progresivos y diferenciales del resto de la población.

⁴⁴ Criterio que, anteriormente solía ser sumamente rígido para determinar cuando las violaciones podían ser alegadas y cuando había terminado/perecido el plazo de tres meses para interponer la demanda a partir de que se alegaba la violación, una vez más, en el caso de la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en México, el gobierno mexicano, específicamente la Secretaría de Relaciones Exteriores, no se ha pronunciado con claridad, en este sentido al sentar las bases de aceptación del criterio *ratione temporis*, y como consecuencia, no se sabe si, de aceptar México la competencia contenciosa, podrá iniciarse acción en contra de los actos de la administración que se hubieran consumado antes de la fecha de aceptación de ésta.

⁴⁵ En resumen, puede pensar en los siguientes avances cualitativos: el Convenio como una lista que no es exhaustiva de derechos y garantías fundamentales; una imposición no uniforme del Convenio (sino mejor, la configuración a golpe de sentencia de principios que, aunque resulte obvio señalarlo, son una aplicación directa Convenio al Estado contratante); la utilización de técnicas de interpretación propias de los Tribunales Constitucionales nacionales, en los razonamientos supletorios de la esfera supranacional (V.g. La teoría del margen de apreciación, para determinar el interés público, o de la geometría variable de los ordenamientos jurídicos nacionales en materia de derechos fundamentales); Y, en general, una influencia innegable del Convenio en los ordenamientos nacionales. RYSSDALL, R., *Opinion: The Coming of Age...Op. Cit.*

⁴⁶ Palabras de EISSEN, M.A., al comparar la jurisprudencia prospectiva del Tribunal, con la experiencia “más familiar entre los juristas americanos que entre los europeos”. Para un panorama general del antiguo sistema ver a este autor en su libro *El Tribunal Europeo de*

1. 2. 4 DESARROLLO DE LOS PROTOCOLOS FACULTATIVOS

El sistema europeo mejoró sustancialmente la protección a la esfera individual de la persona, a través de sus numerosos Protocolos adicionales, unos de naturaleza jurídico - material (que conllevan una ampliación de derechos reconocidos en el Convenio) y otros de carácter formal o procedimental (relativos al funcionamiento de los órganos de protección del Convenio). Mientras unos enmiendan o modifican la redacción del Convenio, otros la complementan autónomamente, yuxtaponiéndose a él; los primeros agotan su eficacia con la enmienda operada y los segundos subsisten normativamente junto al propio Convenio⁴⁷.

Derechos Humanos, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985; o bien para referencias más específicas sobre la interpretación del Tribunal con respecto al concepto de víctima; satisfacción equitativa; margen de apreciación del juez y proporcionalidad; interpretación evolutiva y los principios generadores de una interpretación progresista vid. MARGUÉNAUD, J.P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, Collection Connaissance du droit par Editions Dalloz, París, 1997, Pág. 29 -55; o bien, las fuentes directas en BERGER, V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Ed. Sirey, París, 1991.

⁴⁷ Tenemos que el Protocolo Adicional o Protocolo N°1 (20 marzo de 1952), tiene un contenido material, ya que añade a los derechos reconocidos en el Convenio el derecho de propiedad, educación y elecciones libres; subsiste por lo tanto su vigencia, ya que el Protocolo 11 solo lo afecta en tanto que rubrica sus artículos.

El Protocolo N°2 (6 de mayo de 1963) atribuye al Tribunal competencia para emitir dictámenes consultivos interpretando el Convenio y sus Protocolos; su contenido queda incorporado dentro del Protocolo 11 en los artículos 48 y 49 del Convenio, por lo tanto pierde su vigencia.

El Protocolo N°3 (misma fecha) modifica la regulación del Convenio sobre determinadas cuestiones procedimentales de la Comisión Europea; pierde vigencia ya que esas cuestiones fueron objeto de enmienda con el Protocolo 11.

El Protocolo N°4 (2 de mayo de 1968) incorpora nuevos derechos al Convenio: exclusión de la prisión por deudas, libertad de circulación y prohibición de expulsiones tanto nacionales como colectivas de extranjeros. Las reformas solo le afectan, en tanto que rubrican los preceptos introducidos; actualmente esta vigente para los países que lo hayan ratificado.

El Protocolo N°5 (20 de diciembre de 1971) modifica la redacción de dos artículos sobre elección y renovación de los miembros de la Comisión y el Tribunal que fueron objeto de nueva redacción con el texto del Protocolo 11; carece por lo tanto de vigencia.

El Protocolo N°6 (28 de abril de 1983) abolió la pena de muerte en tiempo de paz; el Protocolo 11 se limita a establecer la rúbrica en sus artículos, por lo que continua vigente.

El Protocolo N°7 (22 de noviembre de 1984) añade derechos a los reconocidos en el Convenio: las garantías en caso de expulsión de extranjeros; doble grado jurisdiccional en materia penal; indemnización en caso de error judicial (*non bis in idem*); e igualdad entre esposos, por lo que continua vigente para los países que lo hayan ratificado, con la correspondiente rúbrica introducida en el Protocolo 11.

De modo que desde la perspectiva del Protocolo N°11, el complejo normativo de Convenio mas Protocolos vigentes, queda establecido del siguiente modo: Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales todos sus artículos del 19 al 59 (salvo 52), contenidos en los Títulos II a V, reguladores de los órganos y procedimientos de protección del Convenio, sustituidos por los contenidos en el nuevo «Titulo II. Tribunal Europeo de Derechos Humanos» así como las rúbricas que encabezan a cada unos de sus artículos; y, los Protocolos de significado jurídico material (que reconocen derechos adicionales a los del Convenio) el llamado Protocolo Adicional, el 4, el 6 y el 7⁴⁸.

Como se puede apreciar de lo expuesto, el Protocolo N° 11 no altera de ninguna manera el impacto del Tribunal o del Convenio en los sistemas jurídicos nacionales⁴⁹, ya que aunque acaba de convertirse en el Tribunal Internacional más grande que opera en el mundo, mas que una evolución que represente una ruptura, puede ser considerado como un símbolo de la protección internacional de derechos

El Protocolo N°8 (19 de marzo de 1985) contiene reglas sobre el funcionamiento de la Comisión, por lo que se encuentra en la misma situación del Protocolo N°3.

El Protocolo N°9 modifica la redacción de los artículos 31.1, 44, 45 y 48. Mejora sustancialmente el procedimiento del Tribunal, permitiendo la intervención del demandante ante el mismo (antes sustituida por la Comisión). Sin embargo el Protocolo 11 subsume esos derechos adquiridos, dentro de su texto y deja sin vigor a éste.

El Protocolo N°10 (25 de marzo de 1992) reduce el requisito de mayoría de dos tercios para las votaciones del Comité de Ministros, a una mayoría simple; sin embargo carece de vigencia, ya que el Protocolo 11 no contempla la necesidad de que el Comité de Ministros, decida sobre algún caso.

⁴⁸ Los detalles del complejo entramado legal están en el Informe explicativo del Protocolo N°11 DOC.H(94) 5, del Consejo de Europa, elaborado en mayo de 1994; y con referencia a la vigencia del texto en España, en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia N° 1830 (dedicado al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 1998.

⁴⁹ "Mejor entendido como una concatenación de los procedimientos frente a la Comisión y el Tribunal", sistema que por lo demás, guarda una estrecha semejanza "y claros paralelos, con respecto al procedimiento frente al Tribunal Constitucional Alemán". ROWE N.- VOLKER S., *The Protection of Human Rights in Europe...* Op. Cit.

Sin embargo hay quienes insisten en señalar que es Protocolo 11 representa un cambio sin precedentes que afectará radicalmente la vida del Convenio desde el momento de su entrada en vigor; (*"aucun n'aura impliqué un changement aussi radical dans la vie de la Convention que ce Protocole N°11 lorsqu'il sera en vigueur."*) MARCUS-HELMONS, S., *Le onzieme protocole additionnel a la Convention Européenne des droits de l'homme*, JDT, 1994 N°5, pág. 545-547.

fundamentales, que intentará dar continuidad a los beneficios hasta ahora logrados, y no aparecer como una novedad⁵⁰.

El proceso de ratificación del Protocolo 11, fue sin embargo, distinto a todos los anteriores, ya que como se trataba de una reforma drástica del sistema, no se podía esperar que unos países se obligaran frente al nuevo Tribunal mientras que otros no tenían interés alguno en hacerlo, situación ésta, que planteaba la posibilidad de una eventual subsistencia del viejo sistema con el nuevo, lo que evidentemente se previó como muy complejo⁵¹; Por lo cual, su entrada en vigor quedó subordinada a la manifestación del consentimiento por todos los Estados parte en él⁵².

En el Informe Explicativo del Protocolo 11, se señalan como finalidades primordiales de las reformas: un aumento en la capacidad de recepción de demandas del Tribunal⁵³; y la disminución a un costo mínimo en el tiempo dedicado al tratamiento

⁵⁰ Esta no es una opinión generalizada; hay quien opina que el Tribunal único, representa enteramente una nueva institución, y no una fusión entre dos órganos preexistentes, lo que quiere decir, que este nuevo sistema se verá influenciado no solamente por las reglas de procedimiento y metodología de la Comisión y el antiguo Tribunal, sino también por la práctica de los tribunales Supremos nacionales y los Constitucionales de los Estados Miembros (podemos pensar que no en vano las reuniones anuales de magistrados constitucionales, tienen como invitado a un representante del Tribunal de Estrasburgo). RYSSDALL, R., *CONSEIL DE L' EUROPE, 8e Colloque International sur la Convention Européenne des Droits...* Op. Cit.

⁵¹ Hubo quien pensó en introducir las reformas a través de la fórmula tradicional utilizada con los demás Protocolos, sin embargo, esta claro que mediante cláusulas facultativas, se hubiese permitido que el Protocolo 11 entrara en vigor, una vez que un número determinado de Estados, lo hubiese ratificado; en espera de que una ola generalizada de Estados emprendedores de las reformas, animarán a los más dubitativos, lo que dada la naturaleza de las reformas, no hubiera sido nada beneficioso para el mecanismo de protección. También se plantearon procedimientos transitorios a través de estas mismas cláusulas, barajando incluso la posibilidad de que los Estados más reacios se les excluyera de la competencia contenciosa, hasta saber de los resultados del nuevo Tribunal; llegando a cuestionar –incluso- la viabilidad del mismo, a decir de los graves riesgos que corría el texto del Protocolo 11 de convertirse en letra muerta, dada la complejidad del proceso de ratificación del mismo. TRECHSEL S., PETZOLD, H., SHARPE, J.L., y MELANDER, G., citados en SÁNCHEZ LEGIDO, A., *La reforma del mecanismo de protección...* Op.Cit. pág. 43; MARGUÉNAUD, J.P, *La Cour européenne des droits de l'homme...* Op.Cit. pág.25.

⁵² Hecho que, como sabemos, se produjo con una rapidez inusitada, a pesar de lo previsto, en noviembre del año 1997, y entró en vigor el 1 de noviembre del siguiente año.

⁵³ Ya "el crecimiento de la carga de trabajo de la Comisión se tradujo igualmente en un aumento sensible del número de asuntos elevados al Tribunal en esos últimos años." INFORME EXPLICATIVO del Protocolo N°11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos Doc H(94) 5 del Consejo de Europa, pág. 56 (traducción del ministerio de asuntos exteriores español).

de las demandas individuales; sin que se deje de garantizar la calidad y la coherencia de su jurisprudencia y la posibilidad de reconsideración, por una instancia superior⁵⁴.

1.3 Génesis de las reformas producidas ¿Fusión u Órgano Bicéfalo?

Sorprendentemente, parece ser que estas ideas no surgen con el Protocolo 11; la idea de creación de un Tribunal Único apareció por primera vez en 1982, cuando el *Comité de Expertos para Mejorar los Procedimientos de Protección de Derechos Humanos*, lo propuso a representantes de la Comisión⁵⁵. Sin embargo, no fue sino hasta tres años después cuando estas propuestas alcanzan la discusión política, en el seno de la Conferencia Ministerial Europea de Derechos Humanos⁵⁶. Ahí, la delegación suiza fue la primera en introducir varias comunicaciones, que luego de ser apoyadas y rebatidas, se encomendaron al grupo de expertos para ser estudiadas tomando en cuenta todas las posturas presentadas⁵⁷; posteriormente, en ese mismo año, se

⁵⁴ Se puede consultar al respecto, el apéndice complementario de gráficas al final de este trabajo. Aunque el tema, no se limita únicamente a tiempos para resolver, o números, ya que es preciso recordar que se trata –por mucho que no lo parezca– de casos que entrañan o pueden entrañar una violación grave de derechos fundamentales, con lo cual, en unos casos será importante dar preeminencia a el tiempo, pero en otros, habrá que ser muy meticulosos antes de emitir una fallo. Con lo cual, de no encontrarse un equilibrio entre la labor de “orfebre” del Tribunal, y el número de fallos que llegan ante él,

⁵⁵ Un Comité subordinado al “Comité Director de los Derechos Humanos” (CDDH) y responsable ante él. Sin embargo FROWEIN M.J., recuerda haber sido él quien al dirigirse al Comité de Expertos en el año 82, introduce la posibilidad de un Tribunal único. CONSEIL DE L'EUROPE, *Be Colloque international sur...* Op. Cit.

⁵⁶ Cuenta JANSSEN - PEVTSCHIN, G., que fueron los ilustres PETZOLD Y SHARPE, quienes en 1986 proponen el texto mas importante de la reforma de fusión del Tribunal, a Wiarda quien en ese momento, era presidente del Tribunal. *Le Protocole N° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1994 (N° 20), págs. 483-500; otra referencia de estos autores en SÁNCHEZ LEGIDO, A., *La reforma del mecanismo de protección...* Op.cit. pág. 43

⁵⁷ Vid CARILLO SALCEDO como fueron presentándose las iniciativas por las delegaciones de los distintos países (desde el año 1993); las posturas importantes sobre la tarea del reforzamiento del carácter judicial de un nuevo órgano, por una lado; y por otro, las que buscaban acelerar el procedimiento, a través de las instituciones existentes. *Vers la reforme du mecanisme de controle institue par la Convention Européenne des droits de l'homme*, Revue Generale de Droit International Public, 1993 (Vol 97), págs. 629-643; Vid también ARRIAGA, I.-ZOCO, C., *La reforma del Sistema de Protección de los derechos del hombre instaurado por el Convenio Europeo de 1950: El Protocolo N° 11*, Persona y Derecho (Suplemento Humana lura de derechos humanos), 1995 (N°5), págs. 11-50; DRZEMCZEWSKI, A y MEYER-LADEWIG, J., *Principales caractéristiques du nouveau mécanisme de contrôle établi par la CEDH suite au Protocole n° 11, signé le 11 mai 1994 (Une Cour unique des droits de l'homme remplacera les*

celebró un Coloquio Internacional en la ciudad de Sevilla, cuyo tema central fue el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y un año más tarde en la Universidad de Neuchatel, se reunieron políticos, miembros de los órganos del Convenio, juristas y demás funcionarios y personas relacionadas para discutir las reformas al mismo⁵⁸.

Sin embargo, el único punto donde coincidían las posturas, era sobre la necesidad inminente de seguir discutiendo las propuestas de reforma, ya que durante el largo proceso de debate habían ya surgido dos claras e importantes posturas, de las delegaciones neerlandesa y sueca; en ellas se prefiere dar una fuerza jurídicamente vinculante a las decisiones de la Comisión, para así mantener el sistema judicial a dos niveles⁵⁹. En otras palabras, la Comisión tendría la función de una jurisdicción de primera instancia, con derecho el demandante (los Estados y las personas físicas) a recurrir ante el Tribunal las resoluciones de la Comisión, de ser autorizado su recurso⁶⁰.

actuelles Commission et Cour à Strasbourg), *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1994 (Nº 3), págs. 81-113; Para consultar directamente las propuestas EHRR, 1993 (Nº15), pág. 345-358: HRLJ, 1993 (Nº 14), pág. 31-38.

⁵⁸ De donde deriva la publicación de varias actas oficiales e informes publicados con carácter oficial, unos años más tarde. El informe explicativo remite para más detalles a los documentos del Consejo de Europa titulados *Reforma del sistema de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos Doc H(92)14*. (también publicados de la RUDH, 1992 Nº4, págs. 503-521).

⁵⁹ Así como tener la capacidad para establecer una satisfacción equitativa, en caso de que procediera.

PEUKERT, W., opina que, es evidente como un sistema de dos instancias juega claramente a favor de los Estados contratantes, ya que, estos (los agentes del Estado) se encuentran en situación de ventaja, al contar con más medios y posibilidades para seguir cuantas instancias fueran necesarias para defender sus intereses (sin que ello represente un problema financiero o un problema personal particular); lo que, evidentemente, representa un esfuerzo mucho mayor tratándose de un particular, y además, de un proceso largo y oneroso. *A propos de la réforme du système... Op. Cit.*

⁶⁰ En estas propuestas no se presentaban cambios sustanciales dentro del propio Tribunal, y, se conservaba la idea contenida en el protocolo Nº9 de dejar en situación de igualdad para presentar demandas ante el Tribunal, a demandantes individuales y a los gobiernos de los Estados Parte. Es preciso destacar que, únicamente, un solo delegado griego propuso un proyecto intermedio entre ambas posturas, sin embargo, su propuesta era prácticamente irrealizable, ya que se pensaba que las soluciones intermedias "retrasarían la realización de las reformas buscadas" (Recomendación 1194/1992); lo que no deja de sorprender, ya que si bien, es cierto, que el proceso de reforma estaba cargado de una cierta urgencia para solventar un desbordamiento de las capacidades del Tribunal, es de pensarse, que una reforma de esta envergadura, requeriría que todas las propuestas hubiesen sido, cuando menos, analizadas.

De este modo, pudiera pensarse, que todos los problemas que arrastra la estructural actual, son el lastre de todas las medidas que fueron introducidas para solventar la presión ejercida

El hecho de suprimir la actuación jurídica del Consejo de Ministros, era la única propuesta, igualmente presentada por todas las posturas⁶¹, sin embargo, tanto en la Comisión como en el Tribunal, se crearon grandes divisiones entre sus miembros, y no se encontraban claramente establecidas las mayorías bajo ninguna de las fórmulas⁶². Sin embargo, el resultado final, como sabemos, viene a dar la mayoría a la propuesta de un Tribunal único⁶³.

1. 3. 1 CAUSAS QUE PROPICIARON LAS REFORMAS

Ya se adelantaron pues, algunas de las causas por las cuales se consideraba imprescindible un cambio en el sistema convencional, sin embargo, vale la pena que sean resumidas, para que al final de este análisis, se pueda hacer una valoración de las reformas efectuadas y sus consecuencias reales en el momento actual.

por los que abogaban por un sistema de doble instancia. Debe considerarse, a modo de ejemplo, la inhibición ante la Gran Sala (*relinquishment of jurisdiction*); la doble aparición de dos jueces en la Gran Cámara; así como el veto de los particulares para decidir si debería o no elevarse un caso ante la Gran Cámara, etc... Vid JANSSEN - PEVTSCHIN, G., *Le Protocole N° 11 à la Convention européenne*...Op. Cit.

⁶¹ "El único punto en el que existía un acuerdo unánime, para terminar con las competencias cuasi-judiciales del Consejo de Ministros." ROWE N.- VOLKER S., *The Protection of Human Rights in Europe* ...Op. Cit.

⁶² Por un lado dos tercios de la Comisión estaban por un sistema judicial a dos niveles (alegando que era necesaria una garantía adicional en la interpretación y aplicación del Convenio, y que por lo tanto, era preciso tener dos momentos para examinar los casos que pudieran causar cambios en las legislaciones nacionales de los Estados Parte); el resto apoyaba una reforma radical de unificación. Del mismo modo, en el Tribunal las dos primeras posturas defendían la drástica reforma del sistema (tal y como estaba) para encontrar una mejora de los órganos existentes; en este mismo sentido, los que apoyaban la propuesta de Holanda y Suecia, de un sistema de doble nivel; y como minoría los que apoyaban la fusión de los dos órganos.

⁶³ En octubre de 1992 se someten las diferentes propuestas (con la finalidad de obtener un mandato explícito para continuar los trabajos acerca de la reforma) al Comité de Ministros, un mes después, la Asamblea Parlamentaria se pronuncia por un Tribunal único; con el aval de los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa, al año siguiente, en la Declaración de Viena se da luz verde a las reformas que conocemos, pero no es sino hasta el 25 de marzo de 1994, cuando el CDDH, en reunión extraordinaria, examina y aprueba (tras su modificación) el proyecto de protocolo y su informe explicativo. De modo que, es ahí cuando se prepara para la firma de los Estados Miembros, la cual de hecho se da el 11 de mayo de ese mismo año. ARRIAGA, I.- ZOCO, C., *La reforma del Sistema de Protección de los derechos del hombre*...Op. Cit.

- El aumento descontrolado del número de demandas que llegan a Estrasburgo, y la dilación excesiva de los procedimientos ante el Tribunal; hay una carga de trabajo demasiado fuerte en las instituciones y ello atenta contra derechos del propio Convenio (como son el derecho a una justicia clara, rápida y expedita,) sobre todo si se trata de una materia que reviste la importancia de los derechos humanos⁶⁴.

- El nuevo número de estados que aceptaron la jurisdicción obligatoria del Tribunal, como una consecuencia directa al hecho que, en el Consejo de Europa, se toma el Convenio Europeo como una medida de democratización para Estados en vías de desarrollo⁶⁵.

- La extraordinaria complejidad en el procedimiento, donde además de compartirse y trasponerse competencias durante los procedimientos, se mezclan los criterios decisorios por tratarse de órganos tanto jurídicos como políticos⁶⁶.

- Costos muy elevados y ponderables, dada su efectividad⁶⁷.

⁶⁴ Es por ello que, las reformas suscitadas, pueden ser analizadas como la positivización de una obligación potencial de los Estados a simplificar el arduo procedimiento ante instancias internacionales, en aras al respeto del principio de "reasonable delay" o "délai raisonnable", ya que (además de terminar con la situación de desigualdad entre Estado e individuo para someter demandas directamente al Tribunal) se limitan los costes de lo que solía ser, un largo y oneroso procedimiento, que muchas veces jugaba en contra del particular - por contar éste, con menos facilidades que los abogados del Estado o el aparato estatal en concreto- y que, de manera mucho más alarmante, atentaba en contra de los derechos convencionales mismos, ya que se dieron casos en donde el Tribunal tenía una media de tiempo para resolver un caso, de cinco a siete años. Así, durante el período comprendido entre 1976 y 1982, la duración promedio de un proceso era de cinco a seis años (*H vs. Gran Bretaña*, Serie A, Nº 120); luego con siete (*Observer vs. Guardian*, Serie A Nº. 216); siete años y tres meses (*Cardot* Serie A Nº 200); ocho años y cinco meses (*Pfeifer vs. Plank*, Serie A Nº 226). PEUKERT, W., *A propos de la réforme du système de...Op. Cit.*

⁶⁵ Ver más adelante, Parte IV inciso (a), la situación de *facto* provocada por la adhesión de estados con tradiciones jurídicas socialistas o de la familia soviética, sobre todo en lo relacionado a la concepción estatal y el enfoque que dan a la protección de los derechos del hombre en sus ordenamientos nacionales.

⁶⁶ Lo que en última instancia, crea un mecanismo muy difícil de comprender para el particular; ello sin entrar de lleno -todavía- al tema de la doble jurisdicción europea en materia de protección a los derechos fundamentales (a disputarse entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Hecho, éste que hace más difícil - si cabe - la cabal comprensión de las instituciones actuales. ROWE N.- VOLKER S., *The Protection of Human Rights in Europe...Op. Cit.*

⁶⁷ Al respecto ver el apéndice complementario de gráficas al final de este trabajo; donde, sobre la base del presupuesto del Tribunal y la Comisión, se calcula cuanto era el costo aproximado de una demanda.

- Incertidumbre generalizada por la no obligatoriedad de la jurisdicción contenciosa de la Comisión y el Tribunal (artículos 25 y 46 del Convenio).

Es preciso que no nos abalancemos a juzgar sobre las reformas, de forma anticipada, ya que no podemos ponderar los cambios hasta después de un estudio pomenorizado, de los mismos; sin embargo, e independientemente de los resultados después de una visión general -tanto del procedimiento ante el nuevo Tribunal, como del panorama europeo en general- donde las circunstancias nos apuntarán hacia donde se dirigen los pasos en la actualidad en el sistema europeo, es preciso dejar sentado que la serie de reformas instaurada a través del Protocolo 11, merece desde el inicio su debido reconocimiento, ya que no parece que haya sido un trabajo fácil, en principio⁶⁸.

⁶⁸ Y así lo evidencia la "nota de académicos" que acompaña el Protocolo, donde algunos de sus redactores, a decir de DRZEMCZEWSKI, A y MEYER-LADEWIG, J., comentan: "Antes de criticar el texto, ténganse en mente los parámetros, legales y políticos, dentro de los cuales los expertos han tenido que trabajar para terminar este texto, aceptado por gobiernos reticentes, inicialmente opuestos a las reformas". *Principales caractéristiques du nouveau mécanisme...* Op. Cit.

CAPITULO II. Estrasburgo hoy: El Protocolo de enmienda al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. La figura del Juez

2. 1 Instauración del nuevo sistema.

Los cambios que figuran en el texto del Protocolo 11, con relación a la instauración formal del Tribunal, surgen para hacer frente a la necesidad de mantener una credibilidad tanto política como jurídica en el sistema de control europeo. En función de la pretendida juridificación del órgano, el papel de los jueces y la elección de los mismos cobra especial importancia, ya que dentro de la óptica de racionalización procurada y propia de países con sistemas democráticos efectivos, este punto representa la modernidad consensada del que hoy es, efectivamente, el Tribunal que presenta una configuración numérica más amplia en la jurisdicción internacional de derechos humanos y que, por lo tanto, muestra enormes complejidades en todos los sentidos, especialmente en el más práctico: el de su instauración o instalación formal.

Sabemos que desde una perspectiva jurisprudencial es mejor no referirse a un "Nuevo Tribunal", ya que ello implicaría una cierta ruptura con respecto a su anterior funcionamiento; en el campo de su configuración formal, sin embargo, las enmiendas al Convenio, sí exigen lógicamente, que se impongan nuevas tareas a los actores. Las reformas, son la respuesta a un proceso lógico de absorción de responsabilidades de dos órganos en uno. Es decir, al tiempo que se intenta que los cambios sean "la ilustración más espectacular del cambio de paradigmas⁶⁹", a través de una simplificación institucional revolucionaria, ello debe lograrse sin perder de vista que, en última instancia, dicha transformación está encaminada a proteger mejor los derechos fundamentales del particular de forma permanente y ágil, y no a crear una maquinaria que, debido a su complejidad en el acceso, no se encuentre al alcance de todos los

⁶⁹ Término al que se refirió LUZIUS WILDHABER, actual Presidente del TEDH, en su discurso del 1º de julio DE 1999 en la Universidad de Potsdam, Berlin. "*Nous terminons ce siècle avec des particuliers devenus sujets du droit international et une Cour européenne des droits de l'homme qui est illustration la plus spectaculaire de ce changement de paradigmes*" (J.T.D.E, N°63 1999, pag. 201).

individuos dentro de la jurisdicción, sino que se haga comprensible solo para algunos, y que por lo tanto, se preste para promover derechos subjetivos entre éstos⁷⁰.

Así, a pesar de que las obligaciones suscritas por los Estados Parte tengan en principio un carácter objetivo y bien determinable, la constitución del Tribunal requiere que aquellos mantengan una actitud semejante durante la selección objetiva de sus representantes, sin menoscabo de la importante labor de selección que corre por parte de la Asamblea de Representantes.

2. 1. 1 PROCESO DE ELECCIÓN DE LOS JUECES

De las importantes responsabilidades intrínsecas durante la elección de los miembros del nuevo Tribunal, se ha opinado mucho, tal vez demasiado, si tomamos en cuenta el escaso tiempo que lleva en funcionamiento la nueva estructura; lo cierto es que la mayoría de las opiniones vertidas al respecto no intentan sino perfeccionar cada vez mas el sistema existente y, por tanto, siempre resulta positiva una confrontación de opiniones sobre el tema.

El primer elemento a destacar en las reformas del Tribunal se refiere al número de jueces que ahora lo integran. Ya en 1985 Eissen advirtió que "El Tribunal a consecuencia de la ampliación progresiva del Consejo de Europa, se compone de 21 miembros (contra 15 en el año 59), y las salas siguen siendo de 7 miembros lo que conduce a una menor representatividad y acentuación de las incertidumbres inherentes al sistema de sorteo, en consecuencia una tendencia a elevar los casos ante el Pleno..."; de ahí que, el mencionado autor, Secretario durante muchos años del Tribunal Europeo, se planteara si "... ¿no habría de aumentar en algunas unidades el número de jueces de las salas?"⁷¹

Sabemos desde hace ya algunos años que el TEDH se ha convertido en el órgano jurisdiccional con mas miembros en todo el escenario internacional⁷². Es por

⁷⁰ Ello derivado de una difícil comprensión para el ciudadano de a pié, quien, a pesar de tener derecho a la protección por parte del Tribunal, no cuenta, con información procedimental básica, para acceder a éste.

⁷¹ EISSEN, M.A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985.

⁷² Tenemos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos siete jueces solamente; y con casi el doble de miembros (15) están el Tribunal internacional de Justicia; el Tribunal Penal

ello que una de las cuestiones más urgentes a solucionar era la articulación de un sistema que fuera efectivo, a pesar del aparato burocrático tan grande que arrastraba.

Al reformarse los antiguos principios de representación de "... un número de jueces igual al de los miembros del Consejo de Europa"⁷³ por una composición en función de los Estados Parte del CEDH⁷⁴, los partidarios de dicha composición – prácticamente igual pero sobre la base de criterios nuevos- sostenían, que ello era consecuencia de la complejidad del contexto, pues el Convenio no era sino el instrumento constitutivo del orden público europeo, donde habría que considerar como punto de partida, la realidad del Continente⁷⁵.

Otros más escépticos nos hacen recordar que, conforme al Estatuto del Consejo de Europa⁷⁶, es preciso que cualquier Estado que busque constituirse dentro del mismo, deberá primero ratificar el Convenio - a modo de exigencia política previa -, lo que nos lleva a pensar acerca del sentido "utilitario" que se le ha dado al Convenio. Ya

Internacional y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Todos ellos muy por debajo del número de jueces que conforma el nuevo T. E. D. H. (44).

⁷³ Antiguo artículo 38.

⁷⁴ El nuevo artículo 20 establece que el número de Jueces que componen el Tribunal es igual al de las altas Partes Contratantes. Es curioso como en los trabajos preliminares llevados a cabo por la Delegación de Ministros (bajo mandato atribuido al los Comités Intergubernamentales para la elaboración del proyecto de protocolo en mayo de 1993 - CM/561/280593), se consideraba como necesario incluir la regla de igual número de jueces al de miembros del Consejo de Europa. En medio de la discusión politizada de ambas posturas (de unificación y de doble instancia), probablemente ésta fue una de las muchas concesiones negociadas a cambio de un sistema unificado.

⁷⁵ Así, hay quien ve en las reformas de representación ante el Tribunal (un juez por cada Parte Contratante), una adaptación del Convenio a la realidad, así como un regreso a viejos criterios tradicionales de derecho internacional, donde solo los Estados obligados por un tratado, tienen la vocación paralela de participar en su puesta en marcha, independientemente de su tamaño, o de su peso político *"ce principe traduit aussi la conscience du fait qu'il ne saurait y avoir de conception commune et [de] commun respect des droits de l'homme (Preámbulo de la Convención) si ceux-ci ne sont pas le fruit d'une véritable ma'eutique commune."*; con lo que se refuerza el principio de igualdad entre Estados. CALLEWAERT, J., *La Cour européenne des droits de l'homme un an après...* Op. Cit.

Por el contrario, CARRILLO SALCEDO sostiene que al tratarse de un instrumento preponderante en los países del Consejo de Europa y la Comunidad Europea, el Convenio se presenta como un instrumento que constituye un elemento importante dentro del orden público europeo, en la medida en que las obligaciones derivadas de este, subsisten respecto de los Estados, y las obligaciones que hubieran contraído, supranacionalmente. Lo que refuerza la naturaleza *sui generis* del Convenio. Vid *Vers la reforme du mecanisme de control institué par la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, RGDIP, 1993 (Vol. 97), pág. 640

⁷⁶ Artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa.

que constituye una realidad donde, si éste es el primer paso dentro de la búsqueda "democratización" de los ordenamientos jurídicos, las posibilidades son, que exista una brecha importante entre ellos y los Estados con una cultura de los derechos humanos - si no mejor cuando menos - mas añeja⁷⁷.

Frente a lo cual, es preciso no desvirtuar los principios básicos que derivan del sistema colectivo de garantías, e intentar que se las nuevas necesidades, se adapten de forma mas real a los esquemas trazados, para que el Tribunal funcione con la efectividad procesal pretendida.⁷⁸ De ahí que sea preciso señalar que si bien existe un cierto recelo hacia culturas jurídicas nuevas dentro de un contexto europeizado⁷⁹, no podemos negar, por otro lado, que muchos de los temores expresados contienen también argumentos que apelan a la práctica y a los inminentes problemas de articulación real del Tribunal.

Por otro lado, puede ser que los redactores del Protocolo 11 hayan tenido muy presente - al componer esta cláusula - la amarga experiencia que vivió el Tribunal en 1968, cuando, el juez francés René Cassin, tuvo frente a él la presidencia del famoso caso lingüístico belga, sin que su país natal, Francia, hubiese ratificado el Convenio.⁸⁰ Lo que causó mucho revuelo entre los países que sí lo habían firmado (entre ellos claro

⁷⁷ En este sentido PEUKERT, W., advierte que todos esos nuevos Estados que ratificaron o ratificarán el Convenio, provocarán una *hipertrofia* en los órganos del Convenio y que, por lo tanto, es precisa una reforma fundamental de todo el sistema de protección para poder garantizar jurídicamente los intereses previstos en el Convenio. *A propos de la réforme du système de protection prévu par la Convention européenne des droits de l'homme*, RUDH 1992 (Nº 7), págs. 217-226.

⁷⁸ GOLSONG, H., *On the Reform of the Supervisory System of the European Convention of Human Rights*, HRLJ, 1992 Nº 7-8, págs. 265-269. Se puede pensar que "adecuando", los niveles de exigencia, de acuerdo con los países de que se trate; pero ¿quien asegura que el camino de las "diferentes fases de desarrollo" (común entre el lenguaje de integración de los países comunitarios), no actúa en detrimento del desarrollo democrático normal de un gobierno? Es decir, ¿como es posible prever, el ritmo evolutivo con relación a los derechos fundamentales, desde el escritorio de los estadistas?

⁷⁹ Sobre la reacción específica de los Estados Miembros "tradicionales" frente a los Estados PECO (países de Europa central y oriental), me referiré en la Parte III, inciso (a).

⁸⁰ No fue sino hasta el año 1974 cuando Francia acepto la competencia ratificando el Convenio, y hasta 1981 cuando se acepto la posibilidad de presentar demandas individuales (cláusula que como sabemos antes de aparecer los Protocolos adicionales 9 y 11, era susceptible de reserva por parte del país). Ya en 1992, GOLSONG, H., comentaba sobre lo importante que era que los criterios en el Consejo de Europa cambiaran, de modo que no fuera posible que un país que no estuviese obligado frente al Convenio, juzgara sobre las obligaciones de uno que sí

está Bélgica, el Estado afectado directamente por el sentido del fallo) ya que se trataba de un juez nacional de un país que no había aceptado la competencia del Tribunal, a cargo de un caso que afectaba directamente a una Parte Contratante. De ahí que, probablemente, los criterios de igualdad entre Estados inmersos en esta regla, busquen asegurar que los jueces que actualmente conforman el Tribunal, representen –si no ideológicamente, ya que como sabemos los jueces fallan a título individual- a un Estado Parte del Convenio⁸¹.

A la luz de todo lo anterior, puede comprenderse que el papel a desempeñar por el nuevo Tribunal, se haya mantenido en un marco de control exclusivo del Convenio; parece ser que las reformas tienden a limitar, la interpretación y aplicación del Convenio "por" y "para con" los Estados Parte⁸², lo que ciertamente obedece a diversos - y a mi gusto muy acertados - criterios funcionales.

Sin embargo, conviene tener presentes algunos argumentos propios de la esfera política, donde, tanto el Consejo de Europa como el propio TEDH ejercen actividades muy relevantes dentro del contexto europeo más amplio. Pensemos en lo siguiente: el TEDH, además de considerarse como "el interprete por excelencia" de las disposiciones del Convenio⁸³, y si tomamos en cuenta, su estrecha vinculación con los países miembros del Consejo de Europa, éste apareció pronto, para algunos, como la fuente primordial de derechos fundamentales. Lo que provocó –como se verá más

lo estaba; esto queda resuelto mediante el criterio, un juez, por cada Alta Parte contratante. *On the Reform of the Supervisory System...Op.Cit.*

⁸¹ Aunque recordemos que existe una excepción a dicha regla, la cual permite a un Estado Parte, proponer a un candidato en sus listas, independientemente de la nacionalidad del Juez; siempre y cuando existan datos que relacionen profesionalmente a la persona con el país que lo propone y con el ordenamiento jurídico de este.

⁸² Ya que dentro de las reformas al Convenio y a la maquinaria institucional, sus competencias aún no han sido ampliadas en el sentido de ser posible interpretar cualquier otro texto que no sea el CEDH (aún cuando sus jueces sí han asumido tareas de carácter constitucional como se verá mas adelante). No sucede así en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la interpretación –con carácter de opinión consultiva- es posible para los Estados Parte que tengan alguna duda sobre la manera de interpretar o aplicar una disposición contenida en "otros tratados referentes a la protección de derechos humanos en los Estados Americanos"; también puede emitir una opinión respecto de la "compatibilidad de su legislación nacional con los instrumentos mencionados" (Artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos); esta tiene hasta el momento 16 Opiniones consultivas, sobre la función consultiva puede verse la Parte III inciso (e) de este trabajo.

adelante- problemas entre las instituciones comunitarias y las europeas (pues en varias ocasiones, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo tuvo que pronunciarse sobre un tema del cual ya lo había hecho el TEDH), y, con esto surgió la posibilidad de contradicción frente a un mismo precepto contenido en el Convenio: una proveniente de su interprete supremo; la otra del Tribunal de Luxemburgo - como órgano encargado de adecuar su contenido al ordenamiento comunitario - incluidos los principios generales del Derecho Comunitario "inspirados" en el Convenio. Esto, además, se ha visto acrecentado por el hecho de que los mismos países son a la vez países comunitarios, y Altas Partes contratantes del Convenio; lo que implica una doble sujeción jurisdiccional simultánea⁸⁴.

2. 1. 2 PAPEL DE LA ASAMBLEA DEL CONSEJO DE EUROPA Y DE LOS ESTADOS MIEMBROS.

La primera fase del procedimiento de elección de los candidatos dentro de los Estados quedó, como era de esperarse, en manos de los propios Estados.

Se les dió una serie de parámetros a tener en mente al realizar una lista de tres candidatos⁸⁵, para presentar sus aspirantes ante la Asamblea General del Consejo de Europa; se les instó a *desgubernamentalizar*⁸⁶ tales puestos, mediante consultas, por ejemplo, con sus órganos internos de más alta jerarquía en este terreno (los Tribunales Constitucionales, La Suprema Corte de Justicia o las Comisiones para asuntos

⁸³ Si bien el Tribunal de Luxemburgo no ha formalmente aceptado, hasta ahora, su condición de interprete legítimo en materia de derechos humanos, desde el momento en que éste utiliza como "fuente inspiradora" el Convenio, dentro de sus propias sentencias.

⁸⁴ A este respecto, señala acertadamente CAMERON, I., que las pugnas por el control político y jurídico europeo, resultan de que el espacio es muy limitado para contar con dos jurisdicciones pronunciándose sobre un mismo instrumento jurídico, en otras palabras "there is only room for one constitutional court for Europe". *Protocol 11 to the European Convention on Human Rights: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court?*, YEL, 1995 (Nº 15), págs. 219-260.

⁸⁵ Artículo 22. *Elección de los Jueces*. a) Los Jueces serán elegidos por la Asamblea Parlamentaria en razón de cada Alta Parte Contratante, por mayoría absoluta de votos, de una lista de tres candidatos presentada por esta Alta Parte Contratante; b) Se seguirá el mismo procedimiento para completar el Tribunal en el caso de adhesión de nuevas Altas Partes Contratantes y para promover los puestos que queden vacantes.

⁸⁶ "Dégouvernementaliser", la expresión de FLAUSS, J. F., *Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour Européenne des Droits de L'Homme*, R.T.D.H, 1998 (Nº35), Pág. 435-464.

jurídicos dentro de los Parlamentos). Asimismo, se les pidió que abrieran los métodos internos de selección para no centrarse en círculos cerrados de juristas o reconocidos miembros que hubieran ocupado durante años puestos de esta naturaleza. Sin embargo, aun con la intención de hacer el sistema de selección interno menos clandestino o confidencial, la autonomía durante el procedimiento para conformar las listas de candidatos, y las decisiones derivadas de este, recayó, en última instancia en el gobierno del Estado Parte.

Sobre el particular, hay quienes opinan que la cláusula relativa a las condiciones para el ejercicio de las funciones de los Jueces no fue lo suficientemente clara como para garantizar una completa independencia de los candidatos de sus gobiernos⁸⁷; específicamente, en la parte que se refiere a la separación de funciones jerárquicas dentro del aparato estatal de los Estados Parte⁸⁸. Ya que se puede sostener que, el derecho no solamente se encuentra en los límites de la independencia y la imparcialidad, sino que además como se dijo antes, éste alcanza el campo de lo *politically correct*, por lo que la mencionada cláusula debía haber sido redactada en términos mucho más estrictos que permitieran contar con un amplio margen de neutralidad en los Jueces.

De ahí que se haya destacado que, el término utilizado en el precepto referente a las condiciones para el ejercicio de las funciones, es la de "Juez", y no la de "Candidato a Juez", de donde se deriva que pueden haber existido relaciones jerárquicas dentro del gobierno hasta el momento preciso en que el candidato es nombrado oficialmente Juez, lo que hace todavía más difícil, poder considerar que en el transcurso del periodo que comprende hasta el nombramiento, la integridad moral e independencia de la persona permanezca inalterada. De ahí que esta línea doctrinal defiende que en un futuro se pueda enmendar el artículo para impedir que cualquiera

⁸⁷ En este sentido se han pronunciado CARRILLO SALCEDO, J.A., *Quels juges pour la nouvelle Cour Européenne des Droits de L'Homme?*; R.U.D.H, 1997 (Nº14), págs. 1-3; SANCHEZ LEGIDO, A., *La reforma del mecanismo de protección...Op. Cit.*

⁸⁸ Artículo 21. *Condiciones para el ejercicio de sus funciones.* "a) Los Jueces deberán gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia; b) Los Jueces formarán parte del tribunal a título individual; c) Durante su mandato, los Jueces no podrán ejercer ninguna actividad que sea incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad o disponibilidad necesaria para una actividad ejercida a tiempo completo, cualquier cuestión que se suscite en torno a la aplicación de este párrafo será dirimida por el Tribunal."

que haya sido agente o haya ocupado un cargo público en el Estado del cual es nacional aparezca como *candidato* dentro de las listas propuestas por el mismo (acercándose mucho con sus argumentos a la máxima anglosajona, según la cual "*justice must not only be done; it must also be seen to be done*")⁸⁹.

En este contexto, destaca también la responsabilidad de la Asamblea Parlamentaria, a la hora de asegurar la credibilidad del sistema, que comienza con la elección escrupulosa de los candidatos propuestos. Sobre esta cuestión se ha pronunciado SCHERMERS, quien apunta que con el anterior texto del Convenio, era posible que cuando un Estado negaba notoriamente la propuesta de elección (o reelección), por razones políticas o de conflicto de intereses, la Asamblea Parlamentaria tenía la capacidad de proponer que se (re)eligiera a ese miembro - cuya labor era ampliamente reconocida en el Tribunal - aun si el propio país no lo había hecho por cuenta propia. Posibilidad que, en la situación en que se encuentra el texto actualmente, es imposible, lo que de forma implícita constituye un paso atrás para el texto reformado, así como para sus actuales miembros, en todo lo que concierne a su credibilidad y la presunción de imparcialidad, depositada en ellos⁹⁰.

2. 1. 3 LA IMPORTANCIA DE UNA ESTRUCTURA INTERNA BALANCEADA. ¿ QUE MÉTODOS SE UTILIZARON? CASO ESPECÍFICO DE REINO UNIDO Y BULGARIA

Debe advertirse que se establecieron unos requisitos formales a los que los países debían intentar ceñirse al presentar a sus candidatos⁹¹:

- El orden de las listas a presentar no debía estar formulado en razón de preferencia alguna por parte de los Estados, (descartándose así que el candidato cuyo nombre apareciera primero en la lista fuera también el que el gobierno consideraba

⁸⁹ "No basta, sin embargo, con que los jueces sean independientes e imparciales: también es necesario que lo parezcan, de manera que no den pie a ninguna sospecha" EISSEN, M.-A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos...* Op. Cit, pág. 20.

⁹⁰ SCHERMERS H.G., *Election of Judges to the European Court of Human Rights*, E.L.R., 1998 (Nº 23), Pág. 572.

⁹¹ La directiva Nº 519 (1996) relativa a "Procedimiento de examen de las candidaturas para la elección de los Jueces para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos"

más idóneo para ocupar el puesto) sino en orden alfabético⁹², para que los miembros del Comité seleccionador no tuvieran la conocimiento de las preferencias de los Estados;

- La Asamblea Parlamentaria, al sentar las reglas, también hizo mención a la necesidad de tener, al menos, una mujer dentro de la tema que se proponía⁹³, y de ser posible, no únicamente a título ornamental⁹⁴;

- Como era de esperar, se sugirió también a los países que al hacer las listas no dejaran de tener en cuenta a los antiguos miembros de la Comisión y antiguos Jueces del Tribunal, siempre y cuando no se encontraran fuera del límite de edad establecido en el propio protocolo⁹⁵.

Al tratarse un poco más a fondo, el tema de la elección de los jueces, es preciso hacer notar, las razones por las cuales resulta tan importante, que una elección de los miembros del Tribunal sea —en cierta medida— transparente. Sobre el tema de la legitimidad del Juez de Estrasburgo hay que dejar claro que, un Juez con la capacidad de enjuiciar el derecho nacional, y no solo enjuiciar, sino contradecir (e incluso solicitar la modificación de) lo establecido por el legislador nacional, debiera ser una persona

⁹² Sin embargo esta sugerencia no fue muy popular entre los seleccionadores nacionales, y solo un total de ocho países siguieron el orden indicado, y de entre estos, solo fueron seis (Suiza, Suecia, España, Noruega, Bulgaria y Estonia) quienes hicieron mención explícita de que no se trataba de un orden de preferencia de el Estado, sino de una lista en orden alfabético; declaración que en este tipo de escrutinio resultaba de mucha importancia.

⁹³ Respetaron al pie de la letra la proporción: Alemania, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Holanda, Noruega, la ex-república yugoslava de Macedonia y Suecia; ampliaron el porcentaje a dos candidatos femeninos: Albania, Bulgaria, Croacia, y Eslovaquia; sorprendentemente un gran número de países, (25) no incluyó ningún candidato femenino entre sus listas: Andorra, Austria, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Polonia, Rumania, España, Turquía, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Chipre, República Checa, San Marino, Reino Unido, Ucrania, Suiza, Portugal y Liechtenstein.

⁹⁴ Como señala KRUGER, CH., *Selecting Judges for the New European Court of Human Rights*, H.R.L.J., 1996, N° 11-12, Pág. 401-404.

⁹⁵ Sin embargo, la relación entre los gobiernos y los Jueces y/o miembros de la Comisión, como ya señaló podía estar afectada por las actuaciones de los Jueces y/o miembros de la Comisión durante su mandato; de ahí que no necesariamente fueran relaciones de perfecta sincronía, ya que conforme a determinadas valoraciones o juicios realizados, se podía juzgar sobre su idoneidad. Así, lamentablemente, en más de un caso fue sorprendente ver como los desacuerdos de carácter político fueron el detonante para sacar de las listas a candidatos que resultaban muy preparados para ejercer funciones objetivamente en este tipo de cargos. En ocasiones, las represalias versaron única y exclusivamente sobre las espaldas de jueces que habían emitido un fallo en contra del gobierno del cual son nacionales; caso del Juez búlgaro D. Gotchev en el asunto *Loukanov*. Op. Cit. FLAUSS J.-F., *Radioscopie de l' élection...*

investida – en menor o en mayor medida – de una cierta legitimidad frente a su cargo. Esto quiere decir que, si bien puede reconocerse, que no goza de la legitimidad más plena (en el sentido de que no es un cargo sujeto a elección popular), debiera pensarse que por lo menos en el ámbito interno, su selección es producto de un examen objetivo de sus cualidades para acceder al cargo; que no está sujeto a ningún tipo de ataduras respecto de la administración, y que es probable que en esas condiciones, se desempeñe con total soltura respecto de aquellos casos que involucren intereses del Estado que lo propone. En otras palabras, habida cuenta de la legitimidad - que en la esfera nacional e internacional - se concede al cuerpo judicial en Estrasburgo⁹⁶, resulta imprescindible que los principales portadores de dicha legitimidad, tomen consciencia junto con los gobiernos implicados, de lo importante que resulta una elección objetiva al cargo.

Por todo lo anterior vale la pena resaltar el caso específico que representó un ejemplo a seguir por el resto de las Altas Partes contratantes, como el más notoriamente democrático. Se trata del proceso de selección adoptado en el Reino Unido, único país en que se buscó a los candidatos a través de un anuncio en el periódico⁹⁷. Sin embargo, como veremos más adelante este procedimiento de elección no fue respetado durante el procedimiento posterior, ya que los Comités creados para tales efectos por la Asamblea Parlamentaria ignoraron los resultados de la selección realizada y fallaron a favor del segundo candidato en la lista.

⁹⁶ Producto probablemente de la aceptación, el reconocimiento, y la eficacia que conceden los países al Tribunal y su jurisprudencia.

⁹⁷ Publicado en *Times* del 13 de septiembre de 1997. A ello siguió posteriormente con un procedimiento minucioso de selección entre las 33 solicitudes recibidas, en el que los candidatos debían entrevistarse con un panel que lo conformado por un juez del *English Court of Appeal*, el Presidente de la *Scottish Court of Session*, el asesor legal en la *Foreign Office*, el secretario permanente en el *Lord Chancellors Department* así como, por último, la anterior presidenta en la *Equal Opportunities Commission*. Cada uno de los candidatos fue entrevistado durante una hora sobre la base de su curriculum. Finalmente, el panel emitió una lista de tres candidatos, que luego fue aceptada y posteriormente transferida a la Asamblea Parlamentaria en el mismo orden de preferencia que lo había hecho el Gran Jurado. (*Bratza, Camwath, Reed*). De forma similar, pero más restringida, actuaron los gobiernos de Polonia y Checoslovaquia, quienes decidieron hacer una oferta, pero a "círculo cerrado". Paralelamente Lituania y Eslovenia, siguieron procedimientos nacionales preestablecidos mediante una tema propuesta por el Primer ministro y la Asamblea Nacional, respectivamente. FLAUSS J.-F., *Radioscopie de l' élection...* Op. Cit

2. 1. 4 VICISITUDES DE LA PRIMER SELECCIÓN. EL CASO DE BÉLGICA, ESLOVAQUIA Y HOLANDA. LA COMISIÓN DE CUESTIONES JURÍDICAS Y DERECHOS HUMANOS

Una vez superados los problemas en lo que se refiere a la selección interna, faltaba elegir una autoridad representativa y lo suficientemente independiente como para discernir de entre los candidatos propuestos. Parece ser que es durante la etapa en que la Comisión de Cuestiones Jurídicas y Derechos Humanos en la Asamblea Parlamentaria, crea un sub-comité *ad-hoc* para entrevistar a los candidatos, fue aquí, donde más fallas se encontraron⁹⁸.

Algunas de las irregularidades que se advirtieron durante el proceso fueron, por ejemplo, la de dar prioridad a las candidatas femeninas, lo que puede ser criticable o no, ello depende del contexto en que se ubique, pero ciertamente fue un error, a mi parecer, en los casos de Bélgica, Eslovaquia y Holanda, donde los candidatos femeninos fueron elegidos por los sub-comités, en vez de miembros con reconocido prestigio y experiencia en la Comisión Europea⁹⁹.

Algo similar ocurrió, como ya se adelantó, en el caso de Reino Unido; aquí no solamente se invirtió el orden de preferencia en la lista –resultado del concurso antes mencionado- al elegir al tercer candidato en la lista, sino que, además, el primer nombre en la lista era también, coincidentemente, el de un jurista reconocido en el ámbito del Convenio y, en general, de los derechos humanos¹⁰⁰.

⁹⁸ (CDDH, creado en el seno del Comité para el mejoramiento de la protección de derechos fundamentales). La práctica de las entrevistas -que por lo demás resultó muy criticada - además de no tener precedentes, obligó a que los candidatos se tuvieran que trasladar hasta la sede del Consejo de Europa en París desde sus países de origen, lo que resultó realmente costoso para una entrevista de entre 10 y 15 minutos. Comenta además SCHERMERS, H., en tono irónico, como los examinadores hicieron preguntas que hicieron dudar a los propios candidatos, sobre su familiaridad con el texto de la Convención. *Election of judges to the... Op. Cit*

⁹⁹ La cifra final es de 8 jueces del sexo femenino.

¹⁰⁰ Sin embargo este caso fue en el único, en que la decisión del sub-comité tuvo que ser invalidada (*overruled*) por medio de las facultades extraordinarias propias de la asamblea Parlamentaria, y se eligió oficialmente al primer candidato dentro de la lista: el Juez Bratza. (Para precisar el lugar que ocupa actualmente en el TEDH, se puede ver el apéndice de gráficas complementarias al final de este trabajo). SCHERMERS, H.G., *Election of judges in the European... Op. Cit.*

Por estas razones, el papel desempeñado por la Asamblea a través de los subcomités ha sido muy criticado; sin embargo, no hay que perder de vista que nos encontramos ante un procedimiento sumamente complejo por varias razones.

En primer lugar, la naturaleza misma de las decisiones ha dado lugar a consecuencias necesariamente importantes, sea por el contexto innovador dentro del cual estas nacen o por que se trata de un momento cambiante en todos los sentidos. Ello quiere decir que, en algunos momentos, las decisiones iban cargadas de ciertas razones de fondo (por ejemplo, incorporar candidatos experimentados a la plantilla o rejuvenecer la plantilla), como consecuencia lógica de los numerosos perfiles que se exigen a los nuevos miembros de este Tribunal. Por otro lado, no hay olvidar que dentro de los 120 candidatos propuestos, es la primera vez que se incorporan tantos y tan diferentes sistemas jurídicos, a veces opuestos en términos generales¹⁰¹.

Uno de los puntos donde resaltan mas las irregularidades del proceso - en mi opinión - es que aún cuando se trata de una selección entre miembros altamente reconocidos de la sociedad y de titulares de funciones supranacionales que comportan un alto grado de responsabilidad (pues son auténticos representantes de una determinada población - que no de un Gobierno- dentro del Tribunal¹⁰²), lo cierto es que tales nombramientos no han sido acompañados de un informe explicativo de por qué se rechazaron unos u otros candidatos. En efecto, resulta bastante incongruente que, dentro de un contexto aparentemente transparente y democrático como es el Consejo de Europa, o la misma Asamblea Parlamentaria, este tipo de formalidades no hayan sido requeridas y se dejen sopesar todavía con la balanza de aquellas decisiones tomadas políticamente.

2. 2 Criterios de selección. Nuevos requisitos para acceder a los cargos.

¹⁰¹ Sistemas que, como ya se adelantó, causan mucho temor a los tradicionales Estados Miembros "conocedores del Convenio", dada su notable diferencia en costumbres jurídicas, sistemas de derecho, idioma, etc. Sobre este tema, más adelante en la Parte III inciso (a).

¹⁰² Ya que como dice EISSEN, M.A. " no se trata en absoluto de delegados gubernamentales que deban ajustarse a instrucciones recibidas de sus capitales respectivas" de ahí que en 1958 fuera necesario dejar claro mediante una cláusula expresa que, " los jueces deben actuar a título puramente individual" *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Op. Cit. pág. 19.

Antes de abordar el proceso de selección, es preciso hacer hincapié sobre lo difícil y lento que fue el procedimiento de selección en la etapa de entrevistas y presentación del curriculum estandarizado¹⁰³ (no sin razones, como veremos mas adelante); Y es que no deja de tener su debida importancia el que el Tribunal haya tenido un retraso de tres meses más de lo esperado para empezar a sesionar, así como para configurar su correspondiente nuevo reglamento¹⁰⁴

2. 2. 1 PROFESIONES Y GRADO DE ESPECIALIZACIÓN;

Frente a lo que se presenta como las condiciones para el ejercicio de las funciones en el artículo 21 del Convenio¹⁰⁵, los magistrados fueron la categoría más común entre los seleccionados¹⁰⁶, siguiéndoles académicos, con aproximadamente una treintena, y, sorprendentemente, apenas una veintena de abogados. Solo cinco candidatos eran miembros de algún gobierno, y seis pertenecientes a algún cuerpo diplomático. Por último, en oposición a estas figuras tradicionales, aparecieron en tres casos los llamados *expertos internacionales*¹⁰⁷. Dicho lo cual, parece muy difícil adecuar a todos estos candidatos, dada la ambigüedad de los términos expresados en

¹⁰³Formato que fue creado por la Asamblea Parlamentaria (Resolución 1082) el 22 de abril de 1996.

¹⁰⁴ A mi parecer, sobre todo tratándose de una jurisdicción especializada en materia de derechos fundamentales, lo que resulta en que sea aún mas apremiante su rápida instauración. FLAUSS, J.-F., *Radioscopie de l' élection...* Op.Cit

Así, fue solemnemente instalado el 4 de noviembre de 1998, con el juramento oficial de su Presidente y demás miembros. De diciembre de 1997 a abril de 1998 se realizaron las entrevistas; posteriormente, el 28 de enero, se eligieron 31 jueces en una primera sesión, y el 21 de abril otros 8 en la segunda y más tarde el 24 de junio y 21 de septiembre de 1999, los jueces georgiano y ruso respectivamente. Entretanto, desde el 19 de septiembre del mismo año, se eligieron presidentes de secciones y "referendaires" (letrados), para sesionar finalmente el 12 de noviembre de 1998 con su primer caso, siendo el 21 de enero de 1999 cuando la Gran Cámara dictó sus cinco primeras sentencias. CALLEWAERT, J *La Cour européenne des droits de l'homme un an après...*Op. Cit.

¹⁰⁵ * 1. Los jueces deberán gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia"

¹⁰⁶ Con cuarenta magistrados de distintos tipos de jurisdicciones locales, sobre un total de 117 candidatos

¹⁰⁷Tal fue el caso de los propuestos por Moldavia, Lituania y Letonia.

el artículo, dentro de un criterio único, especialmente cuando la materia del Tribunal versa específicamente sobre el Convenio.

Ello lleva a preguntarnos si no sería mejor, a efectos prácticos, que expresiones como "la más alta consideración moral" fueran sustituidas por expresiones, aunque más humildes, más cercanas a la labor que realmente se lleva a cabo en el T.E.D.H, circunscritas a un conocimiento pleno del texto del Convenio, las interpretaciones y jurisprudencia vertida desde su nacimiento, y las aplicaciones que de éste hay en el país del cual sea originario el candidato.

2. 2. 2 PERFILES

Asimismo, hubo en el curriculum estandarizado por la Asamblea Parlamentaria¹⁰⁸ un especial interés porque los candidatos expresaran su experiencia en el campo de los derechos humanos, ya fuera práctica o académica, contando con un apartado especial para el desarrollo de dicha actividad. Sorprende, no obstante que algunos de los candidatos propuestos consideraran que la participación dentro de Organizaciones no Gubernamentales, o su asistencia a seminarios o conferencias que tenían como tema central los derechos fundamentales, eran criterios suficientes para demostrar una experiencia o dominio de ésta rama del derecho; pese a competir con antiguos miembros de la Comisión o el Tribunal. Lo cual, en última instancia, atentaba contra del equilibrio requerido por la Asamblea dentro de las listas, y fue razón suficiente para que algunas con una desigualdad explícita fueran rechazadas por la subcomisión y otras, aunque de igual resonancia, corrieran con mejor suerte¹⁰⁹.

2. 2. 3 LÍMITES DE EDAD

¹⁰⁸ Por lo demás muy criticado, ya que no contenía elementos obligatorios u objetivos a rellenar, habiendo quienes, probablemente como consecuencia de un olvido o mera negligencia, no hicieron referencia alguna a sus conocimientos lingüísticos, su militancia en partidos políticos o sus publicaciones en el campo de la investigación.

¹⁰⁹ Las listas rechazadas fueron las de Bulgaria y Liechtenstein, y, con criterios similares, las de Luxemburgo, Letonia, Andorra y Ucrania.

Sobre la edad, también se produce un cambio importante, y por demás polémico¹¹⁰, ya que se menciona explícitamente como límite los 70 años¹¹¹. Puede pensarse al respecto, que el límite de edad tiene un doble propósito: por un lado, impulsar una plantilla más joven de representantes¹¹²; y, por otro, impedir (teniendo también en cuenta las reglas referentes a la duración del mandato¹¹³) que antiguos miembros de la Comisión y el Tribunal estuvieran en condiciones de presentarse.¹¹⁴

¹¹⁰ Entre los adversarios a esta reforma, se encuentran –lógicamente– destacados, pero antiguos miembros de los órganos convencionales, entre ellos destacan FROMEIN, J.M. en CONSEIL DE L' EUROPE, *8e Colloque International sur...Op.* y SCHERMERS, H.G., *Election of judges in the European... Op.* Cit.

¹¹¹ Artículo 23. *Duración del Mandato.* a)...g) El mandato de los Jueces finalizará cuando alcancen la edad de setenta años.

¹¹² Fueron 8 los Estados que en la fase nacional de selección optaron por candidatos de menos de 36 años –cabe aclarar que nunca a la cabeza de una lista– (Albania, Estonia, España, Liechtenstein, Malta, Moldavia y la República Checa).

¹¹³ Artículo 23. *Duración del Mandato*

*a) Los Jueces son elegidos por un periodo de seis años. Son reelegibles. No obstante, en lo que se refiere a los Jueces designados en la primera elección, las funciones de la mitad de ellos terminarán al cabo de tres años.

b) Los Jueces cuyas funciones concluyan al término del periodo inicial de tres años, serán designados por sorteo efectuado por el Secretario General del Consejo de Europa inmediatamente después de su elección.

c) A fin de asegurar, en lo posible, la renovación de las funciones de una mitad de los Jueces cada tres años, la Asamblea Parlamentaria podrá decidir, antes de proceder a la elección de un juez ulterior, que uno o varios mandatos de Jueces que deban elegirse tengan una duración distinta a los seis años, sin que ésta pueda, sin embargo, exceder de nueve años ni ser inferior a tres.

d) En el caso de que proceda conferir varios mandatos y de que la Asamblea Parlamentaria haga explicación del párrafo precedente, el reparto de los mandatos se realizará mediante sorteo efectuado por el Secretario General del Consejo de Europa inmediatamente después de su elección.

e) El Juez elegido en sustitución de un Juez cuyo mandato no haya expirado, ejercerá sus funciones hasta completar el mandato de su predecesor..*

¹¹⁴ De entre los 120 candidatos, más de una decena de ellos oscilaban entre los 64 y los 69 años al 1º de noviembre del 98 (fecha de entrada en vigor del Protocolo); luego era casi impensable que aceptaran desempeñar el cargo –o bien fueran seleccionados para éste– de manera incompleta, ya que dentro al poco tiempo excederían el límite señalado.

Lo cierto es que, si el propósito de la cláusula adoptada tuvo como finalidad, impedir que los puestos fueran ocupados por personas de avanzada edad¹¹⁵, dicho criterio me parece muy criticable. Ya que además de no servir para justificar la reforma del Convenio (podían haberse incluido dichos criterios de renovación dentro de los parámetros de selección en los sub-comités), no era indispensable presentar ésta como una norma subjetiva –casi *ad-hoc*- o dirigida específicamente a impedirles a estos funcionarios su participación. A mi parecer, el legado metodológico, jurisprudencial y humano de la antigua estructura, se cristaliza en los miembros que lo integraron –más antiguos y experimentados; de ahí su carácter indispensable para el Tribunal, si no como común denominador, sí como punto de partida para que el Tribunal pueda desarrollarse en un contexto de mayor equilibrio humano, sin dejar al margen las nuevas tendencias interpretativas de las nuevas generaciones¹¹⁶

2. 2. 4 LA NACIONALIDAD

Otra de las opciones dentro del sistema europeo, con relación a la nacionalidad de los candidatos se refiere a la autorización a los Estados Parte para incluir, dentro de su lista de tres propuestas, al menos un candidato que no sea nacional del mismo Estado; no obstante, de ser este el caso deberá, necesariamente, existir algún vínculo profesional que justifique dicha propuesta, de modo que, su honorabilidad y conocimiento del derecho nacional, sea similar al de miembros del Estado, y, suficiente para entrar en su lista de candidatos. Sin embargo, ésta no se presenta como una modalidad muy común entre las opciones de los gobiernos, a no ser en el caso de los

¹¹⁵ Por ejemplo, de entre las propuestas presentadas por los países, existen casos en que contrario a lo que se pensaba, la experiencia de antiguos funcionarios tanto del Tribunal como de la Comisión no fue elemento suficiente para ser contemplados en sus propuestas, tal es el caso de notables miembros de ambos órganos que no fueron presentados en las listas de: Holanda, Eslovenia, Bulgaria, Irlanda, Noruega, Andorra y Liechtenstein. Pero a pesar de esto, fueron 11 los Estados que presentaron en un momento o en otro a antiguos integrantes; lo que nos lleva a concluir que de una manera global, pudieran haber al menos 14 miembros que no tengan relación alguna con las antiguas funciones del Tribunal.

¹¹⁶ Eventualmente, los resultados comprendieron un reparto armónico de edades, habiendo un grupo homogéneo (39 jueces) de entre cuarenta y sesenta años. Si bien 26 de ellos no podrán aspirar a más de un mandato por encontrarse próximos a la edad de 70 años (en el caso del juez italiano CONFORTI, su mandato deberá ser recortado hasta el mes de septiembre de 2000, cuando éste alcanzará la edad límite).

micro- Estados¹¹⁷, donde las posibilidades se reducen proporcionalmente a mayor escala. Parece ser que cuando se hizo uso de esta posibilidad, también fue porque se tomaron en cuenta elementos objetivos, como el conocimiento pleno de un determinado sistema jurídico, luego, imperó una preferencia hacia aquellos con carácter originario de una determinada región.

2. 2. 5 LA CUESTIÓN DEL BILINGÜISMO

El TEDH ha optado por el método que utilizaba la antigua Comisión, a saber, el *bilingüismo alterno*¹¹⁸. Así, el francés y el inglés quedan reconocidos como lenguas oficiales, de modo que las versiones de los documentos relacionados con el Convenio, únicamente son válidas en cualquiera de las dos lenguas. Ello no representa un problema mayor para los Estados Parte, ya que todos ellos han consolidado por vías internas una versión que se adapta a las necesidades lingüísticas de su territorio, a saber de cual sea la difusión que se de - en la esfera nacional - a los casos resueltos, normalmente poco generalizada.

Sin embargo, como cualquier jurista puede prever, surge el problema del bilingüismo durante el proceso, situación que se agrava si se toma en cuenta que éste no es la regla entre los propios jueces que actualmente lo integran.¹¹⁹ De hecho, existen otras lenguas que, por el elevado número de jueces que las conocen, pueden propiciar que sean utilizadas oficiosamente entre ellos.¹²⁰

Los criterios utilizados para que el Tribunal se despegara de su añeja tradición de *bilingüismo integral* - que consistía en traducir simultáneamente todos los procesos a la lengua del demandante aunque ésta no fuese oficial, una vez que comenzaba la etapa contenciosa, o bien, que no se hubiese oficializado la traducción de los fallos

¹¹⁷ Recordemos que en 1980 un *no europeo* pasó a formar parte del Tribunal: un profesor canadiense propuesto a la cabeza de la lista por el Gobierno del Principado de Liechtenstein.

¹¹⁸ Artículo 34, inciso (1) del reglamento del TEDH

¹¹⁹ Así, figura en los *dossiers*, que un considerable número de jueces (15 aproximadamente) no dominan a escala profesional el inglés o el francés, otros, únicamente lo comprenden limitadamente al leer, y otros tantos en el caso del francés; expresaron tener solo una noción para comprenderlo.

¹²⁰ Tal es el caso por ejemplo del ruso, utilizado como lengua materna entre 12 jueces; el italiano entre 8; y el alemán utilizado como mínimo por 7 de ellos.

definitivos a la lengua del peticionario una vez terminado el proceso - no resultan del todo misteriosos, ya que, como regla general esos procedimientos hubiesen resultado en un elevado coste para el Tribunal, lo que haría muy difícil el mantenimiento de un sistema, si bien plural y abierto, con gastos descomunales, tratándose de una plantilla tan amplia de países¹²¹.

Sea como fuere, lo cierto es que si el criterio imperante es el del bilingüismo alterno - con una de las mencionadas lenguas a elegir por el peticionario - resulta incongruente, el artículo 34.2 del reglamento, según el cual "con anterioridad a la adopción de una decisión sobre admisibilidad de una demanda, todas las comunicaciones y alegaciones de los demandantes o sus representantes...de no efectuarse en alguna de las lenguas oficiales del Tribunal, se desarrollarán en una de las lenguas oficiales de las Partes Contratantes...¹²²". Ello implica, ni más ni menos, la admisión de recursos en lenguas no practicadas de oficio¹²³.

El inciso .3(a)del mismo artículo prevé que de igual forma serán tratadas "todas las comunicaciones y alegaciones... en relación con la audiencia, o tras la declaración de admisibilidad del asunto.." si el Presidente de la Sala autoriza la continuación en el empleo de la lengua oficial en turno¹²⁴. Lo anterior amplía, pues, el uso de lenguas diferentes del francés o el inglés hasta, prácticamente, el final del proceso por cuenta del Tribunal¹²⁵.

El apartado.4 (b), por su parte, afirma que todas las comunicaciones y alegaciones de las Partes Contratantes o de terceros también están sujetas a una dispensa o autorización por parte del Presidente de la Sala, si bien, los costos de interpretación o traducción -al inglés o al francés- de los informes orales o declaraciones escritas incumbirán "a la parte que lo hubiere solicitado".

¹²¹ CALLEWAERT, J., *La Cour européenne des droits de l'homme un an après...* Op. Cit.

¹²² Actualmente el número asciende a 32 lenguas no oficiales.

¹²³ Lo que llevaría a que cuando terminara ésta etapa de admisibilidad, todas las actuaciones debieran de ser traducidas a las lenguas oficiales para continuar con la siguiente etapa del proceso.

¹²⁴ Una vez concedida esta autorización "el Secretario deberá adoptar las disposiciones necesarias para asegurar una interpretación o traducción de las observaciones o declaraciones del demandante.." Art. 34.3 (b) del Reglamento.

¹²⁵ Criterio que por lo demás, es hasta ahora, el más utilizado en los casos que han llegado al Tribunal.

El Reglamento por lo demás, matiza, en la parte que se refiere a la representación de los demandantes¹²⁶, que éstos "deberán poseer un conocimiento satisfactorio de alguna de las lenguas oficiales del Tribunal", exigencia ésta que debe leerse a la luz de la facultad de emplear una lengua no oficial si ésta es autorizada por el Presidente de la Sala, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo antes citado.

Este panorama confunde mucho a la hora de emitir cualquier juicio de valor sobre la efectividad de los criterios utilizados, ya que si bien el Tribunal no parte de un reconocimiento pleno de la lengua del país del cual el demandante o su representante sean nacionales (con la correspondiente traducción de comunicaciones, alegaciones, informes orales o declaraciones escritas), y tampoco lo hace con respecto a las Partes Contratantes o terceros, sí lo hace en el caso de testigos, peritos o demás personas que comparezcan ante el Tribunal. Lo que nos lleva a concluir que los criterios – muy limitados a mi juicio – para decidir sobre la lengua en la que se desarrolla la totalidad del proceso (salvo la decisión final, la cual, conforme a los artículos 57 y 76 del Reglamento, deberán hacerse públicas en el *Recueil officiel* en francés o en inglés, o bien en ambos idiomas oficiales en caso de que así lo decida la Sala) quedan en manos del Presidente de Sala, con lo cual se vulnera abiertamente el principio de igualdad de las partes durante el juicio¹²⁷, incurriéndose al tiempo en una falta grave de orden práctico, ya que en última instancia la costosa labor de traducción que se quiso evitar en un principio es, eventualmente, llevada a cabo.

Lo expuesto también nos hace preguntarnos, sobre la legitimidad de la obligación impuesta a los Estados Parte de presentar traducción a sus escritos al idioma oficial (en caso de optar por una lengua no oficial), así como sobre los criterios que utilizará el Tribunal, para decidir ¿cuándo un juicio necesita de una traducción plena o cuándo se trata, simplemente, de una conducta negligente de alguna de las partes? Ello nos lleva a un terreno donde cobra mucha importancia, respecto a sobre qué bases lingüísticas tomar dicha decisión, es decir, en que medida esos criterios para

¹²⁶ Artículo 36.5 del Reglamento

¹²⁷ En el caso, por ejemplo, de un particular que demanda a una Parte Contratante, el primero prefiere usar una lengua no oficial, y el Tribunal se encarga, por cuenta propia, de los costes de la traducción; por el contrario, si es el Estado o un tercero quien solicita presentar alegaciones en otra lengua que no sea el francés o el inglés, éste deberá financiar su traducción a una de éstas dos lenguas.

decidir no girarán, de igual forma, en torno a las capacidades del juez para comprender mejor un determinado juicio, una vez aceptadas las limitaciones de muchos de ellos hacia las lenguas oficiales¹²⁸.

Un último apunte al respecto versa sobre la hipótesis, necesaria en mi opinión, de obligar a los Estados Miembros a traducir los casos pertenecientes a su jurisdicción a la lengua oficial dentro de su territorio, una vez sentada la decisión final; y es que siendo estos textos *per se*, de muy difícil acceso, lo son aún más si entrañan una dificultad lingüística para ser consultados por los ciudadanos sujetos a la jurisdicción del Convenio. Lo que nos lleva a concluir acerca de lo imprescindible que resulta el que, además de ser públicos los fallos de Estrasburgo, sean más accesibles al individuo.

2. 2. 6 CRITERIO DE PERMANENCIA. TIEMPO COMPLETO VS. REVOCACIÓN.

Otra reforma que merece su debido comentario es la que se desprende de la dedicación exclusiva en las funciones de los Jueces que comprenden el Tribunal. La permanencia del mismo hace necesaria esta figura, en tanto que se refiere a una actividad de tiempo completo donde desde su nombramiento hasta su destitución, renuncia o término del mandato, el Juez estará ejerciendo funciones en el Tribunal de manera continuada¹²⁹. La exclusividad de la labor de los jueces hace, a partir del Protocolo 11, incompatibles todas aquellas actividades que atenten contra su independencia, imparcialidad o disponibilidad necesaria para una actividad ejercida a tiempo completo.¹³⁰

¹²⁸ Aquí vale la pena resaltar como en la actualidad, el Tribunal de Justicia, ha tratado el tema de la lengua, como uno de los problemas centrales a resolver en un futuro próximo, con lo cual es evidente que no hay que tratar con ligereza este aspecto tan importante del proceso.

¹²⁹ " al modo del Tribunal de Justicia, el cual se erigió desde un primer momento de forma permanente para ganar autoridad y poder desarrollarse plenamente en la interpretación del derecho europeo", siendo esta, "la única manera de poder abarcar el enorme número de demandas que llegan al Tribunal, específicamente con jueces permanentemente disponibles en la sede del Tribunal y con ninguna otra obligación profesional" FROWEIN, J.M. en CONSEIL DE L' EUROPE, *8e Colloque International sur...ROWE N.- VOLKER S., The Protection of Human Rights in Europe...* Op. Cit.

¹³⁰ Dejando al Tribunal la facultad de dirimir cualquier cuestión que se suscite en torno a la aplicación de éste artículo; 21.3 del Convenio.

Dicha determinación causó desde su origen cierto revuelo ya que, acostumbrados a la antigua formación donde los jueces eran personas que iban y venían desde sus países de origen para sesionar en el Tribunal, la cláusula relativa a la exclusividad de sus funciones (y las limitaciones que esta acarrea) no fue recibida con beneplácito; probablemente, los afectados pasaron por alto que, las reformas estuvieron encaminadas hacia una mayor efectividad del Tribunal y, consecuentemente, hacia un despacho más rápido de los asuntos recibidos en Estrasburgo, así como también, ciertamente, hacia un ahorro considerable de dinero respecto de su traslado¹³¹.

De tal modo, se declararon incompatibles actividades supletorias de los jueces, hecho que, sin ahondar demasiado en el tema, me parece imprescindible, siendo, como era, que durante las sesiones del antiguo Tribunal había jueces que regresaban a sus países para llevar a cabo labores de asesoramiento dentro del Estado al que pertenecían, lo que atentaba flagrantemente contra su imparcialidad e independencia en el caso de que tuvieran que intervenir después en un asunto en el que el mismo gobierno que lo contrataba jugara como un actor durante el juicio.

Se intentó disponer medidas, si no estrictamente disciplinarias, si reguladoras de la actividad de los jueces, hecho que se vio también aprovechado por los creadores de las reformas para introducir la figura de la revocación¹³², consistente en una serie de métodos de evaluación y cese por parte del mismo Tribunal Colegiado, quien es competente para decidir cuando ha sido vulnerado el principio de exclusividad en sus actividades, o bien cualquier otro que, a juicio del Tribunal, desnaturalice sus funciones como Juez.

2. 3 El juez ad-hoc y la polémica alrededor de dicha figura

En los sistemas contenciosos internacionales existe una práctica, generalizada y firmemente consolidada por los Estados, de exigir que un juez nacional del Estado – juez *ad hoc*– conozca de determinados litigios. Esto, en principio, aparece como un

¹³¹ Es bien sabido que el Tribunal en su antigua constitución abarcaba dentro de su presupuesto los billetes de avión necesarios para el traslado de los jueces.

¹³² Esta figura en el artículo 24 del Convenio: *Revocación* "Un Juez sólo podrá ser relevado de sus funciones si los demás Jueces deciden, por mayoría de dos tercios, que ha dejado de reunir las condiciones requeridas para serlo"

requerimiento lógico, ya que el Juez nacional será quien, seguramente, más conocimiento tenga del sistema jurídico interno en cuestión e incluso, en general, de las condiciones políticas, económicas y culturales del Estado de que se trate.¹³³ Sin embargo, esta postura no ha dejado de sembrar dudas sobre que tan relevante sea esa aportación, o mejor dicho, si más que un método de claridad al resolver se trata de un control tácito por parte del Estado sobre el Juez nacional¹³⁴

Es por ello que en el debate sobre los *jueces ad hoc*, herencia que hace honor al clásico arbitraje internacional, éstos tienen a favor los argumentos clásicos de Derecho Internacional, donde si un litigio tiene carácter de interestatal, por principio de igualdad jurídica de los Estados, la presencia de un juez nacional habría de ser obligatoria respecto de cada uno de los Estados parte en la controversia.¹³⁵

Sin embargo, si bien en el contexto de casos interestatales la figura del juez *ad hoc* aparece como más razonable, y propia de otras jurisdicciones internacionales, en el contexto de las peticiones individuales, aunque es imprescindible el análisis minucioso de los detalles propios de cada sistema, no parece muy oportuno –ni procedimental ni, en ocasiones, ético¹³⁶.

¹³³ Información que en ocasiones ha sido calificada como imprescindible por algunos Estados Parte, y que puede abarcar desde la forma interna del gobierno, el prestigio y credibilidad de ciertas instituciones, etc.

¹³⁴ Ya que como hemos adelantado líneas más arriba, el Juez depende en todo momento de las decisiones que tome, para ser considerado en un futuro, por el gobierno del Estado Parte, como un sujeto "reelegible", situación que en muchos casos se revierte en su contra al momento de emitir un fallo contrario a su propio Estado (Recordemos el caso del juez búlgaro D. Gotchev en el caso *Loukanov*, donde con su polémica sentencia en contra del Estado del cual es nacional, se ganó la animadversión de éste). En este sentido podemos observar los ejemplos en el Tribunal Internacional de Justicia, donde salvo honrosas excepciones, casi siempre el juez adoptará una posición favorable a la posición del Estado de su nacionalidad.

¹³⁵ SÁNCHEZ LEGIDO, A., pone especial énfasis a esta figura en el contexto Europeo moderno, donde por medio de esquemas de representatividad, de todos los ordenamientos jurídicos internos; "ese orden público europeo reposa en todos ellos por igual "y por tanto " la exclusión del juez nacional puede resultar extraordinariamente problemática, siendo este un derecho cuyo ejercicio sólo a el corresponde decidir."; *La reforma del mecanismo de protección del CEDH*, Colex, Madrid 1995.

¹³⁶ En este sentido se pronunció la delegación italiana durante el proceso de aprobación del protocolo, llamando la atención hacia la introducción de una cláusula de prohibición expresa al juez nacional y al presidente de la sala, de participar en el procedimiento de revisión frente a la Gran sala, alegando que, esta situación era contraria a los principios de jurídicos importantes y sólidamente establecidos por los Estados Miembros. Sin embargo, su propuesta fue desechada, al encontrarse con la oposición de la mayoría de las delegaciones. ARRIAGA, I.-ZOCO, C., *La reforma del Sistema de Protección de los derechos del hombre instaurado por el*

En efecto, y, aunque este parezca un método indispensable para garantizar una mayor protección al individuo cuyos derechos han sido supuestamente violados por un acto de aplicación del ordenamiento jurídico nacional, es preciso señalar que, con la composición y el estado que presentan los derechos humanos en algunos países con ordenamientos jurídicos incipientes en la materia, las probabilidades son de que, los jueces nacionales de dichos Estados Parte, tengan que asistir constantemente a sesiones en distintas Salas¹³⁷, lo que complica aún más una práctica homogénea y articulada, de los casos que llegan al Tribunal. Si a esto, añadimos las distensiones que –de hecho– se dan entre un gobierno y un Juez nacional de éste, parecería dicho criterio, aún más ilógico.

2. 4 Las distintas facetas del Juez en Estrasburgo: como juez de instrucción; como juez constitucional; y como mediador en los arreglos amistosos. Críticas.

Junto a una fusión institucional, lo que se busca, ante todo, con las reformas abordadas es promover un principio de economía procesal que tenga resultados inmediatos en la agilidad con que se da entrada a las demandas al Tribunal; lo que implica que sus miembros integrantes estarán a la vez investidos de poder para conocer sobre la admisibilidad y sobre el fondo de las demandas. Ello quiere decir que en la figura del Juez se reúnen varios tipos de actuaciones. Por un lado como juez de instrucción (cuando un Comité no puede decidir por unanimidad sobre la admisibilidad de una demanda); como juez constitucional (si aceptamos darle al TEDH la denominación de "*Tribunal Constitucional Europeo*" en materia de derechos fundamentales); y como mediador (en el contexto de los procedimientos de arreglo amistoso).

Así, el panorama se vuelve más complejo, si tomamos en cuenta la importancia que tienen dichos papeles en este contexto; ya sea porque la idea de preservar lo alcanzado con anterioridad, compromete su actuación; o porque, lo cierto es que habrá que articular estos tres tipos de funciones para su correcto desenvolvimiento.

Convenio Europeo de 1950: El Protocolo N° 11, Persona y Derecho (Suplemento Humana Iura de derechos humanos), 1995 (N°5), págs. 11-50.

¹³⁷ Sobre la movilidad de los jueces entre las distintas Salas, profundizo en la Parte III, relativa a la manera de sesionar del Tribunal y la composición del mismo.

La primera de ellas nos remite al tema de la obligación de los Jueces, de establecer reglas concernientes a la carga de la prueba¹³⁸; momento en que se entiende, se juzga sobre la admisibilidad o no admisibilidad de las demandas¹³⁹.

En segundo lugar, el llamado "rol constitucional" reviste igual importancia, probablemente derivada de la naturaleza misma de sus funciones como Jueces; sea porque consisten en precedentes de amplio alcance, todavía por sentar, o bien, en razón de la honorabilidad de la jurisprudencia habida, así como una pretendida continuidad.

Lo cierto es que dentro del complejo entramado europeo, esta connotación "constitucional" puede prestarse -y de hecho se ha prestado- para que se les reconozca como "Jueces Constitucionales en materia de Derechos Fundamentales".

Por último, la tercera de las funciones incorporadas, ha sido la de mediador durante el arreglo amistoso, y aunque pudiera pensarse que por lo antiguo o por lo tradicional de esta figura (ya que también existe, más o menos comúnmente en las jurisdicciones nacionales), no debiera haber suscitado problema alguno, sin embargo, las opiniones al respecto, se encuentran muy divididas.

Se entiende que ello supone la incorporación al Tribunal, de tareas "no-contenciosas" (mejor dicho, no estrictamente judiciales ya que antes corrían por parte de la Comisión), lo que desdibuja la apariencia de completa judicialidad, pretendida

¹³⁸ V.g. con respecto a los testimonios orales, las visitas domiciliarias, las investigaciones in loco y en general, las normas procesales que regulan el desarrollo de la etapa probatoria. Reglas, que deberán preservarse en primer lugar por la experiencia positiva que estas aportan en el contexto de lo heredado por la Comisión Europea y en segundo lugar, porque tienen especial importancia dado que, éstas, por muy parecidas que fuesen, por definición, nunca serán idénticas a las que se encuentran en los ordenamientos jurídicos nacionales. CARRILLO SALCEDO, E., *Quels juges pour la nouvelle Cour...* Op. Cit.

¹³⁹ Sin menoscabo de poder ser tratado por otras instancias durante el procedimiento contencioso (Comité de tres miembros, Sala o Gran Sala).

Es preciso señalar, respecto al proceder de la Comisión Europea de derechos humanos en materia de admisibilidad (quienes articulaban esta fase mediante el sistema instaurado de los Comités de tres jueces), que ésta, solía ser una de las grandes virtudes de la Comisión. Es decir, resulta sorprendente como la vieja estructura, logró que dos instituciones - aparentemente muy ligados entre sí procesalmente hablando - en algún momento de su evolución llegaron a distanciarse tanto. Pudiendo llegarse a pensar que llegó a provocarse con el altísimo número de casos admitidos ante la Comisión, un eventual desbordamiento en la capacidad humana y técnica del Tribunal; y que, la eficiente labor de ésta, pudo ser causa directa para el aglutinamiento de demandas e informes en Estrasburgo, con lo que ella misma firmo su desaparición formal más adelante, - víctimas de su propio éxito - pudiera pensarse. MARGUÉNAUD, J.P., *La Cour européenne des droits de l'homme...* Op.Cit, Pág. 25.

mediante las reformas. Es evidente, que no se trata de una parte "oficiosa" del procedimiento contencioso, sino de procedimientos alternativos que tratan de dar una respuesta previa a los conflictos de derecho planteados, para evitar que se llegue a la fase contenciosa; y, sin menoscabo de que se encuentren completamente regulados – en sus resultados- por el texto del Convenio¹⁴⁰. El procedimiento de mediación se regula en el artículo 38, en los siguientes términos.¹⁴¹ Una vez que se ha declarado un caso como admisible, se hace "... un examen contradictorio del caso con los representantes de las partes y, si procede, a una indagación, para cuya eficaz realización los Estados interesados proporcionarán todas las facilidades necesarias." Posteriormente, el informe, "... se pondrá a disposición de los interesados a fin de llegar a un arreglo amistoso del caso". Dicho procedimiento será necesariamente confidencial y habrá de estar inspirado en "... el respeto a los derechos humanos tal como lo reconoce el Convenio y sus Protocolos."

De concluirse el arreglo amistosamente el Tribunal cancela el asunto del registro de entrada mediante resolución, y se limita a hacer una breve exposición de los hechos¹⁴², no sin valorar, en caso de haberse aceptado una violación al Convenio, que se hayan reparado las consecuencias de tal violación (de no ser así, el Tribunal concederá a la parte perjudicada una satisfacción equitativa a los daños causados¹⁴³)

Si partimos de esa funcionalidad tripartita de los jueces, es preciso hacer notar que este esquema de actividad parece un tanto arriesgado, ya que por un lado favorece el nacimiento de una plantilla excesivamente protagonista de jueces, es decir, el Tribunal corre el riesgo de haber dotado de sobradas facultades a una sola persona; y hace depender en demasía, importantes cuestiones, a un solo órgano decisorio, lo que hace posible encontramos en un futuro no muy lejano, con interpretaciones excesivamente atrevidas, propias de un cuerpo judicial - en principio - omnipotente.

¹⁴⁰ Artículos 39, 40 y 41 del Convenio.

¹⁴¹ En todos sus incisos 1 (a) y (b), y 2; así como también en el Reglamento, en los artículos 62 (regula los pasos del arreglo amistoso) y

¹⁴² Artículo 44.2 del Reglamento sobre la cancelación definitiva de la inscripción, habiendo llegado a un arreglo amistoso conforme a lo precisado en él.

¹⁴³ Artículo 41 del Convenio

Esto quiere decir, que si bien, en el pasado la Comisión jugaba como un filtro (y a veces contrapeso) del Tribunal, es de pensarse que en el estado que guardan hoy día las cosas, sea posible para un mismo juez: decidir sobre la admisibilidad de una determinada demanda que llegue al Tribunal; conocer sobre el procedimiento de arreglo amistoso para el efecto; juzgar posteriormente sobre el fondo del asunto al haber fracasado el arreglo amistoso; y posteriormente volver a conocer sobre el caso en su totalidad, en el seno de la Gran Sala, vía recurso de revisión. Situación esta que de ser posible habría que evitar a toda costa para no asumir demasiados riesgos en una jurisdicción tan importante como la de derechos humanos.

Es por tanto, el procedimiento de arreglo amistoso, uno de los puntos centrales en torno al cual, se produce mayor polémica; a saber, específicamente, quién es el sujeto que lleva a cabo la operación de arreglo amistoso, bien entendido, que es el Juez de la Sala ante la cual se ha tomado el caso como admisible, en caso de que el arreglo funcione, el proceso no carecería de fundamento alguno de derecho; sin embargo hay quienes opinan que al continuar el Juez frente al caso en su fase contenciosa, éste, ya se encuentra influenciado o mejor dicho viciado, por el procedimiento amistoso, ya que conoce –un tanto superficialmente- las alegaciones, así como a las partes, y lo mas importante, conoce de su disponibilidad para que el arreglo funcione amistosamente, lo que lleva a pensar que el Juez en cuestión, cuenta con elementos subjetivos que, naturalmente, obligan a que su fallo o decisión final, no sea estrictamente objetivo (o bien, conforme a derecho) en su fundamentación, ya que conoce datos que, probablemente, no hubieran estado a su alcance de desarrollarse directamente en fase contenciosa el caso.¹⁴⁴

En mi opinión, considero, que la figura del arreglo amistoso, es más importante que la llamada *biased consciousness*¹⁴⁵ de los jueces, ya que durante éste procedimiento, existe la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo más positivo - para ambas partes - pero también, existe la posibilidad de que no se llegue a juicio; y

¹⁴⁴ Aún cuando, el artículo 62.2 del Reglamento señala expresamente que dicha información no podrá ser utilizada durante el desahogo de la parte contenciosa, de no llegarse a un acuerdo formal durante el arreglo amistoso.

¹⁴⁵ Que se traduce como la predisposición a favor de algo. SCHERMERS, H.G., *Human Rights in the European Union after the Reform of 1 November 1998*, European Public Law, 1998 (N° 3), págs. 335-343.

que por lo tanto, el procedimiento que tendría ese caso en la fase contenciosa, se sustituya por otro caso, cuyo arreglo amistoso no funcionó adecuadamente. De modo que, si se quiere, desde un punto de vista meramente práctico, son más las posibilidades positivas que comporta el arreglo amistoso, que las presunciones respecto del Juez que lo lleva a cabo¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Los redactores del Reglamento del Tribunal, probablemente previeron y aceptaron la importancia de este mecanismo, así como la problemática alrededor de que el Juez de Sala conociera del procedimiento de arreglo amistoso, es por ello, que en el artículo 62.1 del Reglamento, se dice textualmente " una vez declarada la admisibilidad de la demanda, el Secretario, siguiendo instrucciones de la Sala o de su Presidente, se pondrá a disposición de las partes a fin de llegar a un arreglo amistoso del asunto de conformidad con el artículo 38.1.b del Convenio". Sin embargo, parece que dicho artículo, fue la respuesta a la avalancha de críticas recibidas, luego de que fuera aprobado el texto del Protocolo, ya que en los artículos previos del Reglamento (donde se refiere a las funciones del Secretario: artículo 17), no existe referencia alguna a la solución del arreglo amistoso. Es por ello que pareciese como si los redactores del Reglamento, en el último momento, incluyeron una disposición facultándolo para intervenir en dichos procedimientos, cuando en ninguna de las demás disposiciones ni del Reglamento ni del Convenio, existía reglamentación alguna de dichas facultades de negociación.

CAPITULO III. La Nueva Estructura del Tribunal Permanente

3. 1 Modificaciones en la estructura. Su carácter de tribunal único permanente

3. 1. 1 CONSTITUCIÓN POR SECCIONES, SALAS, GRAN SALA, COMITÉS. FUNCIONES

Como he recordado repetidas veces, el antiguo binomio *Comisión-Tribunal*, perdió, durante las últimas décadas - si bien no su efectividad en el plano subjetivo- su capacidad para garantizar esa efectividad en un plazo razonable de tiempo al individuo¹⁴⁷; es por ello que las reformas habidas a partir del 1 de noviembre de 1998, comportan un Tribunal único y permanente que busca poder hacer frente de manera continuada a las demandas individuales e interestatales, de forma regular y expedita.

La nueva estructura del Tribunal permanente gira en torno a una única instancia, compuesta por Comités, Salas, Gran Sala y Pleno del Tribunal; de modo que debe quedar asumido, que la pluralidad de tareas a desempeñar, obliga al TEDH a hacer compatible dicha pluralidad funcional con su naturaleza de Tribunal único, es por ello que para salvar estas dificultades, se ha optado por distintas formaciones de sus miembros, o mejor dicho, cuatro formas distintas de sesionar:

- *En Asamblea Plenaria*; La primera comporta, única y exclusivamente, tareas administrativas; Sus actividades son elegir a los presidentes y vicepresidentes del Tribunal y de las Salas, designadas en el Reglamento como «Secciones»¹⁴⁸, así como al Secretario del Tribunal y a uno o varios Secretarios adjuntos¹⁴⁹, constituye las Salas/ Secciones, con una composición que será "equilibrada con

¹⁴⁷ Fundamentalmente comprendido, sobre la base del principio de justicia expedita, sentado, entre otros, en el artículo 8º del Convenio.

¹⁴⁸ Durante un periodo de tres años, y reelegibles sin que se pueda exceder, el periodo de su mandato como juez Art. 26.a.b y .c. del Convenio y 8º del Reglamento.

¹⁴⁹ El artículo 15 del Reglamento, establece una selección mediante escrutinio secreto, y comprende una duración del cargo de cinco años, reelegibles. Asimismo el precepto prevé como técnica en caso de empate, el dar preferencia a la candidata femenina sobre los masculinos, y en segundo lugar, al candidato de mas edad; lo dicho, del mismo modo se aplicará al secretario adjunto. El artículo 25 del Convenio, establece que, éste será asistido por los llamados refrendarios, figura, que se tratara en detalle más adelante.

arreglo a los criterios geográficos y de género y reflejará los distintos sistemas jurídicos existentes entre las Partes Contratantes¹⁵⁰.

En la opinión de RENUCCI, este órgano plenario (formación que comprende a todos los jueces que componen el Tribunal), se ha visto marginado frente a tareas exclusivamente de naturaleza administrativa, debido a la dificultad de encontrar en su seno, un consenso entre los numerosos miembros que la componen; dando como resultado -y esto ya se ha visto en el pasado- resoluciones sumamente limitadas que, por temor a no poder mantener el nivel general de unanimidad, muchas veces terminan por no satisfacer a la mayoría¹⁵¹. Por último, recae también en su esfera de competencias, el aprobar el Reglamento del Tribunal.

- *Los Comités de tres jueces*; tienen competencia exclusivamente para declarar de forma sumaria, por unanimidad, y en caso de incumplimiento manifiesto de las condiciones establecidas, la no-admisibilidad de las demandas individuales¹⁵². Son órganos, cuyo número depende del criterio establecido por el Presidente del Tribunal (y presumiblemente de la cantidad de trabajo que llegue a una determinada Sección); se constituyen en el seno de las distintas Secciones, por un periodo determinado de

¹⁵⁰ Se establecen como mínimo cuatro secciones en el Tribunal (por un periodo determinado de tres años "con efectos desde la elección de los cargos presidenciales del Tribunal") con lo que, cada juez deberá pertenecer forzosamente a una de éstas. Artículo 25.1.2 del Reglamento.

La composición de las Secciones, es preciso recalcar, tiene una importancia mayor de la que hasta el momento se ha dicho; ya que, considerando la complejidad geográfica y política que representan los nuevos actores, es preciso que las Secciones encuentren la forma de dar cierta homogeneidad jurídica a sus decisiones (principalmente para no dar pie a contradicciones entre las propias Salas). Por lo tanto, su composición representa, probablemente, uno de los puntos mas álgidos en el futuro ejercicio del Tribunal; sobre todo si se desea conservar la unidad y la coherencia de los fallos, conseguida hasta ahora.

¹⁵¹ RENUCCI, J.F., *Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J., Paris 1999, pág 412.

¹⁵² Sus resoluciones son definitivas, salvo que se haya solicitado un examen complementario, o bien cuando no se alcance la unanimidad en el seno del Comité, donde habrá de intervenir la Sala en el pronunciamiento de admisibilidad. De la misma forma ocurre cuando se trata de demandas ínter estatales, donde conocerá directamente la Sala y no el Comité de tres jueces. Artículos 28, 29, 33 y 34 del Convenio.

doce meses. En principio, esta figura heredada de la antigua Comisión¹⁵³, estará constituida - mediante rotación- por cada uno de los miembros de una Sección¹⁵⁴.

Vale la pena recordar que las facultades que recaen sobre este órgano, son de vital importancia, ya que, los Comités servirían como filtros (antiguo papel de la Comisión) que determinarán cuales son las demandas a elevar ante la Sala o la Gran Sala; decisión esta que, como veremos más adelante, va necesariamente acompañada de criterios mas o menos objetivos para determinar la procedencia de las demandas, y por lo tanto delimita el objeto de conocimiento del Tribunal en su totalidad¹⁵⁵; situación que resulta subrayada, por el hecho de que no existe recurso alguno por parte de el particular para revisar esa resolución, ni obligación expresa del Comité de fundamentarla¹⁵⁶.

Hay quien ve éste como un mal necesario para controlar la masiva popularidad del recurso individual; y, en sentido contrario, JANSSEN – PEVTSCHIN, lamenta que no hubiese prosperado la propuesta de los abogados generales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al momento de construirse las reformas, ya que estas iban en el sentido de introducir la obligación al Tribunal, de motivar y concluir las demandas admitidas, así como la posibilidad de los Comités de conocer directamente la negociación de arreglo amistoso¹⁵⁷.

¹⁵³ Instituida a través del Protocolo facultativo número 8. Por lo demás debe reconocerse, que su actuación siempre fue relativamente rápida, expedita y funcional, cuando recaía en la Comisión Europea, de lo que hubiese deseado el propio Tribunal; ya que curiosamente, la tarea de la instrucción, siempre ha estado relativamente subestimada cuando ésta recaía en los miembros de la misma, lo que probablemente, vistas las reformas y la enorme responsabilidad intrínseca de la tarea, será reconocido en breve.

¹⁵⁴ Si bien, es de pensarse que, al menos el juez a quien se toma un caso desde su registro ante el Tribunal, formará parte de oficio de crearse un Comité. Artículos 27, 28, 29 y 30 del Convenio; y 27 del Reglamento.

¹⁵⁵ Sobre los criterios de admisibilidad vid. Parte IV inciso (b).

¹⁵⁶ Únicamente motivar en razón de la resolución del 25 de enero de 1994 de la Asamblea Parlamentaria.

¹⁵⁷ En este sentido, RENUCCI, J.F., *Droit européen des droits de l'homme...* Op. Cit. pág. 413; y contrariamente JANSSEN - PEVTSCHIN, G., *Le Protocole N° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme, 1994 (N° 20), págs. 483-500.

En opinión de CAMERON, los problemas existentes en el sistema convencional, se reducen a la fase de admisibilidad, donde el retraso anual en este sentido en la antigua Comisión, llegó a elevarse a 2500 aplicaciones¹⁵⁸.

- *En Salas*; Constituidas por una colegio de siete jueces durante un periodo de tres años¹⁵⁹, donde en principio obrara de oficio el Presidente de la Sección y el juez que elija la Alta Parte contratante durante el litigio¹⁶⁰. Posteriormente, la conformarán los demás miembros elegidos por un sistema de rotación por el Presidente de Sección, y quedar, los jueces sin designar en calidad de jueces suplentes¹⁶¹. Por ser ésta, la

¹⁵⁸ *Protocol 11 to the European Convention on Human Rights...Op. Cit.*

¹⁵⁹ Artículo 25 del Reglamento.

¹⁶⁰ Existen, sin embargo, algunas excepciones los artículos 27.2 del Convenio y 26, 28, 29 y 30 del Reglamento: cuando un juez elegido en representación de un Estado Parte, esta ausente o no se encuentra en condiciones de intervenir; cuando esta en el supuesto anterior, aunque no sea miembro de la Sección a la que se ha asignado la demanda de acuerdo con los artículos 51 y 52; cuando se encuentre impedido para participar en las sesiones de acuerdo con las causas establecidas en el artículo 28 (causas de impedimento, recusación, o dispensa, incisos 2,3 y 4); o en caso de haber intereses comunes entre las partes, supuesto en el cual se deberán las partes de poner de acuerdo para intentar nombrar un solo juez *ad-hoc*.

¹⁶¹ De ahí que sea tan importante la conformación de secciones equilibradas, tal como lo indica el propio artículo 25.2 del Reglamento; equilibrio que, dicho sea de paso, no fue accidental, sino que por el contrario, estuvo a punto de ser conformado en base a criterios totalmente distintos, ya que se pensó que las secciones debían ser representativas de los principales sistemas jurídicos que conforman el sistema convencional, de manera que estos se agruparan en cuatro grandes familias jurídicas; sin embargo, era fácil prever, que algunos países (como por ejemplo Turquía o los países del este y centro de Europa) tendrían, eventualmente, un mayor número de demandas que atender, lo que hubiera ocasionado un descontrol entre las Secciones y consecuentemente, en el trabajo de cada una de las Salas. Asimismo habrá que recordar la propuesta que se hizo (RYSSDALL, R., CONSEIL DE L' EUROPE, *8e Colloque International sur la Convention Européenne des Droits... Op. Cit.*) en el sentido de constituir Secciones en función de la materia de que se tratase (penal, civil, etc...), proyecto que fue desechado dada la complejidad que comportaba; pero sobre todo, la posibilidad de que el trabajo se desarrollara desigualmente, gracias a las características de las demandas llevadas ante el Tribunal.

Sin embargo, la opción de dotar a todas las Secciones de iguales competencias generales, tampoco resulta una solución a todos los problemas, ya que como recuerda CALLEWAERT, J., hasta este momento todos los casos (como medida transitoria entre el viejo sistema y el nuevo) han sido tratados por la Gran Sala, pero en el futuro, nos encontraremos con que cada Sala tiene iguales competencias para pronunciarse sobre el mismo compendio de derechos, lo que puede, en un futuro no muy lejano, prestarse para resoluciones contradictorias entre ellas. *La Cour européenne des droits de l'homme un an après de Protocole n° 11*, JTDE, 1999 (N° 63) págs. 201- 207.

instancia normal de enjuiciamiento en el nuevo mecanismo, a ella corresponde el examen pleno, es decir, tanto la admisibilidad como el fondo, independientemente que ello tenga lugar, por vía de demanda individual o estatal¹⁶². También corren a cargo de ésta, los buenos oficios o intento de arreglo amistoso¹⁶³. Asimismo tiene competencias para determinar arreglos equitativos en el contexto de las reparaciones impuestas. Sus fallos son presumiblemente definitivos, a no ser que alguna de las partes, o el juez de la Sala, determinara elevar el caso durante o después de dictada la resolución definitiva, ante la Gran Sala¹⁶⁴.

El tema del procedimiento de arreglo amistoso, como ya se adelantó en la Parte II, resulta muy cuestionable, ya que si bien, con la antigua constitución del Tribunal, era la Comisión quien intentaba un arreglo amistoso, y el Tribunal, quien se pronunciaba sobre la parte contenciosa del litigio; con la nueva formación, es la misma Sala la que conocerá del procedimiento de arreglo amistoso, y posteriormente de la causa en su desenvolvimiento durante juicio. Lo que hace dudar sobre las exigencias de imparcialidad necesarias para garantizar en su totalidad el juicio.

Asimismo, es preciso señalar que los redactores del Protocolo, no lograron repartir correctamente las tareas a llevar a cabo por las distintas instancias, ya que en principio parece muy posible que la Sala llegue a conocer, tanto de la admisibilidad de una demanda, como del fondo de la misma; cuestión que no deja de sorprendernos, siendo

En este mismo sentido se pronuncia FROWEIN, M.J., quien sostiene que se debe velar por que la composición de las Salas tenga, preferentemente, un equilibrio entre jueces con experiencia y jueces con una experiencia mas limitada, "*juniors and seniors*", también balanceada desde un punto de vista geográfico e ideológico para no dar con diferencias sustanciales entre la interpretación de una Sala y otra. Para lo que propone la solución existente, de dividir los miembros en varios grupos, de donde saldrán en condición de igualdad a llenar el *chorum* de cada Sala. CONSEIL D' EUROPE, *8e Colloque International sur...Op. Cit.*

¹⁶² Salvo que éste hubiese sido declarado inadmisibile por el Comité de tres jueces, o que se encuentre dentro del régimen transitorio instaurado, cuestión que se verá mas adelante.

¹⁶³ Artículo 38, 39 y 41 del Convenio.

¹⁶⁴ La facultad del juez de elevar o remitir ante la Gran Sala, se encuentra consagrada en el artículo 30 del Convenio, donde se especifica que si el asunto "plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la Sala podrá inhibirse a favor de la Gran Sala, mientras no haya dictado sentencia"; esta capacidad, así como la facultad de las partes de oponerse a esa inhibición a favor de la Gran Sala, los trataré con mayor detenimiento en el apartado siguiente.

como es, la etapa de admisibilidad "particularmente difícil"¹⁶⁵, al ser éste el momento en que habrá que estudiarse más detenidamente la demanda, y cuando habrá que hacer uso de la facultad de intercambiar información con los Estados demandados; incluso, tendrá que decidirse sobre los elementos de forma de la demanda; lo que a mi parecer, resulta una carga de trabajo demasiado pesada, para que de partida se establezca que ésta puede ser llevada a cabo por la Sala.

- En Gran Sala; hay en el TEDH, solamente una Gran Sala, formada de diecisiete miembros, entre los cuales figurará de oficio -por espacio de tres años- el presidente y los vicepresidentes; los presidentes de Sala; y los jueces elegidos por la Alta Parte Contratante¹⁶⁶, que llevan a cabo una doble tarea; por un lado, buscan dotar de unidad y coherencia la jurisprudencia del nuevo órgano; y por otro, tienen a su cargo el reexamen de los asuntos ya tratados por las Salas, cuando los mismos sean inhibidos a su favor - en el supuesto antes expresado -, o bien cuando estos sean recurridos y elevados en función del recurso de revisión, manteniéndose de este modo, la posibilidad de tener acceso a una doble instancia, dentro del mismo Tribunal Unico. Para éste efecto, se constituirá un colegio de cinco Jueces de la Gran Sala, quienes tendrán a su cargo aceptar la demanda "...si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general.", para, posteriormente, si el colegio acepta la demanda pronunciarse acerca del asunto mediante sentencia (artículo 43 del Convenio)¹⁶⁷.

¹⁶⁵ PETTITI, CH., *La forme et contenu de la requête*, págs. 29-37, en LAMBERT, P., (dir.), *La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n°11*, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 1999.

¹⁶⁶ Los cargos restantes son elegidos conforme al artículo 24 del Reglamento (mediante un complejo sistema que alterna los nombres de las listas cada nueve meses, y representa en dos grandes grupos, geográfica y jurídicamente a los Estados Parte del Convenio), lo que quiere decir que, su composición será diferente en cada uno de los casos en que se conforme. Sin embargo, existe la imposibilidad para cualquier otro Juez que, habiendo actuado en Sala, retome la misma demanda en la Gran Sala, salvo las dos excepciones antes mencionadas (artículo 27.3 del Convenio).

¹⁶⁷ Esta formación, dicho sea de paso, ha sido continuamente criticada por los estudiosos del Protocolo 11 (entre los cuales se puede consultar a SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme...Op. Cit.*; o SCHERMERS H. G., *The Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights*, *European Law Review*, 1994 (N° 4), págs. 367-384; *Adaptation of the 11th. Protocol to the European Convention on Human Rights*, *European Law Review*,

Y bien, derivado de la posibilidad de un Juez, de asistir en un caso en Sala, así como también, en Gran Sala; habrá que recordar que, si bien está claro que la presencia de oficio, de los Presidentes de Salas en la Gran Sala, lo que busca es asegurar una relativa consistencia entre los fallos de ambas formaciones; no es menos cierto, que en el año 1995, fue el propio Tribunal, quien condenó en el caso *Procola v. Luxemburgo* a este último, por considerar que su Consejo de Estado no era un "Tribunal imparcial" (dentro del contexto del artículo 6.1 del Convenio), porque sus miembros habían previamente tenido funciones de asesoramiento –específicamente a través de una revisión constitucional en abstracto– para decidir sobre la legalidad de la misma legislación aplicada en el caso en concreto, por lo cual había que concluir que, no alcanzaban el margen de imparcialidad necesario para volver a conocer del caso posteriormente¹⁶⁸.

En relación con las facultades intrínsecas al colegio de cinco Jueces de la Gran Sala - quienes deciden sobre la admisibilidad de los casos remitidos a ella luego de que la Sala haya dictado sentencia - cabe señalar, que éstas descansan, total y absolutamente, en el colegio de jueces. Sin necesidad, siquiera, de que su determinación se encuentre motivada, con lo cual parece que se intentó dotar de una cierta discrecionalidad para decidir cuales casos requieren el conocimiento de la gran Sala, sea porque constituyen "cuestiones graves" específicas o generales. Puede pensarse entonces que los individuos demandantes, quedan a expensas de que (como se desprende del artículo 35 del Convenio) "el Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibile...en cualquier fase del procedimiento", sin dejar lugar que se recurra el mencionado fallo¹⁶⁹.

1995 (Nº 6), págs. 559-579; *Human Rights in the European Union after the Reform of 1 November 1998*, *European Public Law*, 1998 (Nº 3), págs. 335-343; *Election of Judges to the European Court of Human Rights*, *European Law Review*, 1998 (Nº 23), págs. 568-578, por ser los mas contrarios a esta posibilidad) por no asegurar a los demandantes, una formación completamente imparcial, en su manifestación más solemne: La Gran Sala.

¹⁶⁸ (A/326, 1995).

¹⁶⁹ Situación que resulta muy irregular, sobre todo tomando en cuenta que dichas potestades no son nunca desarrolladas por el Reglamento del Convenio, salvo para especificar que no hay necesidad de motivar dichos fallos. Situación que según CLÉMENT, J.N. corre el riesgo de conducir a una devaluación en la imagen y autoridad de la Gran Sala. *L'audience de plaidoirie l'arrêt de la Chambre et la saisine de la Grande Chambre*, págs. 83-92, en LAMBERT, P., (dir.),

En este apartado es preciso hacer notar que, como ya se había adelantado, desaparecen de entre las facultades del Comité de Ministros, todo tipo de actuaciones y determinaciones de carácter judicial¹⁷⁰. Por lo que el Convenio, hace mención expresamente a éste órgano - esencialmente político - dentro los apartados relativos a: la ejecución de las sentencias (artículo 46); las opiniones consultivas del Tribunal (artículo 47); y bajo el título de *Disposiciones diversas*, recalca que "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio prejuzgará los poderes conferidos al Comité de Ministros por el Estatuto del Consejo de Europa"(artículo 54).

3. 2 Funcionamiento.

Y bien, queda claro cuales son las nuevas formaciones, así como las nuevas funciones, a partir de las cuales se establece el funcionamiento del Tribunal. Ahora cabe establecer algunas diferencias con la anterior forma de proceder, que destacan el carácter innovador de las reformas introducidas por el texto del Protocolo de enmienda N° 11.

En primer lugar, y no en muy buenos términos, se puede adivinar una cierta incertidumbre jurídica en las garantías procesales inherentes a una demanda individual, pendiente de juicio en Estrasburgo, específicamente en lo que se refiere a la primer audiencia o primer contacto (vista oral) – de carácter contencioso – entre las partes¹⁷¹.

El artículo 54.4 del Reglamento, es el primero que regula la celebración de una vista oral "antes de adoptar su decisión sobre la admisibilidad, la Sala podrá acordar, bien a instancia de las partes bien por su propia iniciativa, celebrar una vista oral...las partes serán invitadas a plantear las cuestiones que se susciten en relación con el fondo del asunto".

En segundo lugar (por presentar éstos en orden procesal cronológico) figura el artículo 38.1.a del Convenio, bajo el rubro de Examen contradictorio del asunto y procedimiento de arreglo amistoso, de donde se desprende que "Si el Tribunal declara admisible una demanda: a) Procederá al examen contradictorio del caso con los

La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n°11, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 1999.

¹⁷⁰ No obstante que se trate, detenidamente, mas adelante en la Parte III, inciso (e).

¹⁷¹ Vid al respecto CLÉMENT, J.N., *L'audience de plaidoirie...*Op. Cit

representantes de las partes y si procede, a una indagación, para cuya eficaz realización los Estados proporcionarán todas las facilidades necesarias...”.

De modo que, considerando que se trate de un error – fácilmente salvable – el hecho de acudir en el primer supuesto a “las partes”, y en el segundo a “los representantes de las partes”; tenemos, hasta ahora, dos momentos posibles (supuestos) en que se podría dar la primera vista oral.

El tercer supuesto se encuentra plasmado en el artículo 59.1, 2 y 3 del Reglamento “1. Una vez que la Sala haya decidido la admisión de una demanda...podrá invitar a las partes a que le presenten alegaciones escritas y proposiciones de prueba. 2. Se desarrollará una vista oral sobre el fondo del asunto si la Sala así lo decide, por su propia iniciativa, o si una de las partes lo solicita; en este caso, siempre y cuando no se hubiere desarrollado, de conformidad con lo previsto en el artículo 54.4 (primer supuesto planteado), una vista oral con incidencia sobre el fondo del asunto en la fase de admisibilidad. La Sala excepcionalmente podrá decidir, no obstante que para el ejercicio de sus funciones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.1.a (segundo supuesto planteado), no es necesaria la celebración de una vista oral. 3. El Presidente de la Sala, en su caso, fijará el procedimiento escrito y oral...”.

Con lo arriba expuesto, y como se desprende de los preceptos citados, no existe un solo momento – posible – para que se dé la primera vista oral o escrita durante el proceso contencioso, existen tres supuestos; lo cual podría atentar al principio de seguridad jurídica especialmente predicable en un contexto de control jurisdiccional; ya que no existe la claridad requerida para evitar posibles confusiones a lo largo del proceso, y sobre todo para evitar que una de las partes utilice dicha falta de transparencia en su favor y en detrimento de la contraparte.

3. 2 .1 DE LA ELEVACIÓN A LA GRAN SALA POR PARTE DE LAS SALAS “RELINQUISHMENT OF JURISDICCION” O INHIBICIÓN ANTE LA GRAN SALA; Y OTRAS INOVACIONES

Respecto de la inhibición, condicionada, ante la Gran Sala, surgen características que valdría la pena resaltar; si bien, se entiende que la elevación de un caso ante la Gran Sala, en las hipótesis previstas, es una manifestación de las posturas

que propugnaron por un sistema doble de jurisdicción en Estrasburgo, no queda muy claro cuales fueron las razones para condicionar dicho conocimiento, a la voluntad de las partes¹⁷². Si bien ello sería entendible, si se renunciase - del todo - a una revisión posterior por parte de la Gran Sala, tal y como se deriva del texto del Convenio, las partes pueden en un primer momento oponerse a la inhibición por parte de la Sala, y una vez que ésta haya dictado una resolución (hipotéticamente desfavorable para alguna de las partes y antes de que transcurran los tres meses de que se hubiera dictado el fallo), alguna de las partes afectadas, podría remitir ante el colegio de cinco jueces de la Gran Sala, sus razones para estimar que el fallo lesiona alguno de los derechos consagrados en el Convenio; y encontrar por lo tanto derecho a que el colegio de diecisiete jueces conozca de la demanda.

El hecho de que el nuevo artículo 30, condicione la elevación, a la ausencia de oposición de ambas partes, representa un claro impedimento para el correcto desarrollo de las demandas que lleguen al Tribunal, situación, que si bien hasta el momento, no se ha podido evidenciar, cuenta con todas las papeletas de ser un método de obstaculizar la dinámica tanto de las Salas, como de la Gran Sala, al analizar las razones de fondo para solicitar una revisión de un determinado fallo¹⁷³.

3. 2. 2 REGIMEN TRANSITORIO

Dado que la firma depositada en el Consejo de Europa del texto del Protocolo, fue depositada en octubre de 1997, la nueva estructura del Tribunal, no entró en funciones sino hasta el 1 de noviembre del siguiente año ("un año después de que se haya depositado la última ratificación"). Así, el 31 de octubre de 1998, el antiguo Tribunal dejó de funcionar. No así la Comisión Europea, quien se determinó, que

¹⁷² Esto es, en el transcurso de un mes desde que se les haya notificado a las partes, la intención de la Sala de elevar el caso ante la Gran Sala.

¹⁷³ CLÉMENT, J.N. sostiene que, es fácilmente creíble que la oposición de las partes a la elevación ante la Gran Sala, no sea simplemente utilizado como una preocupación romántica del derecho ("*un souci d'amour du droit*"), sino más bien, como una desventaja inspirada en estrategias contenciosas, destacable en la voluntad - notable - de los Estados Miembros, de retardar la solución del litigio; donde además sobresale la ambigüedad en las condiciones dentro de las cuales se pronunciaran los jueces al hacer uso de esta facultad (artículos 30 y 43 del Convenio). *L'audience de plaidoirie...*; en este mismo sentido ROWE N.- VOLKER S., *The Protection of Human Rights in Europe...* Op. Cit.

siguiera conociendo a lo largo de un año, de los casos que hasta el momento de la entrada en vigor del Protocolo 11, ya habían sido declarados como admisibles.

En este mismo sentido, el artículo 5 del Protocolo, se refiere al régimen transitorio aplicable a los procedimientos iniciados en una fecha anterior a la entrada en vigor de las reformas. Las demandas sobre las cuales, la Comisión aún no se hubiere pronunciado al momento de las provisiones acordadas, habrán de transmitirse directamente al nuevo Tribunal, y quedarán sujetos a una determinación final dentro de éste; sin embargo en aquellos casos sobre los que sí hubiese habido una declaración de admisibilidad previa, la Comisión seguirá conociéndolas durante el año siguiente (periodo en que se prorrogan las funciones de la Comisión), y una vez que haya transcurrido ese año, los casos que aún quedaran pendientes serán transmitidos al nuevo Tribunal¹⁷⁴. Respecto de antiguo Tribunal, no se hace ninguna excepción al principio general del artículo 5, y, se entiende que todos los casos que se encontraban pendientes de pronunciación dentro del mismo, ahora serán tratados en la Gran Sala¹⁷⁵.

3. 3 Determinación de la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los criterios para determinar los casos en los que es competente el TEDH, se establecen en función de cuatro principios: a) *ratione personae*: Vinculante sólo para

¹⁷⁴ De modo que si en el transcurso del periodo de un año, existen todavía medidas de investigación pendientes por parte de la Comisión, el Tribunal los hará examinar como casos admisibles en su seno (inciso tercero del artículo 5); por otro lado, si conforme al antiguo artículo 31 del Convenio, la Comisión emitiese un informe formulando un dictamen sobre si los hechos comprobados implican o no una violación al mismo, por parte del Estado interesado, el panel de cinco jueces de la Gran Sala, decidirá quien conoce directamente del caso. En el caso de que se pronuncie sobre el informe una Sala, su fallo será definitivo. Bajo el supuesto de que ese informe fuera directamente al Comité de Ministros (esto es si en el plazo de tres meses el asunto no se ha deferido al Tribunal por la Comisión, los Estados Parte, o el particular) éste, en uso de sus antiguas funciones (conforme los antiguos artículos 32 y 48) decidirá por voto mayoritario de dos tercios si ha habido o no violación a la Convención (incisos cuarto y sexto del mismo artículo).

¹⁷⁵ Artículo 5 inciso quinto. Es de mencionarse, que únicamente uno de los muchos artículos que se han dedicado al análisis del Protocolo 11, se refiere en un apartado bajo el rubro de "Breve referencia al derecho transitorio" al régimen transitorio aplicable que deriva de las reformas tratadas. Vid ROLLNERT LIERN, G., *El Protocolo N°11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo?*, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, 1996 (N° 14-15), págs. 239-255.

aquellos Estados que se han obligado directamente frente al Convenio, ejecutable mediante demanda individual o interestatal; se excluyen de su competencia demandas entre particulares y entre un individuo y la Comunidad Europea, (en tanto que no puede ser considerada como Parte contratante, así lo estableció la Comisión en 1979, donde se dejó establecido que no existía un control equiparable de derechos entre el TEDH y el TJCE, también los sostuvo el Parlamento Europeo, en 1994, y más tarde al acusado Dictamen 2/94¹⁷⁶); b) *ratione loci*: Delimita los hechos relevantes a la jurisdicción del Tribunal, en los territorios en los cuales se encuentra vigente el CEDH por declaración expresa, si bien, también es aplicable éste principio tratándose de funcionarios que actúan en nombre de su Estado fuera del territorio del mismo¹⁷⁷; c) *ratione materiae*: Delimita la actuación del Tribunal, a todos aquellos derechos protegidos en el Convenio y sus Protocolos vigentes¹⁷⁸; d) *ratione temporis*: Comprende todos los hechos posteriores a la entrada en vigor del Convenio en el Estado Parte¹⁷⁹.

Con relación al derecho de la Comunidad Europea, se entiende que, si bien el Tribunal, no se estima competente *ratione personae* para conocer de actos nacionales

¹⁷⁶ Sobre lo establecido por la Comisión Vid. *CFDT v. Comunidad Económica Europea*, 1978, Nº 8030/77; *Dufay v. Comunidad Económica Europea*, 1989, Nº 13539/88; el Boletín Suplemento 2/79; y la resolución del Parlamento Europeo en DO 1994 C 44/3. El Dictamen 2/94 en 1996, ECR.I-1759. Más adelante trataré con detenimiento, cuáles son los argumentos a favor y en contra de que la CE pasara a formar parte del Convenio como Alta Parte contratante, en cuyo caso - difícilmente probable - podría haber competencia del TEDH en razón del principio *ratione personae*, para conocer y controlar toda la actividad jurisdiccional dentro de la CE, en materia de derechos fundamentales, previstos en el Convenio.

¹⁷⁷ SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme...Op. Cit.*

¹⁷⁸ Incluidos los ya mencionados, derechos indirectos, siendo imposible, alegarse por ejemplo el derecho a la autodeterminación, a la protección del medio ambiente, etc... La CIDH, por el contrario, sí ha sido testigo de casos en los cuales, el derecho de autodeterminación y el derecho a decidir sobre el entorno natural, arqueológico y cultural en el que se vive, son derechos alegables en el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁷⁹ Sin embargo, puesto que anteriormente la aceptación de a cláusula relativa a las demandas individuales (art. 25) podía o no darse de forma simultánea, la Comisión ha dejado claro (en los casos contra el gobierno francés en octubre de 1981, y mayo de 1974) que ese intervalo de tiempo en que se da la aceptación del Convenio a que se aceptan las demás cláusulas, también forman parte de un periodo durante el cual, el Tribunal puede declararse competente para conocer de violaciones que se hayan suscitado en esas fecha (siendo la fecha de la declaración de aceptación definitiva, la fecha a partir de la cual, empiezan transcurrir los seis meses que como plazo, se imponen a la parte demandante), a menos que el Estado en cuestión, hubiese hecho una declaración expresa para evitar la retroactividad en el reconocimiento de un recurso individual frente al TEDH. SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme...Op. Cit.*

(en tanto y en cuanto dichas actuaciones no provengan de una Alta Parte contratante del Convenio), "puede no suceder lo mismo con la normativa y los actos estatales dictados en desarrollo o ejecución del Derecho comunitario"¹⁸⁰; siendo perfectamente admisibles las demandas, cuyo objeto son "la queja por atentados a los derechos humanos", ya que, su condición de Estado Miembro de la CE no lo sustrae del imperio del Convenio como parte contratante del mismo, en tanto que, únicamente representan una aplicación por parte del Estado obligado frente al CEDH. Por lo tanto, enjuiciables o susceptibles de examen por el TEDH¹⁸¹.

Con lo cual, de estar contemplada la protección de ese derecho *ratione materiae*, el TEDH tiene competencia para conocer de la supuesta vulneración de ese derecho, sin importar que el acto o norma nacional sea producto de una aplicación o ejecución de derecho comunitario, lo que evidencia un enjuiciamiento - indirecto - de las normas comunitarias¹⁸². Enjuiciamiento, que "... encontraría menos choques potencialmente si

¹⁸⁰ Y así lo empezó a plantear la Comisión, en ocasión de la primera elección directa al Parlamento europeo en el año 1979 (*Lindsey y otros c. Reino Unido*, 1979, Nº 8364/78; *Alliances Belges de la Comunidad Económica Europea c. Bélgica*, 1979, 8612/79; y posteriormente en *Tefe c. Francia*, 1987, Nº 11123/84).

¹⁸¹ Señala ALONSO GARCÍA, R., (*Derecho Comunitario, Sistema Constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Colección Ceura -Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, págs. 621 y ss.) que teóricamente, primero debiera plantearse ante el TJCE la compatibilidad de ese acto o norma estatal (del Tribunal nacional) con el Convenio; situación que puede desembocar en dos supuestos, el primero, que el TJCE anule o inaplique la llamada norma de cobertura (porque encuentre razones para considerar que existe una incompatibilidad con los principios rectores del Derecho comunitario -incluido aquí los derechos derivados del Convenio, trasladados a la esfera comunitaria-); y segundo, que el TJCE determine que no existe irregularidad o disconformidad alguna entre el derecho nacional y el derecho comunitario, con lo que ratifica la validez de la norma o el acto del Tribunal nacional. En el primer supuesto, no habría competencia del TEDH para conocer de la violación alegada, sin embargo, dentro de la segunda hipótesis, se supone que la incompatibilidad en el acto o norma nacional permanece, al menos por lo que respecta a la parte afectada, lo que legitima el conocimiento del TEDH.

¹⁸² Poniendo de manifiesto una incompatibilidad entre el Convenio y los actos estatales, y de forma indirecta una incompatibilidad, de la norma de cobertura con los derechos protegidos por el sistema convencional. Es por ello que, sorprende mucho la actitud de la Comisión en el año 1990 (*M & Co. C. Alemania*, 1990, Nº 13258/87), de declararse incompetente para pronunciarse sobre la compatibilidad del Convenio con una decisión tomada en ejecución de una sentencia del TJCE, alegando que el sistema jurídico de la CE, asegura los derechos fundamentales de una forma equivalente, a como lo hace el sistema convencional, acordando, en palabras de SUDRE, F., " de forma discutible, una inmunidad al derecho comunitario". Sin embargo, un par de años más tarde, la Comisión abandonó esta criticable posición (*Procola y otros c. Luxemburgo*, 1993, Nº 14570/89) para aceptar de lleno "la convencionalidad" de las medidas nacionales efectuadas en aplicación de un reglamento comunitario. *Droit international et européen des droits de l'homme*...Op. Cit, pág 304.

el derecho comunitario dejara un mas amplio margen de apreciación a los Estados Miembro, a la hora de proceder a su ejecución, intentando dar con fórmulas jurídicas compatibles a la vez con el Convenio y con el ordenamiento comunitario". De modo que, se desprende de todo lo expuesto que existe en el derecho europeo de los derechos humanos, una doble esfera de protección para la parte afectada, por un lado, el TJCE cuya competencia deriva del Tratado de la Unión (artículo 167 desde Maastricht en 1992, y 220 desde Ámsterdam 1997 - en virtud del artículo N.2, que da lugar a la enmienda del primero-) y demás instrumentos comunitarios. Interpretación, que se hace a la luz de la compatibilidad de los actos nacionales con el derecho comunitario; y el TEDH, a la luz de las obligaciones derivadas del Convenio y sus Protocolos adicionales¹⁸³.

Siendo imprescindible de este modo que, el objeto de la demanda presentada entrañe una violación a derechos que deriven del Convenio¹⁸⁴, por cuenta de un

¹⁸³ Lo que de nuevo, nos acerca a una situación difícil para el Estado, que simultáneamente se encuentre obligado frente a la CE y frente al sistema convencional; porque ¿cómo no prever una situación en la cual, un Estado mediante un mismo acto nacional o norma vulnere los principios comunitarios y se encuentre por lo tanto sujeto a una sanción de nulidad o inaplicación? Y por otro lado, el TEDH declare que sus actos nacionales se apegan estrictamente a los derechos derivados del Convenio, o viceversa?

En este supuesto, el gobierno se encuentra en una situación de incertidumbre sobre qué señalamiento debiera dar cumplimiento; en definitiva una situación por lo demás irregular en términos jurídicos, y que por lo demás, provoca, naturalmente, una confrontación entre ambos órganos, y en última instancia, la posibilidad de que principios de interpretación contrarios subsistan en materia de derechos fundamentales. ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario, Sistema Constitucional...* Op. Cit. Pág. 621 y ss.

¹⁸⁴ Si bien, esta delimitación de derechos también presenta muchos problemas al ser constituido. Ya el Tribunal determinó (*Airey c. Irlanda*, 1979, A.32 y 1981, A. 41) que, muchos de los derechos civiles y políticos enunciados en el texto del Convenio, tienen una prolongación de orden económico y social que hace nulas las interpretaciones estrechas que se haga de los mismos, ya que nada separa la esfera de los derechos económicos y sociales del dominio del Convenio, se trata por lo tanto de hacer efectivos los derechos protegidos en concreto. Así, se sostuvo en este caso que, la responsabilidad de un Estado Parte puede incluso, determinarse a través de la existencia de legislación que permita una violación de un derecho garantizado en el Convenio. De modo que, la violación es igualmente posible por injerencia del Estado, o por omisión de garantizar la seguridad plena de los derechos. Esta delimitación en el sistema interamericano de derechos humanos cobra especial importancia, sabida cuenta de las precarias condiciones en que vive la mayoría de la población en esos países, y de las obligaciones consagradas en el Protocolo de San José, de garantizar los derechos económicos y sociales, necesarios para un desarrollo equilibrado y justo); lo que da lugar a una definición más amplia de responsabilidad a través de derechos intangibles y derechos condicionados o indirectos, que, como tales, son el reflejo de otros derechos garantizados expresamente en el texto del instrumento.

Estado Parte; es decir, el Tribunal reconoce que el Convenio es aplicable, en cualquier país que lo haya incorporado dentro de su ordenamiento jurídico positivo (o incluso dentro de relaciones intersubjetivas individualizadas), pero, únicamente tiene competencia para conocer de los casos que se susciten en el seno de los países que se han obligado directamente con el Tribunal.

Todo lo anterior, pudo haberse visto afectado radicalmente, de haberse aceptado la adhesión de la Comunidad - como Alta Parte contratante - al Convenio y su sistema jurisdiccional. Ya que dicho planteamiento habría resultado en una eventual potestad del Tribunal, para juzgar sobre cualquiera de las aplicaciones que del Convenio se hicieran en el Continente. Sin embargo, esta claro que ello hubiera supuesto una relativa sujeción de Tribunal de Justicia, al TEDH; lo que además de impedir la configuración vía pretoriana de los derechos fundamentales en el marco comunitario, se traduce en una transformación política y jurídica de los escenarios europeos, difícilmente aceptable por los Estados Miembros de la Comunidad Europea. Esto llevó a que - en última instancia - el propio Tribunal de Justicia, tuviese que pronunciarse negativamente sobre la competencia de la Comunidad Europea, para adherirse como Alta Parte Contratante al Convenio¹⁸⁵.

3. 4 Las partes en el juicio.

Una vez asumido, que la competencia del TEDH, se limita única y exclusivamente a la interpretación y aplicación de los derechos contenidos en el propio Convenio, habrá que ir delimitando paso a paso, quienes son los sujetos legitimados ante éste. Como se desprende del artículo 1º del Convenio, "las Altas Partes

Para un estudio más detenido (que no es posible en el presente estudio, en razón de su amplitud y riqueza), de la jurisprudencia europea e interamericana, que también se rige por los mismos criterios; Vid SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme...*Op. Cit, pág. 184 y ss.

¹⁸⁵ Con independencia de que trataré en detalle este tema mas adelante (específicamente la relación entre los organismos comunitarios y el TEDH en la Parte III inciso (c) de este trabajo); esto quedo sentado - no sin levantar una gran polémica - en el Dictamen 2/94 del 24 de marzo de 1996 del TJCE, de cuyo texto se desprende que la Comunidad carece de competencia para adherirse como parte al Convenio; sobre la base del artículo 235 del Tratado de Roma. Vid SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme...*Op. Cit, pág. 96 y ss.

Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I "; De aquí que la legitimación plena descansa sólo en las administraciones de los Estados Contratantes y en los individuos sujetos a su jurisdicción, como ya se expuso anteriormente.

En el instrumento jurídico se comprenden: el derecho a la vida; la prohibición de tortura; la prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado; el derecho a la libertad y a la seguridad; el derecho a un proceso equitativo; el principio *nulla poena sine lege*; el derecho al respeto a la vida privada y familiar; la libertad de pensamiento de conciencia y de religión; la libertad de expresión; la libertad de reunión y de asociación; el derecho a contraer matrimonio; el derecho a recurso efectivo; la prohibición de discriminación; la derogación en caso de estado de urgencia; las restricciones a la actividad política de los extranjeros; la prohibición del abuso de derecho; y la limitación de la aplicación de las restricciones de derechos. En este sentido el Protocolo 11, no hace mas que introducir los encabezados de cada uno de los derechos contenidos, ampliando únicamente el texto y sus nominaciones, más no interfiere con los derechos subjetivos propiamente contenidos en dicho Título.

Sin embargo, el Título II, introduce en los artículos 33 y 34 la competencia del Tribunal para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos, que le sean sometidas por una Alta Parte Contratante (Asuntos entre Estados) o bien a través de una demanda individual; esto es, una demanda "... presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolo¹⁸⁶".

¹⁸⁶ Artículo 34 del Convenio. Todo lo anterior, tomando en cuenta las connotaciones tan variadas que puede tener la noción de víctima en la jurisprudencia del Tribunal; o bien de tercero perjudicado o interés difuso; conceptos éstos que servirán mas tarde para calificar la admisibilidad de una demanda individual ante el Tribunal. (Artículo 35 *Condiciones de admisibilidad*. "). Vid respecto a la utilización del artículo 34 a LAMBERT, P., (dir.) *Les bénéficiaires du droit de recours*, en *La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n°11*, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 1999.

Ello quiere decir, que se reconoce -sin necesidad de cláusulas facultativas- la titularidad inmediata de derechos por parte de una persona física desde la perspectiva del Derecho Internacional¹⁸⁷.

3. 4. 1 SOBRE EL IUS STANDI CONFERIDO Y LOS NUEVOS DERECHOS SUBJETIVOS.

Queda claro como la efectividad de la jurisdicción internacional en el plano subjetivo, se ha visto claramente enriquecida con los recientes avances en el Protocolo 11; por una lado y, tomando en cuenta la desaparición de cláusulas facultativas, la accesibilidad del sistema para con los individuos sujetos a la jurisdicción del Tribunal es ahora plena y obligatoria para los países¹⁸⁸.

Los avances en materia procesal se reflejan en gran parte, con la aparición de instrumentos tendientes a garantizar una serie de derechos para *el individuo-demandante*, para evitar todo tipo de represalias al quejoso en su país de origen¹⁸⁹.

¹⁸⁷ ALVAREZ- OSSORIO, F., Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo de enmienda N° 11 al C.E.D.H y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1 de noviembre de 1998), Revista Española de Derecho Constitucional, (N° 56) 1999. Págs. 135-165

¹⁸⁸ Aún cuando se supone, que la asunción plena de *locus standi* fue conferida en virtud del Protocolo de enmienda N°9; no es menos cierto, que la decisión de aceptar recaía, finalmente, en la voluntad del Gobierno para aceptarlo. ALVAREZ- OSSORIO, F., Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo de enmienda N° 11 al C.E.D.H y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1 de noviembre de 1998), Revista Española de Derecho Constitucional, (N° 56) 1999. págs. 135-165.

¹⁸⁹ Es así como se desprende del *Acuerdo Europeo relativo a las personas que participen en procedimientos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, documento publicado por el Consejo de Europa en su versión oficial en inglés y francés, únicamente (En la dirección electrónica <<http://www.coe.fr/fr/tx-tjur/161fr.htm>> buscar por *Agreement Relating To Persons Participating In Proceedings Of The European Court Of Human Rights, Strasbourg*, 5 de marzo de 1996 y entró en vigor el 1 de enero de 1999; para un ejemplar en español en versión no oficial, vid. la traducción de GONZALEZ VEGA, A., *Derechos humanos Textos internacionales*, Tecnos 3era. Edición, Madrid, 1999).

En éste encontramos, que para una más amplia inmunidad nacional al accionar el mecanismo europeo de derechos humanos, se hace la siguiente afirmación en su Preámbulo: " *Considering, in the light of this development, that it is advisable for the better fulfilment of the purposes of the Convention that persons taking part in proceedings before the Court be accorded certain immunities and facilities...*"; con lo cual se intenta garantizar que, con relación a las intervenciones (tanto orales como escritas); documentos, o cualquier otra prueba prestada frente al TEDH, el demandante goce de cierta inmunidad, con respecto de procedimientos

Porque como sostiene AGUILAR NAVARRO, M., "...la conclusión a la que forzosamente tenía que llegarse puede expresarse en estos términos: no existen razones sustanciales, ni exigencias que deriven de la naturaleza de Derecho internacional, que impidan reconocer, en su día, el hombre como titular de un estatuto internacional. El problema es técnico de institucionalización, de perfeccionamiento del Derecho internacional"¹⁹⁰

Por otro lado, el avance socio-jurídico del Convenio y de la jurisprudencia emanada del TEDH, es verdad que tiene la labor de ir "humanizando las constituciones" de las Altas Partes Contratantes, en una especie de proceso recíproco de influencias; por encima de un delimitado marco geográfico¹⁹¹. Lo cierto es que los avances en materia de *locus standi*, y los derechos de las partes para oponerse a la elevación ante la Gran Sala, fueron consideraciones que dejan entrever una elevación progresiva de los derechos individuales durante los juicios en la esfera internacional.

En este sentido parece ser, que de lograrse reducir los largos periodos de espera para resolver una demanda - producto de la sobrecarga de trabajo en el Tribunal - podrá hablarse en ese momento, de un proceso judicial plenamente transformado, con una serie de garantías incontestablemente positivas, que hacen que, por muy criticables que fueran las reformas en un plano teórico, no dejen mucho margen de abstracción en el ámbito estrictamente procesal y /o judicial, en lo que se refiere a la esfera inmediata de derechos subjetivos, de la parte demandante.

3. 5 Los refrendarios y el Comité de Ministros

Como ayuda a los "grefes" o Secretarios del Tribunal, el Convenio regula la existencia de una nueva figura, la de los "référéndaires" o tetrados, los cuales les

legales nacionales, mientras que dura el mismo; aunque éste estuviera bajo custodia de las autoridades o incluso, detenido preso (artículos 2 y 3 del Acuerdo). Mediante estos lineamientos, se intenta que el demandante ante Estrasburgo, no tenga interferencia alguna de las autoridades públicas del Estado al que demanda, así como también sirven para prever, que su traslado desde y hacia el Tribunal, sean lo suficientemente seguros y garantistas de la integridad del individuo querellante. Dichas inmunidades y facilidades se extenderán hasta quince días después de su última comparecencia frente al Tribunal, y éste será el único que pueda levantar dichas condiciones por considerar que impiden el curso de la justicia ("*impede the course of justice*").

¹⁹⁰ Citado por ALVAREZ- OSSORIO, F., Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo...Op. Cit., en *Curso de Derecho Internacional Público*, t. II, 1954, págs. 189-190.

"asistirán" en el ejercicio de sus funciones¹⁹². Sin embargo, el Reglamento del Tribunal, no especifica claramente en que consiste dicha asistencia, ni como estarán relacionados esos letrados con los Secretarios, o bien con las Salas.

Si tomamos en cuenta que los letrados gozan de una posición lo suficientemente independiente con respecto a las demandas que llegan al TEDH, y al conocimiento de

¹⁹¹ Ídem.

¹⁹² Artículo 25 del Convenio. No obstante lo cotidiano que resulta esta determinación, lo cierto es que el término de "*référéndaire*", nos ofrece dificultades al momento de su traducción, y es susceptible de confusión, si tomamos en cuenta las únicas traducciones existentes del Convenio, SANCHEZ RODRIGUEZ- GONZALEZ VEGA, *Derechos humanos Textos internacionales...* Op. Cit.; y el BOLETÍN DE INFORMACIÓN del Ministerio de Justicia, N° 1830, *dedicado al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 1998.) se refieren a estos como "refrendarios", siendo, a mi parecer, el término más exacto para comprender su actividad, el de "letrado" (como los denomina PETZOLD, H., *El Nuevo Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Liber Amicorum Hector Fix Zamudio, Vol II, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998. Págs. 1256-1269).

Por lo tanto, como se desprende del artículo 25 del Convenio "El Tribunal tendrá un Secretario cuyas funciones y la organización de su oficina serán establecidas por el Reglamento del Tribunal. Estará asistido por refrendarios"; es de pensarse que de la anterior frase, no se desprende que entre las funciones de los "*référéndaires*" este el "refrendar" (propriadamente) algo anteriormente concluido, o bien firmar algún documento en señal de aprobación, sentido, que se desprende de la actividad de refrendar, según las siguientes definiciones consultadas: Según el diccionario María Moliner el refrendario es un funcionario que refrenda; Según la Real Academia Española (*Diccionario de la Lengua Española*, vigésima primera edición, 1992.) "el que con autoridad pública refrenda o firma, después de un superior, un despacho"; y, ya que el término proviene del francés "*référéndaire*", es preciso señalar que en este idioma (en el *Dictionnaire Juridique* de JORDANA DE POZAS, L Y MERLIN, O., Ed. Navarre- Paris, 1968; GACÍA PELAYO- TESTAS, *Laousse Moderno*, París -Barcelona- Buenos Aires- México, 1989; *Langenscheidt*, Diccionario Moderno, Madrid, 1986.) éste termino responde a " refrendario, censor. *conseiller référéndaire a la Cour des Comptes*: magistrado del Tribunal de Cuentas que examina y censura las cuentas públicas"; a su vez, cuando se explica del castellano al francés, al termino refrendar, se le confiere el significado de *conteseigner*, o *corroborer, confirmer*; con lo que se puede pensar que quien refrenda debiera ser llamado *contresignataire*; y ser posible que, el refrendo se refiera a múltiples actos administrativos, como pueden ser: refrendo ministerial; visado del pasaporte; legalizaciones; ratificación de leyes; afianzar (económicamente); e incluso, con relación a leyes sometidas al refrendo popular. De la misma forma, hay quien traduce (LE DOCTE, E., *Diccionario de términos jurídicos en cuantro idiomas*, Maklu Uitgevers-Civitas, Antwerpen-Madrid, 1987.) del francés *contreseing, contresignature*, a "contrafirma y refrendo" (en inglés *countersignature*); al igual que *référéndaire, conseiller rapporteur a la Cour des comptes*, como "magistrado en Francia del Tribunal de cuentas que examina y censura las cuentas públicas". En conclusión, todas las figuras se identifican con una misma persona, el "refrendario", quien actúa mediante el acto de "*refrendar*" y, mediante "*refrendo, contraseña, contrafirma, firma*", por lo tanto, y como las actuaciones de los llamados "*référéndaires*" nada tienen que ver con la ratificación o el Tribunal de Cuentas francés; es preciso utilizar al respecto el termino *letrado*, en tanto que "funcionario de formación jurídica, o abogado titulado en derecho".

las mismas, en las Salas (ya que no tienen lugar para decidir sobre el fondo del litigio); parece ser que éstos funcionarios se presentan como idóneos para llevar a cabo las negociaciones relativas a los arreglos amistosos¹⁹³. Ya que es de suponerse que, ello evitaría que los Jueces en funciones, conocieran con carácter previo y no contencioso el informe de hechos previo al juicio. Correspondiéndoles la tarea de intentar evitar que la demanda sea conocida en juicio por un Juez ordinario del Tribunal, y alcanzar un acuerdo entre las partes (conforme a lo establecido previamente respecto de los arreglos amistosos y acuerdos equitativos a la conclusión de los mismos).

De modo que, posiblemente, el Tribunal, cuando sus funciones se hayan normalizado (quiero decir, que corra el plazo al que se refieren los artículos transitorios), estime conveniente encomendar dichas tareas a la nueva figura de letrado¹⁹⁴.

Sobre como se relacionan las figuras de letrados, Secretarios, y Jueces, es decir como se establece la estructura jerárquica entre éstos y frente al propio Tribunal, el Convenio no hace referencia alguna, aunque es de pensarse, que si no existe determinación expresa hacia los Secretarios o letrados, éstos comprendan un cuerpo autónomo de las Salas¹⁹⁵, y que por lo tanto no se encuentren adscritos para con un determinado juez o una determinada Sala. Éste mecanismo, además, podría pensarse que es el mas favorable, para poder constituir un cuerpo de abogados, que se encuentren inmersos en la totalidad de los casos que llegan al Tribunal (y no específicamente a determinadas materias, o a determinados razonamientos por parte

¹⁹³ De hecho, en el Informe explicativo al que nos hemos venido refiriendo, se hace mención al artículo 38 relativo al arreglo amistoso; y se propone, que los Secretarios (y consecuentemente los letrados que les asisten) puedan tener un papel importante en el desenvolvimiento de las negociaciones con estas finalidades; claro está, con arreglo a lo establecido en el artículo 17 del Reglamento, el cual delimita puntualmente sus funciones y capacidades discrecionales, así como la organización de la Secretaría a su cargo. BOLETÍN DE INFORMACIÓN del Ministerio de Justicia N° 1830 (dedicado al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 1998.

¹⁹⁴ FROWEIN, J., CONSEIL DE L' EUROPE, *8e Colloque International sur...Op. Cit.*

¹⁹⁵ Al menos eso es lo que puede desprenderse del Informe explicativo del texto del Protocolo, donde, esta claro que la primera parte del artículo 25 confirma la situación previamente existente del sistema de Secretarios (conforme a las antiguas normas reglamentarias, específicamente los artículos 11 y 12 del antiguo Reglamento del Tribunal); por su parte, la nueva provisión introducida en la última parte del artículo 25, existe para asegurar que todos los miembros del Tribunal puedan, si así lo desean, ser asistidos por letrados.

de algunos jueces), lo que sería un gran avance para la jurisdicción internacional de derechos humanos, así como para el propio Tribunal, ya que no hay que olvidar, que si bien, estos funcionarios no cuentan con capacidad para conocer y decidir sobre el fondo de la demanda; es de reconocerse, que pueden ser de gran ayuda para la funcionalidad del Tribunal, y de manera decisiva, incluso, pasar a ser parte del cuerpo judicial del mañana, tanto en sus países de origen, como dentro del mismo cuerpo judicial en Estrasburgo.

3. 5. 1 EL COMITÉ DE MINISTROS

Hemos ya recordado, como dentro de esta misma estructura renovada, existen cambios sustanciales que afectan profundamente al Tribunal e incluso al sistema europeo de protección de derechos humanos en su totalidad, Así la reforma a tratar en este caso, implica dos cosas importantes, por un lado entraña la completa juridificación del procedimiento en el TEDH, y por otro, elimina los elementos de politización que venía arrastrando el Tribunal desde hacía décadas.

Es bien sabido que, anteriormente, la conclusión de la fase inicial del procedimiento, se dejaba en manos de un órgano de naturaleza esencialmente política y diplomática, el Comité de Ministros del Consejo de Europa¹⁹⁶. El haberlo desprovisto de su autoridad decisoria durante el procedimiento contencioso, (desempeñando ahora, funciones de naturaleza únicamente ejecutivas: velar por el exacto cumplimiento de las resoluciones por parte de los Estados contratantes), garantiza una completa independencia de una instancia política por excelencia¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Y así lo dejaba establecido la antigua versión del Convenio en sus artículos 31 y 32, donde se desprende que, el informe que redactase la Comisión para determinar si existía una violación a los derechos derivados del Convenio, debía ser transmitido al Comité de Ministros, quien dentro de un periodo de tres meses decidía (por voto mayoritario de dos tercios de los representantes con derecho a formar parte de él), si había habido o no violación del Convenio. Para luego en el caso afirmativo, presentar un plazo al Estado responsable para que tomara las medidas pertinentes; obligándose -lógicamente- las altas Partes Contratantes, a considerar como vinculantes todas aquellas decisiones que el Comité de Ministros tomase en virtud de esas competencias.

¹⁹⁷ Aunque no se debe olvidar, desde una perspectiva realista, que dichos controles políticos, existen, ya sea expresa o tácitamente; en mayor o menor medida, en todo Sistema Internacional de derechos humanos que obligue, o bien pretenda obligar, a Estados soberanos a cumplimentar una resolución dictada en su seno. En vista de que no existe un orden supranacional coactivo mediante el cual sea posible garantizar el respeto de obligaciones internacionales, deberá existir - indefectiblemente - una negociación o un consenso de carácter

El Convenio, también reconoce la posibilidad de que el Tribunal emita opiniones consultivas, pero estas "... no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o extensión de los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio y sus Protocolos", tampoco así, frente a cuestiones resultado de "...la presentación de un recurso contemplado por el Convenio...". Artículos 47 y 48 del Convenio; así, una de las facultades más importantes - e irónicamente mas ignoradas- del Comité de Ministros, es la facultad que tiene de accionar la competencia consultiva del Tribunal; "El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos..."¹⁹⁸.

En mi opinión, el recurso de las opiniones consultivas es un método importante, pero discreto de penetración en los ordenamientos jurídicos nacionales; además de ser políticamente más popular, dado que no tiene fuerza vinculante propiamente dicha, al no ser un fallo que directamente condene una violación dentro del gobierno de la Alta Parte Contratante. Sin embargo, si existe la obligación de todos los Estados en el sistema convencional de no contradecir y "tomar en cuenta" en la medida de sus posibilidades, la interpretación hecha por el órgano jurisdiccional.

He llamado la atención sobre las diferencias cualitativas que existen en esta materia en el Sistema Interamericano, aún así, (y sin obviar las dificultades prácticas de ejecución por las que atraviesa ese Tribunal) me parece que éste desempeña en materia consultiva, una labor importante de interpretación.

El saber, si una determinada norma o acto nacional, funciona con apego al texto (o textos) de derechos fundamentales vigentes en un determinado país, puede suscitar cambios importantes en la cultura jurídica del lugar - especialmente si nos referimos a aquellos países en que por razones que ahora no nos interesan, no ha podido nacer hasta el momento una cultura democrática de los derechos fundamentales- procurando con esto, que tanto juristas como no juristas se familiaricen con las instituciones

político, que permita insertar un determinado sistema al orden internacional positivo. Sin éstos métodos, resulta casi seguro que ningún Estado estaría dispuesto a obligarse; de modo que, a mi parecer, es necesario un marco de flexibilidad que permita la coexistencia de figuras políticas, siempre y cuando, se pueda asegurar que éstas no intervendrán en el proceso decisorio de las demandas.

¹⁹⁸ Artículo 47 del Convenio. Cabe sin embargo, preguntarse, porqué continua siendo ésta una facultad exclusiva del Comité de Ministros.

internacionales; con la forma en que éstos expresan sus fallos; o bien simplemente contribuiría a propagar una más amplia cultura jurídica en la materia, provocando con ello que sus ciudadanos fueran conscientes, de la calidad de protección a que pueden acceder, una vez que sus países se han comprometido a ser parte en el Convenio.

Además, estas opiniones consultivas, me parecen una buena alternativa para evitar una avalancha importante de demandas, por parte de algunos Estados; si, políticamente se diera mas importancia, a que determinados países sometieran sus ordenamientos a opiniones consultivas del Tribunal, ello evitaría que las mismas interpretaciones (y sobre los mismos derechos) fueran rendidas en una multiplicidad de casos, en contra de un mismo país. De modo que nos encontraríamos, frente a un inminente desahogo del trabajo en las Salas del Tribunal, y - lógica y consecuentemente- con resoluciones mucho mas enriquecedoras, propias de un Tribunal con el prestigio de Estrasburgo en su ejercicio jurisdiccional contencioso, y no con un sin fin de resoluciones, casi automáticamente formuladas.

CAPITULO IV. Valoración de las reformas efectuadas

4. 1 Recepción de las reformas en el renovado contexto europeo. De la reticencia de los Estados integrados

Uno de los puntos más importantes y novedosos de la nueva estructura jurisdiccional europea, es que contiene en su seno a los llamados **PECO** (países de Europa central y oriental), todos los cuales, sin excepción firmaron el Protocolo de enmienda N°11, inmediatamente el 11 de mayo de 1994; lo que sirve como prueba, del gran interés en contribuir a la puesta en marcha del texto¹⁹⁹. O bien, de la presión política ejercida sobre éstos, para que se comprometieran a ir cumpliendo con los cánones establecidos por los demás países con una tradición democrática añeja.

De modo que, cualesquiera que fuesen las razones a considerar para su entrada en el sistema convencional, queda claro que "cada vez más, estas jóvenes y a veces frágiles democracias, con problemas económicos serios, buscan en el Convenio, una guía al esbozar sus constituciones (si bien, primero por el cauce político del Consejo de Europa) como puente de entrada hacia una comunidad de Estados que son gobernados de forma democrática".

Incluso "tribunales en otros continentes, buscan imitar los criterios de interpretación plasmados en los fallos del TEDH", por lo que se puede concluir que las repercusiones de este sistema decisorio, alcanzan más allá de las fronteras trazadas por sus Estados miembros. Lo que tiene como consecuencia, una mayor responsabilidad intrínseca, que entraña un carácter de autoridad judicial extra territorial, a decir de su rol *constitucional* en el interior de la Europa occidental²⁰⁰.

Sin embargo, es muy importante no creer que las reformas vienen a desaparecer las fallas del antiguo sistema, como también lo es, pensar que el cambio en las

¹⁹⁹ ARRIAGA, I.- ZOCO, C., *La reforma del Sistema de Protección de los derechos del hombre instaurado por el Convenio Europeo de 1950: El Protocolo N° 11*, Persona y Derecho (Suplemento Humana lura de derechos humanos), 1995 (N°5), págs. 11-50.

²⁰⁰ RYSSDALL, R., *Opinion: The Coming of Age of the European Convention on Human Rights*, *European Human Rights Law Review*, 1996 (N° 1), págs. 18-29.

situaciones geográficas de Europa, va a desvanecer o a desaparecer todo el esfuerzo hecho a lo largo de casi 50 años²⁰¹.

Por ello, es preciso dar la justa importancia a aquellas especulaciones sobre el desarrollo que tendrán los - recién llegados- Estados, así como sus ordenamientos jurídicos, al insertarse dentro del Consejo de Europa, y, mas específicamente dentro del Tribunal. Es verdad que en un principio la preocupación central de los miembros del Consejo de Europa, radicaba en determinar cuál era la influencia del mismo, y como se representaba en los ordenamientos jurídicos de estos países la influencia intentada - a través del Convenio -. Sin embargo con el paso del tiempo, y una vez que se acordó encomendar como tarea al Consejo de Europa, velar por la compatibilidad de aquellos ordenamientos nacionales con los "*estándares europeos mínimos*", la cuestión fue determinar como la entrada en juego de una serie de nomenclaturas jurídicas provenientes de familias jurídicas distintas (el Derecho y el Estado Soviético), influenciaban a los límites ya consolidados en el panorama europeo. Es decir, si aquellas viejas categorías jurídicas - casi homogéneamente aceptadas entre los países miembros- se viesan de algún modo afectadas, al ser contrapuestas con otras, menos conocidas.

Probablemente a esta altura, sea necesario hacer un esfuerzo de honestidad, para reconocer que las reticencias de los países europeos en su mayoría, no son tanto producto del temor a que las demandas que lleguen al Tribunal, "sobrepasen la capacidad humana y técnica" del mismo, realidad que por lo demás, ya es corroborable²⁰². Bien entendido, éste es un serio problema - independientemente de los PECO's - que habrá que afrontar mediante inteligentes métodos de resolver los casos; y principios de economía procesal efectivos, que resulten bien recibidos dentro del sistema convencional.

²⁰¹ Es decir, ello no debiera usarse como pretexto para diluir los estándares mínimos de protección alcanzados, sino mejor, para acrecentar la labor que puede garantizarse en estos niveles de protección.

²⁰² Hay quien decididamente sostiene que, si bien, las razones básicas que dieron lugar a las reformas, fueron la necesidad de reformar la maquinaria europea de protección -a más efectividad y productividad- ello no quiere decir que, al menos en los primeros años de operación, las reformas procesales realizadas, logren reducir el tiempo con que se decide sobre un determinado caso (y consecuentemente podemos pensar que tampoco representan una mejoría cualitativa del anterior sistema en este sentido).

El problema es que existe, hoy, un temor implícito a que una serie de interpretaciones de derechos humanos (que están íntimamente relacionadas a la ratificación de nuevos países del Convenio y los órganos convencionales) afecten de alguna manera la dinámica doctrinal alcanzada. De ahí que no deje de sorprender que las viejas democracias occidentales, se resistan tan explícitamente a ser parte formalmente, de un mismo sistema que abarque a tantas y tan diferentes culturas jurídicas y políticas; a lo que además, debemos añadir que, a lo largo de la historia del continente europeo, nunca han sido trazadas claramente las líneas que dividen una "Europa" de la otra, o mejor dicho, a Europa del resto del continente²⁰³.

A este respecto es preciso traer a colación la intervención de SUCHOCKA, H., reconocida jurista y ex primera ministra polaca, quien insta de forma muy esquemática, a plantearse los puntos de convergencia en ambas tradiciones jurídicas, y, sobre los cuales se erigen los sistemas jurídicos de un país - independientemente de los sistemas

²⁰³ ROWE N.- VOLKER S., *The Protection of Human Rights in Europe...* Op. Cit.

Delimitación que no se ha logrado, ni siquiera geográficamente, como lo han hecho notar numerosos historiadores y estudiosos del pensamiento filosófico, a lo largo de todo el siglo XIX: "El continente europeo no está bien delimitado desde el punto de vista geográfico. La cordillera de los Urales no alcanza en su cota más alta los dos mil metros y es fácilmente accesible desde cualquier vertiente. Realmente, Europa es una península de Asia y la separación entre los dos continentes se debe más a factores históricos y culturales, que a criterios geográficos. Asimismo, son consideraciones políticas y no geográficas las que separan "Europa Occidental" (zona del continente europeo desde Escandinavia hasta el Mediterráneo) de "Europa Oriental" (línea imprecisa que comienza en la frontera ártica entre la URSS y Noruega, baja por Finlandia y el Golfo de Bosnia, atraviesa Alemania y termina en los Balcanes y el Mar Negro), surgidas de los acuerdos de Yalta y Potsdam". RUILOBA ALVARIÑO, J., *Del Paneuropeísmo al Consejo de Europa*, Revista Estudio Carande, 1999 (Nº 3), págs. 179-202.

En este mismo sentido JASPERS, K., advierte "¿Será, acaso, la pequeña península que el continente asiático proyecta hacia el océano Atlántico? ¿Será un principio espiritual nacido sobre este suelo, el principio de Occidente? En este último sentido, Europa ha comprendido en la antigüedad la comunidad cultural greco-romana que vivía en torno al Mediterráneo. En la Edad Media, se extendía tanto como en la Cristiandad: entonces la Cristiandad fue Europa. Pero en la época moderna, Europa designó, en sentido geográfico, la tierra que se extendía hasta los Urales, y en sentido espiritual la unidad que se apropió del globo por colonización, en el momento en que el hombre blanco hacía valer en todo lugar su privilegio. Europa es un pequeño dominio geográfico pero también el lugar de origen de cierto número de principios que han reinado en el mundo; de ahí que estaría presente en cualquier lugar en donde exista cultura bíblica y cultura griega, y no debe excluirse de esta a Rusia ni a América." BENDA - FLORA - SALIS - GUÉHENNO - ROUGMONT - LUKACS - SPENDER - BERNANOS - JASPERS, *El Espíritu Europeo*, presentación de Julián Marías, Ediciones Guadarrama, Madrid, 1957, págs. 61 y 285. De igual manera coinciden BARRACLOUGH, G., *History in a changing world*, University of Oklahoma Press, Great Britain, 1955. Página 169; y FUSI AIZPURÚA, J.P., *Manual de Historia Universal*, vol. 8, *Edad Contemporánea, 1.898 - 1.939*, Historia 16, Madrid, 1.997. Página 185.

económicos y políticos que los rigen -. Si bien, los sistemas socialistas y su jerarquía en materia de derecho, no nos resultan del todo sorprendentes²⁰⁴, es preciso abordar este tema preguntándose cuales son las metas del Consejo de Europa, y del mismo modo, cuales son sus principales preocupaciones, en el sentido de cuáles considera que son los derechos que necesitan de mas protección en la esfera individual²⁰⁵. Con ello, es muy probable, que nos encontremos con que si bien, existen diferencias considerables entre el derecho europeo de los derechos humanos y el "nuevo derecho europeo de los derechos humanos"²⁰⁶ - ahora en proceso de gestación -, las inconsistencias no son producto de una falta de voluntad de los países recién llegados, sino más bien, de una sujeción a viejos esquemas y tradiciones jurídicas, que probablemente tarden muchos años en normalizarse²⁰⁷.

4. 2 La efectividad de la jurisdicción internacional en el plano subjetivo. Accesibilidad

Esta nueva concepción, o condición de los órganos convencionales, no debiera usarse como pretexto para diluir los estándares de protección mínima, que se han ido construyendo a lo largo de estos años, por el contrario, habrá que evaluar pronto la

²⁰⁴ Bien entendido, el Consejo de Europa nace como un sistema individualista de protección de derechos del individuo, frente al Estado; y los derechos soviéticos tienen un procedimiento inverso de positivización donde los derechos de la colectividad se encuentran por encima de los derechos del individuo. SUCHOCKA, H., Rapport- CONSEIL D' EUROPE, *8e Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme-Budapest septembre 1995*, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, 1997 (Vol. 38A), págs. 103-112.

²⁰⁵ Ya que como sostuvo la Comisión en el asunto Austria vs. Italia (*Requête* n° 788/60, vol. IV, págs. 139-141), los Estados del Consejo de Europa no se han obligado frente al Convenio para perseguir sus intereses nacionales respectivos, sino para llevar a cabo los objetivos e ideales del Consejo de Europa, plasmados en su Estatuto, para lograr instaurar un orden público comunitarios común de tradiciones políticas, de ideales, de libertades y preeminencia del derecho. En definitiva, y como lo reafirmó el propio Tribunal en el año 1978 en el caso Irlanda vs. Reino Unido (serie A, N° 25, par. 239), para crear obligaciones objetivas que en los términos del Preámbulo del Convenio se beneficien de una garantía colectiva.

²⁰⁶ Puntualmente SUCHOCKA, H., señala tres muy importantes: las diferencias respecto de las tradiciones culturales; la prolongada influencia directa de los sistemas de derecho soviéticos; y las dificultades por las que ha atravesado el periodo de transformación de el antiguo al nuevo régimen de derecho. *Idem*.

²⁰⁷ Habida cuenta además de la naturaleza pluriétnica y los problemas de minorías a los que están sujetos la mayoría de estos países. *Idem*.

labor de sostén o ancla democrática, que tiene el Convenio, luego de haberse echado a andar el nuevo sistema de jurisdiccional.

Todo ello cobra aún más importancia, al tratarse los derechos subjetivos, ya que si seguimos la teoría de MAHONEY, P., habrá que sostener que las demandas que tradicionalmente llegaban a Estrasburgo, contenían violaciones de "segundo grado", o violaciones que son consecuencia de una aplicación deficiente del Convenio por parte de los gobiernos, pero que no implican casi nunca, que haya una violación grave o la intención de vulnerar los derechos en el Convenio, por parte de la autoridad administrativa o gubernamental. Lo que hace que los esquemas aparezcan como "poco idóneos", ello es, con pocas - o ninguna- probabilidad de resultar efectivos para los Estados que recién se han obligado al sistema convencional, y que tienen una cultura de los derechos humanos poco desarrollada; por lo que la naturaleza de las violaciones por parte de esos países, sí suele recaer en violaciones graves de los derechos a garantizar por el Convenio, ya sea por desconocimiento o por una falta de rigor en el Estado democrático de derecho.

Lo que deriva en una tensión mucho mayor en las relaciones de las jóvenes administraciones, con el órgano judicial encargado de enjuiciar sus actos²⁰⁸.

En efecto las violaciones graves e innegables de derechos y libertades fundamentales, son por lo general reconocidas y reparadas por la jurisdicción nacional, y es por ello que las demandas que llegan al Tribunal normalmente son casos que se encuentran en el límite de reconocimiento de dicha violación, y por tanto, dejan solo un cierto margen de apreciación al juez para determinar las circunstancias del caso particular²⁰⁹.

Sin embargo, no puede plantearse -a mi modo de ver- un sistema de protección de derechos humanos, que sea reticente a ampliar sus categorías jurídicas y lenguaje jurídico, por miedo a lo que eso pueda conllevar. Por un lado, porque se supone que los fundamentos sobre los que descansa el Consejo de Europa - o debiera descansar- comprenden una cultura de respeto a los derechos fundamentales, es decir, ciertos

²⁰⁸ MAHONEY, P., *Speculating on the future of the Reformed European Court of Human Rights*, HRLJ, 1999 (Nº1-3), pág. 1-4

²⁰⁹ Por ejemplo, en casi la mayoría de los casos presentados ante el TEDH -hasta el fallo 225- las cuestiones se refieren exclusivamente a la duración de los procesos o a la duración de la detención provisional PEUKERT, W., *A propos de la réforme du système...* Op. Cit.

parámetros de protección estandarizados; y por otro, porque éstos no comprenden el ánimo de pertenencia de uno u otro país, y por lo tanto, es de pensarse que debemos ceñirnos a unos esquemas mas objetivos y menos emocionales, de los que actualmente se nos presentan.

Frente al temor insistente por parte de los Estados comunitarios, de que la presencia de los países del antiguo bloque soviético desgasten los estándares mínimos alcanzados mediante fallos notoriamente contradictorios a la tradición occidental²¹⁰; no deja de ser irónico, y debiera traerse a cuento las reticencias expresadas en el marco de la discusión sobre la adhesión de la Comunidad a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo en 1979²¹¹, donde llego a temerse una «tesis comunitaria» preponderante, que afectase a los Estados que sin ser miembros de la Comisión, formaran parte del CEDH, y constituir de este modo minorías de bloqueo; en última instancia asegurándoles la mayoría o simplemente una excesiva representación comunitaria²¹².

Sobre como articular el TEDH con el ordenamiento comunitario - en mejores condiciones - RYSSDALL, sostiene que la única manera de dar, verdaderamente, una proyección amplia y fuerte a la política de derechos humanos en Europa, es mediante la adhesión de la Comunidad Europea al Convenio "... sobre las mismas bases que los Estados contratantes individualmente²¹³"; lo que vendría a subsanar la brecha que,

²¹⁰ Siendo casi imposible que dicha actitud no recuerde a las creencias durante los años cincuenta, en que la propaganda comunista de los países soviéticos, era vista como una amenaza mundial (recordando a SANCHEZ LEGIDO, *La Reforma del mecanismo...* Op. Cit. pág. 34), de la que se tenían que proteger, los gobiernos y los mecanismos internacionales de protección de paz, como si se tratase de un mal endémico, que atacase tanto el derecho material como el procedimental, así como las estructuras gubernamentales que les acompañan, mediante técnicas propias del mas allá.

²¹¹ Puntualmente en el punto 31 del *Memorándum de la Comisión sobre la adhesión a la CEDH*, (recogido en el *Código de la Unión Europea* de GARCÍA DE ENTERRÍA, E - TIZZANO, A - ALONSO GARCÍA, R., Civitas-1era. Ed., Madrid, 1996.);

²¹² Situación que obliga a reflexionar sobre ¿cuáles son verdaderamente los temores del actual Tribunal? Que los PECO's no cumplan las expectativas?, o que se cumplan demasiado rápido las expectativas? Porque parece igual de problemático para los países tradicionalmente miembros del sistema, que la lengua oficial del Tribunal se convierta en el ruso (por ser la lengua madre de muchos de los Jueces que ahora la integran); o que resulte ser que los precedentes sentados por los nuevos Jueces, sean recibidos con beneplácito en las administraciones nacionales, por ser mas equitativas y justas. No es fácil adivinar hacia donde se dirigen los pasos del nuevo Tribunal, sin embargo, se adivinan ya, sectarismos dentro del mismo, que no pueden sino empañar la labor tan objetiva, hasta hora desarrollada.

²¹³ Que probablemente incluiría un juez que se sentase a título de la comunidad, y cuyo ordenamiento jurídico nacional, constituiría en principio todas las directivas comunitarias así

continuamente, se abre entre la política comunitaria en materia de derechos fundamentales y la protección real que se da a los mismos en el resto del territorio europeo, del mismo modo que serviría para ir "comprometiendo democráticamente bajo reglas y principios de protección de los derechos fundamentales a todo el continente europeo".

En definitiva, quien fuera un ilustre funcionario del aparato convencional durante muchos años, opina que el sistema de protección de derechos fundamentales instaurado, no está para que éste sirva de garante o como elemento para mantener la democracia y los principios del Estado de Derecho en los diferentes Estados Miembros del Consejo de Europa; sino mejor dicho, son éstas, condiciones que se presuponen previas a cualquier conocimiento en la esfera supranacional.

Es verdad que habrá que reconocer que, el número de fallos condenatorios rendido por el Tribunal a lo largo de sus actuaciones, está basado en violaciones más técnicas, que son una consecuencia normal de que los estándares jurídicos europeos se encuentran en pleno desarrollo, en camino de su propia madurez, o del hecho de que los órganos convencionales pongan más atención en la parte procedimental que deriva del Convenio²¹⁴; pero ello no quiere decir, que una jurisdicción encargada de proteger los derechos fundamentales, deba rehuir a la idea de que su jurisdicción trate violaciones graves de los ciudadanos -ahora europeos-. Es decir la existencia de una jurisdicción que protegía derechos humanos de segunda generación; la aparición de Estados nuevos dentro de esta jurisdicción, que demuestren un retroceso en la cultura jurídica alcanzada, puede dar pie a dos cosas; o por un lado se acentúa mucho más

como las decisiones del Tribunal de Luxemburgo, a modo de ordenamiento jurídico nacional. Si bien, es preciso no obviar que aquí surgirían problemas técnicos difícilmente salvables, a decir de la regla del agotamiento previo de los recursos internos; la regla de que no podrá existir más de un juez de la misma nacionalidad etc... Sin embargo este tipo de especulaciones han llegado a su fin con el Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de 28 de marzo de 1996, donde se niega la capacidad de la Comunidad para obligarse como Alta Parte contratante sobre la base de la falta de competencia de la Comunidad en materia de derechos fundamentales.

²¹⁴ Al contrario de lo que hace los tribunales nacionales, quienes de pronto, prestan más atención a la parte sustantiva y por ello incurrir en violaciones muchas veces técnicas. PEUKERT W., *A propos de la réforme du système de protection prévu par la Convention européenne des droits de l'homme*, Revue Universelle des Droits de l'Homme, 1992 (N° 7), págs. 217-226

ese retraso con que se resuelven los casos; o bien va a tener que optarse por lo que MAHONEY llama una *selección inteligente* de los casos que ahí son aceptados²¹⁵.

Veremos que, así como el Tribunal supo adaptarse a la aplicación del Convenio, en un momento en el cual se dan también cambios importantes en las estructuras estatales (como por ejemplo el surgimiento y protección de minorías nacionales), es de pensarse que de igual forma, el nuevo Tribunal sabrá adecuarse a las condiciones de un mundo continuamente en cambio, que asuma su posición subsidiaria a lo largo y a lo ancho de Europa, y garantice efectivamente los derechos contemplados en el Convenio²¹⁶.

4. 3 Luxemburgo. ¿Existe una doble esfera de protección de los derechos fundamentales?

4. 3. 1 ARTICULACIÓN, LÍMITES E INFLUENCIAS

Mientras que el derecho internacional continúa siendo básicamente un derechos convencional; el derecho comunitario aunque tiene su origen en Tratados, se encuentra desarrollado ampliamente por las Instituciones comunitarias que disponen de un verdadero poder normativo generador de lo que se ha llamado, el derecho comunitario derivado²¹⁷.

Nace el Tribunal de Justicia de la CCEE, a semejanza de lo que había hecho años antes con la Comunidad del Carbón y el Acero, con la finalidad de asegurar el

²¹⁵ Esta consiste *grosso modo* en dar un tratamiento especial a los casos que provienen de un determinado país, para evitar que el Tribunal vuelva a su estado de retraso con respecto a las demandas recibidas. Se trata de englobar cierto tipo de violaciones, así como cierto tipo de demandas, dentro de un mismo criterio decisorio, para que la etapa de admisibilidad pueda resultar en una cierta economía procesal. Lamentablemente la aplicación de estos criterios, puede dar lugar a que (con relación a países como Turquía, cuyo número de demandas elevadas es sumamente alto y lleva intrínsecas violaciones primarias a los derechos fundamentales) los Comités encargados del examen de admisibilidad, impongan criterios distintos a los anteriormente usados, teniendo como riesgo grave, el incidir en juicios superficiales que atenten contra principios básicos del Convenio. MAHONEY, P., *Speculating on the future of...* Op. Cit.

²¹⁶ RYSSDAL, R., CONSEIL DE L'EUROPE, *8e Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme-Budapest septembre 1995*, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, 1997 (Vol. 38A), págs. 150-196.

²¹⁷ Así puede decirse que, mientras las relaciones del internacional son a través de relaciones de cooperación y coexistencia; las del ámbito comunitario se desarrollan a través de los poderes residuales de los Estados, frente a un poder central creado y creador.

respeto del derecho en la interpretación y la aplicación del Tratado²¹⁸. Y a través de una doctrina bien conocida que se remonta a la década de los setenta, asumió el sometimiento de las Instituciones comunitarias a los derechos fundamentales, configurados a golpe de sentencia por el propio Tribunal que utiliza como fuente de inspiración los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en especial el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Mas tarde esos principios fueron incorporados en el Tratado de la Unión Europea, (y reconocidos luego en Ámsterdam) dando al Tribunal la competencia para defenderlos. Es así como en el derecho comunitario - el TJCEE- para determinar cuando existe una violación de derechos fundamentales en el marco de una controversia que versa sobre materias comunitarizadas, se limita a utilizar el Convenio y la jurisprudencia del TEDH como fuente de inspiración, (esto quiere decir que esta excluido un control superior por parte de Estrasburgo). Las razones para que la relación entre ambas jurisdicciones sea tan competitiva, intentaremos descifrarlas más adelante²¹⁹.

Sabida cuenta de la posibilidad de un doble enjuiciamiento de determinaciones estatales (por el TJCE, o bien por el TEDH) en el marco de sus obligaciones supranacionales o comunitarias, ha habido quienes han sugerido que el TEDH, se imponga como una cuestión prejudicial obligatoria al Tribunal de Luxemburgo, así, cada vez que haya que hacer una interpretación, que implique de un modo u otro, la vulneración de derechos consagrados en el Convenio, se deberá elevar la cuestión al TEDH para que éste determine la aplicación de los fundamentos de derecho de forma exclusiva²²⁰. Sin embargo, esta hipótesis que en principio parece muy razonable, provocaría que la lentitud en los procesos fuese mucho mayor (imaginemos, por

²¹⁸ Los antecedentes se remontan al Tratado de París que instituye la CECA en 1951 (artículo 31); en el Tratado de la Comunidad Económica Europea y Euratom en los Tratados de Roma de 1957 (artículos 164 y ss); así como en el Protocolo del 12 de abril de 1957.

²¹⁹ Lo cierto es que ambos Tribunales (TJCEE y TEDH) son órganos jurisdiccionales que desde su comienzo han procurado hacer más dinámico los instrumentos que les han creado, así el Convenio y el TCC, han sido superados en su contenido y nivel de protección, por sus propios brazos judiciales.

²²⁰ Para procurar que las interpretaciones no se puedan prestarse, como vimos en la Parte III, a contradicciones de hecho y de derecho, donde el Estado doblemente obligado, deba incumplir una de las esferas de aplicación, por contradecirse éstas abiertamente entre sí.

ejemplo, que la cuestión que se eleva a Estrasburgo, ha sido a su vez elevada desde un juicio ordinario en el ámbito nacional, donde surgen cuestiones prejudiciales relativa al derecho comunitario); y posiblemente, menos a favor de la parte afectada, que específicamente en juicios que atañen a los derechos fundamentales, normalmente, vienen cargados de una relativa - si no es que evidente - urgencia²²¹.

De modo tal, que, en última instancia puede darse por parte del Tribunal de Estrasburgo, un enjuiciamiento indirecto del derecho comunitario, que incluso, llegue a afectar a Estados, que, por lo demás, siempre se han mostrado, más reacios, a la aplicación directa del Convenio en su esfera nacional. O, de forma contraria, aquellos Estados, que, sin estar sujetos a un fallo que los vincule en el TEDH, estén sujetos a la aplicación del Convenio, por parte del Tribunal de Luxemburgo, situación que, volviendo al caso de Reino Unido, cobra especial importancia²²².

Esta actitud, además, se propone muy difícil, y en ocasiones, hasta insalvable, ya que es, el propio TJCE, quien ha llegado a afirmar que "... no se encuentra vinculado (con la jurisprudencia de Estrasburgo, derivada de sus autoridades), en la medida en que no esta obligado a tener sistemáticamente en cuenta, la interpretación del Convenio". Hecho éste que como ya se expuso antes, hace que surjan serios riesgos de contradicciones en las interpretaciones de un mismo texto, pero de forma un tanto menos notoria, aunque igual de grave, es sólo lógico pensar que las interpretaciones que se pueden desprender de las fuentes comunitarias (que en principio entrañan, y se crean con fines económicos, que exigen que las determinaciones tengan éste criterio) difieran mucho de las interpretaciones hechas por un Tribunal, cuya única y principal función es la protección de los derechos fundamentales. Así, se preguntan algunos autores, cómo sopesar con la misma interpretación la existencia de políticas comunes que derivan de un mercado común, con una interpretación estricta y en ocasiones exclusiva de los parámetros y circunstancias específicas de los derechos fundamentales en Europa²²³.

²²¹ A la proposición hecha, hay quien contesta mas modestamente, proponiendo una relación más estrecha entre ambos sistemas europeos, que a su vez logre potenciar la actividad consultiva, tan pobremente desarrollada en el sistema europeo.

²²² Por ejemplo Reino Unido, con su *Human Rights Act*. Sobre el instrumento en particular, y el caso de Reino Unido, profundizaré en la Parte V inciso (c).

²²³ ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario, Sistema Constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Colección Ceura –Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

Pero subsisten una serie de criterios que apelan a todo menos a la búsqueda uniformidad. Así, vemos que el propio TJCE, ha reiterado en varias ocasiones, su preocupación por que no choquen los *estándares mínimos* de protección alcanzados a escala nacional (a los que nos referimos más arriba) pero parece un tanto incongruente, que si bien, los principios de derecho comunitario, se supone, que se construyen, por medio de las tradiciones de los Estados Miembros, pareciera obvio que se debe procurar salvaguardar, el límite alcanzado dentro de una serie de principios que se estiman irreductibles²²⁴. Ello se tomaría aún más irónico al tratarse de obligaciones internacionales, como es el caso del el Convenio, donde existe en el texto, una restricción expresa de impedir la aplicación, el respeto o la disminución de cualquiera de los derechos existentes en los países en que se aplica el Convenio, y lógicamente ésta interpretación restrictiva, nunca vendría de la interpretación misma del CEDH.

Estas observaciones cobran aún mayor importancia al reconocer el famoso fenómeno del *spill over* sobre una serie de materias que, probablemente, no se habían pronosticado como *comunitarizables* o bien, que se encuentren sujetas a ser juzgadas por un ordenamiento ajeno al nacional, el internacional de los derechos humanos. Ha de reconocerse, por lo tanto, que a gran parte de los jueces nacionales europeos, sorprende las áreas sobre las cuales se ha extendido la jurisprudencia, tanto de Estrasburgo²²⁵ como de Luxemburgo²²⁶, de ahí que apremie extendermos al tema de un Proyecto Europeo de Constitución Unica²²⁷.

²²⁴ Así lo ha hecho el TJCE, en varias sentencias: *Nold c. Comisión*, 1974, 4/73, Rec. 491; *Hoechst c. Comisión*, 1989, 46/87-227/88, ECR. 2919; *Dow Benelux c. Comisión*, 1989, 85/87, ECR. 3137; *Dow Chemical Ibérica y otros c. Comisión*, 1989, 97-99/87, ECR. 3165.

²²⁵ Vemos por ejemplo, transexualidad o derecho a cambio de sexo (*Van Oosterwijk c. Bélgica*, 1980, A.; *Rees c. Reino Unido*, 1986, A. 106); o homosexualidad masculina y femenina (*Dungeon c. Reino Unido*, 1981, A. 45 y 1983, A. 59); la entrada la permanencia y la expulsión de extranjeros (*Berrehab c. Países Bajos*, 1988, A.138, Abdulaziz, Cabales y Balkandali, 1985, A.94); dentro de el derecho al respeto de la familia, conceptos jurídicos de filiación como: hijo natural o madre soltera (*Marckx c. Bélgica*, 1979, A. 31); entre otros.

²²⁶ A modo de ilustración valga mencionar temas tan áridos como el aborto o el derecho a la información sobre el aborto (*Grogan*, 1991, 159/90, Rec. 4685); libre circulación de extranjeros en territorio comunitario (*Heylens*, 1987, 222/86, ECR.4097); la libertad de expresión en manifestaciones artísticas (*Cinétheque*, 1985, 60 y 61/84,) o bien la libertad en la prestación de servicios (Luisi y Carbone, 1984, 286/82 y 26/83, Rec. 377); entre otros.

²²⁷ Como se hará en la Parte V, inciso (a).

4. 4 De la relación entre los órganos comunitarios, los nacionales y Estrasburgo. Retenciones y futuro próximo

Se puede concluir que la cesión de competencias a favor de organismos supranacionales, no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas a su propio ordenamiento interno, cuando actúan en cumplimiento de sus obligaciones contraídas - ni siquiera frente a organismos comunitarios - ya que también éstas son manifestaciones del poder público y por tanto quedan sujetos a su propia Constitución, así como al resto del ordenamiento jurídico²²⁸.

Frente a ello habrá que tratar la concepción generalizada de Estrasburgo, como "Tribunal Constitucional Europeo"²²⁹; en tanto que funciona como órgano que cuestiona -directa o indirectamente- la validez de legislación nacional, a modo de una jurisdicción constitucional. Esta es una denominación aceptada por los propios países del sistema convencional, el mismo Tribunal se ha hecho acreedor -paulatinamente- de la confianza de los Estados obligados²³⁰; lo cierto es que la aceptación generalizada, de dicha denominación puede sentirse hoy como una realidad europea²³¹.

²²⁸ A modo de ejemplo, la sentencia 64/91, del Tribunal Constitucional Español señala: "Corresponde al Tribunal Constitucional conocer de actos de poder público que, habiendo sido dictados en ejecución del Derecho Comunitario pudieran lesionar algún derecho fundamental.". Lo que de algún modo viene a corroborar lo expresado a lo largo de este estudio: cualquiera que sea el ámbito, frente al cual se obligue un Estado *hacia afuera*, ello no lo libera de sus obligaciones normales de protección, para con sus nacionales; y, habrá que intentar solventar todas aquellas transgresiones a la esfera individual en materia de derechos fundamentales, frente a los Tribunales nacionales, antes de acudir a cualquier instancia supranacional.

²²⁹ En este sentido y conforme a las categorías y características de esta jurisdicción, el sistema Convencional, tiene rasgos que lo hacen difícil de catalogar, conforme a los esquemas de todo sistema constitucional. Por ejemplo en lo que se refiere al ejercicio del poder de revisión, este presenta características de tipo *difuso* (en tanto que es instruable en todos los Tribunales ordinarios); y al mismo tiempo *concentrado* (en tanto que solo existe un Tribunal Europeo, para hacer cumplir el Convenio); de igual forma surgen problemas al tratar el tipo de control que el Tribunal ejercita: es posible concluir que el sistema convencional es un sistema de control constitucional *directo/concreto* (en tanto que un individuo es quien se identifica como la víctima de una violación al Convenio); pero también es verdad que el Tribunal ha aceptado la legitimación de víctimas potenciales en su jurisdicción, al igual que ha aceptado el carácter popular o difuso de una violación (en tanto que se trata de un grupo de personas cuyo ejercicio queda amparado por la mera posibilidad/ riesgo potencial existente, de que una determinada norma, le impida el derecho a la justicia). Vid los controvertidos casos de *Soering v. Reino Unido* (A/161, 1989); y *Open Door Counseling and Dublin Well Woman v. Irlanda* (A/246, 1992). CAMERON, I., *Protocol 11 to the European Convention...* Op. Cit.

²³⁰ CAMERON sostiene que la falta de legitimidad del Tribunal (derivada del hecho de que no es un órgano que pueda ser elegido mediante mecanismos democráticos como el sufragio popular; como si lo son los legisladores), se ve paliada por varios factores: en primer lugar los

Habrá que reconocer, sin mayores consecuencias, que Europa como unidad jurídica, política y económica - y como todos los demás Estados que cuentan con una jurisdicción constitucional- solo tienen lugar para un Tribunal Constitucional, y no varios. Con lo cual, la existencia de dos jurisdicciones - complementarias o no - en materia de derechos fundamentales, que tienen como base el mismo instrumento jurídico a interpretar, las posibilidades son, que surjan enfrentamientos inminentes en el futuro de ambas instituciones.

Y bien, la naturaleza declarativa de los fallos del Tribunal, en un primer momento diferencia cualitativamente esta jurisdicción con la de Luxemburgo -cuyas resoluciones implican una eficacia directa-. Sin embargo si nos atenemos menos a las formas y más a los resultados, es preciso conceder un cierta eficacia directa -implícita- en los fallos del TEDH²³². Aún cuando no hay una obligación directa, derivada de una resolución, de reabrir un juicio en la jurisdicción nacional, lo cierto es que cuando ciertas condiciones han sido satisfechas ante el Tribunal, éste puede considerar necesario que ciertas medidas sean tomadas por el Estado, para remediar y dar aplicación a un determinado fallo dentro de su jurisdicción²³³. Es verdad que esta denominación no se encuentra

Tribunales que normalmente efectúan la revisión constitucional tienen *de facto* un menor nivel de legitimidad democrática, en tanto y en cuanto que corren más riesgo de no ser -totalmente- independientes de la administración (ante lo que trae a colación la famosa discusión de ilegitimidad en la jurisdicción constitucional), y frente a la que se responde a sí mismo sosteniendo lo grave de aceptar que imperase la premisa "*people of the past imposing their will on the people of the present*"; en segundo lugar está la relación derechos fundamentales - legitimidad, de donde extrae que la legitimidad es un elemento que se debe al tiempo, y que depende directamente de la voluntad de los gobiernos de los Estados obligados de constantemente renovar sus categorías jurídicas, sin que medie ninguna imposición directa por parte del Tribunal. En conclusión, existe en la jurisdicción constitucional nacional, un déficit democrático aceptado por los Estados, que se aprecia paralelamente en el Tribunal; aunque depende de los Estados, el margen de apreciación que den a sus resoluciones en su ámbito nacional. *Idem*.

²³¹ Si bien, no sin la resistencia persistente de los llamados *pro-comunitaristas*, quienes insisten en sostener que el orden público europeo, emana principalmente del TJCEE. En este sentido puede verse la intrincada discusión doctrinaria entre GARCIA DE ENTERRÍA, E., COPPEL, J. - O' NEIL, A; y WEILER, J.H.H.- LOCKHART, N.J.S., (*The Extension of the jurisdiction...Op. Cit; The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, CMLR, 1992 (Nº29), págs. 669-692; *Taking Rights Seriously ' Seriously: The European Court and its Fundamental Human Rights Jurisprudence*, CMLR, 1995 (Nº32), págs.51-94.), respectivamente.

²³² CAMERON, I., Protocol 11 to the European Convention...Op. Cit.

²³³ Lo que de darse las condiciones necesarias (claridad necesidad y tiempo), habrá de hablarse de una obligación directa de Derecho internacional (derivada del artículo 46 del Convenio), tendiente a producir que se modifique o se reinterprete, una determinada

plenamente consolidada, en realidad deriva de una doctrina netamente internacionalista; en cambio los autores más "pro-comunitaristas" comentan que la súbita atracción - derivada de la extensión progresiva de competencias de la Comunidad Europea- de funciones en el marco del derecho comunitario (visto el recién reformado Título Cuarto del Tratado de Roma), evidencia ineluctablemente, un mayor ámbito jurisdiccional de las instituciones comunitarias, con lo cual nos encontramos con que, no necesariamente será el TEDH quien marque la pauta del orden público europeo²³⁴.

Mejor dicho, debido a los recientes cambios en las estructuras de corte supranacional, es cada vez más difícil que prosperen mecanismos aislados y hegemónicos. En definitiva, es más probable que se trate de una súbita atracción o transferencia de competencias, de Estrasburgo, hacia Luxemburgo; el verdadero problema estriba entonces en saber articularlos correctamente²³⁵.

Lo cierto es que, independientemente de quien sea el portador del orden público europeo, habrá que llamar la atención sobre los riesgos que se corren, cuando se da demasiada fuerza, a cualquiera de las dos jurisdicciones. Lo cierto es que habrá que evitarse en un futuro dicha posibilidad, mediante un esfuerzo conjunto de los jueces en Estrasburgo y Luxemburgo, de no hacer declaraciones generalizadas en materia de derechos fundamentales, a modo de una "*concepción europea exclusiva*" de los derechos fundamentales. Dicha actitud implica promover la creencia de que existe un límite de aplicación de estos parámetros, lo que en definitiva, no hace sino restringir el ámbito de eficacia de la jurisprudencia que emana del Tribunal, lo que resulta excluyente para aquellos países que no han pertenecido al "club de democracias desarrolladas" desde sus orígenes; postura que, a mi parecer, limita empírica y moralmente las interpretaciones que puedan darse del Convenio.

legislación; lo cual "no se diferencia en forma alguna de los efectos que en un Tribunal Constitucional, tiene una declaración de inconstitucionalidad". Ídem.

²³⁴ No obstante lo generalizado de dicha concepción; incluso el propio TEDH, se ha referido en ocasiones al Convenio como instrumento de "orden público común". Por ejemplo en el caso *Irlanda v. Reino Unido* (A/25, 1978, par. 25)

²³⁵ SUDRE, F., *La Communauté Européenne et les droits fondamentaux après le Traite d'Amsterdam: Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme?*, JCP-La Semaine Juridique édition générale, 1998 (Nº 1-2), págs. 9-16

4. 4. 1 RETICENCIAS

Ya la Comisión de la Comunidades Europeas en el año 1979, propuso como medida para respaldar la práctica y protección de derechos fundamentales, la adhesión de las CCEE al Convenio Europeo en su Memorándum sobre la adhesión de las Comunidades Europeas a la Convención sobre la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales ²³⁶

"...7. Tras un profundo análisis de los elementos existentes, la Comisión se declara en la actualidad favorable a la adhesión formal de la Comunidad a la CEDH. El factor determinante de esta actitud es que la CEDH y la protección de los derechos fundamentales garantizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas persiguen en el fondo el mismo objetivo, es decir, la preservación de un patrimonio de derechos humanos y de libertades fundamentales consideradas como inalienables por los Estados europeos de régimen liberal. La defensa de este patrimonio de Europa occidental deberá tener un carácter homogéneo y en consecuencia confiado, igualmente en lo que respecta a la Comunidad, y a las instancias creadas con ese fin."

Posteriormente, El Comité Económico y Social se pronunció favorablemente en 1980; sucesivamente se dio una avalancha de comunicaciones y resoluciones de distintas instituciones, que se pronunciaban favorablemente al respecto. Aparecieron la Comunicación de la Comisión de 19 de noviembre de 1990, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, así como algunos de sus Protocolos adicionales, donde se comienza sosteniendo:

²³⁶ Adoptado por la Comisión el 4 de abril de 1979. *Código de la Unión Europea* de GARCÍA DE ENTERRÍA, E - TIZZANO, A - ALONSO GARCÍA, R., Civitas (1era. Ed.,) Madrid, 1996.

“ Existe una laguna inherente al ordenamiento jurídico comunitario...la Comunidad que proclama su adhesión a los valores democráticos y a los derechos humanos, no está sometida a este mecanismo de control (el sistema convencional) y sus Instituciones gozan, respecto al Convenio, de una especie de «inmunidad» en cuanto a sus actos. Es posible colmar esa laguna haciendo que la Comunidad se adhiera al CEDH.”

En la Resolución del Consejo y de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo sobre Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo de 28 de noviembre de 1991; se concluye que se realizarán reuniones periódicas con los representantes de la Comisión y de los Estados miembros, para determinar las líneas específicas y políticas de acción con vistas a continuar el refuerzo del respeto a los derechos humanos; la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos²³⁷; documento donde se reconoce:

“...que la adhesión de la Comunidad al CEDH plantea algunas dificultades de carácter político, institucional o jurídico; estima sin embargo, que la adhesión constituye un progreso por lo que concierne a la protección de los derechos fundamentales del individuo, a condición de que el nivel de protección sea elevado y que el sistema de recursos establecido sea rápido y eficaz; a este respecto, se debe en definitiva rechazar la idea de que la adhesión podría limitarse a instituir una cooperación entre los dos Tribunales europeos por medio de una cuestión prejudicial cuando se plantee una cuestión importante sobre la compatibilidad del CEDH o a la interpretación de una de sus disposiciones; estima que corresponde en primer lugar al Tribunal de Justicia ejercer el control del respeto de las disposiciones del CEDH dentro del ámbito de aplicación de las normas de la Comunidad y que, dentro de una lógica de inspiración federal, no hay razón alguna para que el Tribunal de Justicia, no pueda estar sujeto al Tribunal de

²³⁷ DO núm. C44 de 14.2.1994.

Estrasburgo así como lo están instancias jurisdiccionales supremas de los Estados miembros;"

Asimismo hace mención expresa al Protocolo N°11, y sostiene que tiene como objetivo primordial reducir la duración de los procesos, e incrementar así su eficacia, para mantener un nivel elevado de protección a los derechos fundamentales; y concluir así que, considera positivo que en el futuro la Unión influya sobre esta evolución desde el interior. En este mismo sentido se sostiene el Proyecto de Constitución Europea de 14 de febrero de 1994²³⁸.

El prometedor panorama se nubla, al aparecer el *Informe Pintasilgo (Informe del Comité de Sabios) «Por una Europa de los derechos cívicos y sociales»* de octubre de 1995 a febrero de 1996 en la ciudad de Bruselas, ya que en él se reconoce por primera vez que la adhesión de la Comunidad al Convenio:

" Si se examina con mas detenimiento podría presentar más inconvenientes que ventajas...Desde el punto de vista de los derechos sociales (habida cuenta de la existencia de la Carta Social Europea de 1961)la adhesión revestiría poco interés y no evitaría en manera alguna que la Unión Europea tuviera que definir su propia visión de las cosas.". Proponiendo además crear un recurso "especial para la protección de derechos fundamentales, que sería propia de la Unión y estaría compuesta de jueces no permanentes procedentes de los Tribunales Constitucionales o Supremos de los Estados miembros".

De modo que todo tipo de especulaciones tendientes a potenciar la jurisdicción de Estrasburgo al ámbito comunitario, llegaron a su fin cuando surgió el controvertido *Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1996 Adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y*

²³⁸ DO núm, C 120 de 16.5.1989. Donde, bajo el título primero que lleva por nombre "Los principios" se establece en el punto 7 que "La Unión respeta los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales..."

Libertades Fundamentales, en función de la solicitud de dictamen, de 26 de abril de 1994, formulada por el Consejo de la Unión Europea con arreglo al apartado 6 del artículo 288 del Tratado de la CE ²³⁹. En él se estableció que la adhesión propuesta “entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos, en la medida en que implicaría la inserción de la Comunidad en un sistema institucional internacional distinto y la integración de la totalidad de las disposiciones del Convenio en el ordenamiento jurídico comunitario” lo que de acuerdo con lo que se establece en el artículo 308 del TUE (después de Amsterdam) requeriría de una modificación del Tratado constitutivo de la Unión. Sobre este dictamen en particular²⁴⁰. Argumento éste que resulta por lo demás sorprendente ya que, el llamado régimen comunitario, contemplaba desde 1977 en su ordenamiento, la relevancia implícita de los derechos contenidos en el Convenio²⁴¹; así, cual si se hubiese obviado el citado *Memorandum* de 1979, al resolver el Dictamen 2/94, en él se sostuvo claramente y contundentemente:

²³⁹ El cual dispone lo siguiente “ El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrán solicitar el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad de cualquier acuerdo previsto con las disposiciones del presente Tratado...”.

²⁴⁰ Vid ALONSO GARCÍA, R., quién se opone enfáticamente al contenido y especialmente a la escasa fundamentación del mismo, haciendo hincapié, en que los derechos fundamentales en el ámbito comunitario, forman parte de los principios horizontales que la constituyen “ *objetivos transversales*”, y por tanto, se constituyen como principios generales de derecho, cuyo respeto, como se desprende del ordenamiento comunitario, estarán forzosamente garantizados por el TJCE; lo que hubiese hecho deseable una aceptación de la competencia del TEDH “ *en abstracto*” hasta que sea posible ultimar las condiciones en que se propone dicha obligatoriedad. *Derecho Comunitario y Derechos Nacionales; Autonomía, Integración e Interacción*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1999, págs. 176 y ss.

²⁴¹ Y de hecho así lo ha hecho en numerosas ocasiones y textos, por ejemplo en los Considerandos de la *Declaración Común del Parlamento Europeo del Consejo y la Comisión sobre derechos fundamentales*, hecha en Luxemburgo en 5 de abril de 1977 (DO núm. C103 de 24.4.1977.), de donde se desprende que: “CONSIDERANDO, en particular, que todos los Estados miembros son partes contratantes de la (entonces llamada) Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950” HAN ADOPTADO LA DECLARACIÓN SIGUIENTE: 1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión subrayan la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. 2. En el ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de os objetivos de las Comunidades Europeas, respetarán y seguirán respetando tales derechos. ”

“ ... la adhesión a la CEDH no implica la ampliación de la competencia de la Comunidad en el campo de la protección de los derechos fundamentales y que el presente Memorándum no pretende, en ningún caso, que los poderes de control de la Comunidad, con relación a los estados miembros, sean extendidos a aquellos derechos fundamentales cuya protección no es de competencia comunitaria.”

De modo que aunque las esperanzas de que las líneas de acción cambien drásticamente a estas alturas; me resulta importante sintetizar algunos argumentos a favor, y en contra de lo expuesto. Por un lado se desprende de múltiples documentos en la materia, el propósito de consolidación de una imagen de Europa como tierra de libertad y democracia, es decir, la necesidad de reforzar la protección de los derechos fundamentales de la Comunidad (para dotar a sus actos jurídicos de una mayor significación)²⁴², así como también, el reforzamiento de su maquina institucional como se desprende del Tercer apartado del *Preámbulo del Acta Única*: los Estados miembros están *«decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en la Constituciones y Leyes de los Estados miembros, en el Convenio Europeo y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social»*.

Del otro costado están quienes apuestan por una comunitarización exclusiva, donde la necesidad de un catálogo escrito propio, hace imperativo que exista una versión comunitaria de los derechos fundamentales —en tanto y en cuanto se relacionen con las áreas que regula el derecho comunitario- que logre evitar a toda costa, el choque potencial entre los derechos “primordialmente” protegidos por el sistema convencional (el llamado *núcleo duro* de los derechos fundamentales); y, aquellos derechos que podrían revestir una creciente importancia en la Comunidad, partiendo de la base que el Tribunal de Luxemburgo, así como las demás instancias comunitarias,

²⁴² Sin poder dejar de mencionar que *“la protección de los derechos de los ciudadanos adolecen de incoherencia”*, argumento que no resultaría tan grave, de no ser que quien lo sostuvo en el año de 1990, fue la propia Comisión europea; con lo cual resulta difícil pensar que frente a una afirmación así, una serie de naciones -supuestamente- actores del mas importante proceso de integración internacional, descuiden la esfera mas inmediata e imprescindible de los ciudadanos europeos. Vid. *Comunicación de la Comisión* de 19 de noviembre de 1990, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio... Op. Cit. Anexo II, punto quinto.

podrán hacer una interpretación exclusiva – a decir de sus niveles de eficacia- de los derechos contenidos en el Convenio, a partir de las necesidades tanto económicas, como sociales y las, eminentemente, políticas de la Unión.

En lo que se refiere menos a la interpretación que de los derechos pueda darse, y más al terreno jurisdiccional; es preciso reconocer algunas dificultades implícitas a la formal asunción de las obligaciones que derivan de la Convención (específicamente en lo que se refiere a los límites de su relación con los Estados miembros y el hecho de que no sea la Comunidad un Estado soberano como tal). Claramente, hemos estado tratando la posible inserción de la Comunidad dentro de un sistema supranacional de protección de derechos fundamentales, donde los esquemas de funcionalidad y ejecución fueron creados para el correcto desenvolvimiento de violaciones a los derechos fundamentales de Altas Partes Contratantes –entiéndase Estados en su concepción original -. Por lo tanto, en lo que respecta a la adaptación formal de la Comunidad al TEDH, y aunque para efectos de su eventual enjuiciamiento ante éste, una norma comunitaria – sea una directiva propiamente o bien un acto en ejecución de una sentencia del Tribunal de Justicia - siempre se presenta como un orden jurídico interno²⁴³, es evidente que ello entrañaría cambios, si bien no demasiado complicados, que debieran ser articulados meticulosamente. En lo que se refiere a la determinación de la responsabilidad por parte de la Comunidad, resulta difícil saber si esta respondería a los esquemas de una responsabilidad solidaria (entre los Estados miembros), o si por el contrario, la violación a los derechos del Convenio, será trasladada a la esfera de responsabilidad de un solo Estado; en cuyo caso, los resultados que derivan del actual sistema son exactamente los mismos, y no haría falta que los países se obligaran: Primero por la vía interna, y luego por la vía de su representación comunitaria.

²⁴³ Cual si se tratase de un Estado más, porque "resulta lógico que en un contexto de la CEDH se traten las decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas, como decisiones pronunciadas por una jurisdicción interna" incluso sin correr peligro de un retraso injustificado en el desenlace procesal, "puesto que el hecho de someter un recurso ante la (antigua estructura) Comisión o el Tribunal de derechos humanos no conlleva un efecto suspensivo."

CAPITULO V. Perspectivas del llamado "ius commune" europeo

5. 1 Sobre un catálogo escrito de derechos fundamentales.

Tras varios intentos de esbozar un catálogo escrito de derechos fundamentales, no se ha podido hasta el momento constituir un instrumento jurídico vinculante que haga las veces de Constitución o Carta Europea de Derechos Humanos, que sea plenamente reconocida por los Estados Miembros de la Comunidad Europea. Probablemente por que en un principio sus intereses fueran puramente económicos, o bien, por miedo a que una apertura demasiado rápida en esta materia pudiera provocar una cesión considerable de competencias a la Comunidad, lo que en última instancia se contemplaba como un debilitamiento de la soberanía nacional europea; lo cierto es que hasta la fecha aún no se consolida tal instrumento.

La *Declaración del Parlamento Europeo de 12 de abril de 1989, sobre derechos y libertades fundamentales*²⁴⁴ ya había intentado una declaración que representaba un expresión de derechos fundamentales, donde a lo largo de 28 artículos intentaba resumir el contenido esencial de los derechos fundamentales, previstos en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, del Convenio Europeo, y los demás instrumentos internacionales en vigor que "son desarrollados por la jurisprudencia" del TEDH²⁴⁵. Lo que, realmente, "no contradice la voluntad, por parte de la Comunidad, de completar

²⁴⁴ (DO núm. C 120 de 16.5.1989),

²⁴⁵ Es preciso señalar que dicha lista se corresponde con los derechos protegidos en el Convenio; asimismo hace extensivos los derechos de dignidad; igualdad ante la ley; libertad de movimiento; sufragio activo y pasivo; también incluye los derechos de libertad profesional; derechos colectivos sociales y de protección social. Y, notablemente en consecuencia de los principios protegidos por el derecho comunitario, el derecho de medio ambiente y protección a consumidores; el derecho al acceso de la información; y el derecho de petición frente al Parlamento europeo (No sin hacer referencia en sus *Disposiciones Finales* a que el ámbito de aplicación de éstos queda sujeto al del Derecho Comunitario).

Además reconoce expresamente la abolición de la pena de muerte, hecho que resulta "reconfortante" siendo como es que la pena de muerte no está prohibida en el Convenio, al menos en su versión oficial, y no es sino hasta después del Protocolo de enmienda Nº 6, cuando se prohíbe expresamente la pena de muerte (Estrasburgo 28.04.1983), y se integra por medio del procedimiento común a los Protocolos facultativos, a los derechos protegidos por el Convenio.

los tratados mediante un catálogo de derechos elementales especialmente adecuados al ejercicio de sus competencias". Aclarando a continuación que "Este objetivo, sin embargo no parece accesible a corto plazo si se tiene en cuenta las diferencias de opinión que separan a los Estados miembros en lo que se refiere a la definición de los derechos económicos y sociales.", en definitiva "La Comunidad debería estar ligada lo más pronto posible a esta Convención y a los mecanismos de protección que ella contiene. La elaboración de un catálogo propiamente comunitario no sería alterada en modo alguna. La adhesión a la CEDH constituiría por el contrario, un primer paso en dirección a dicho objetivo²⁴⁶".

5. 1. 1 CONSEJO EUROPEO EN COLONIA Y TAMPERE.

Ante la falta de un catálogo escrito de derechos fundamentales, los Estados actualmente miembros de la CE, han exteriorizado su voluntad en el Consejo Europeo de Tampere, sobre la redacción de una Carta Europea de Derechos Fundamentales propia del ordenamiento comunitario, sobre la que se discutirá en el marco de la Conferencia Intergubernamental - que se va a desarrollar a lo largo del presente año- con vistas a una reforma de los Tratados, imprescindible, para afrontar los retos de una futura Unión Europea que sobrepasa la veintena de socios. Los Consejos de Colonia y Tampere, encomendaron entonces, la redacción de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a una Convención compuesta por: quince representantes personales de los jefes de Gobierno; dieciséis eurodiputados; una treintena de diputados nacionales; la Comisión Europea; y dos representantes del Consejo de Europa y del TJCEE (en calidad de observadores)²⁴⁷.

Según SOLE TURA, J., ello obedece a dos motivos, por un lado es un primer paso hacia la redacción de una auténtica Constitución Europea; y por otro lado tiene como

²⁴⁶ MEMORANDUM Adoptado por la Comisión el 4 de abril de 1979 y Comunicación de la Comisión de 19 de noviembre de 1990, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, Op. Cit.

²⁴⁷ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 15-16 de octubre de 1999 (recogidas en la segunda edición del *Código de la Unión Europea* de GARCÍA DE ENTERRÍA, E - TIZZANO, A - ALONSO GARCÍA, R., Civitas, Madrid, 2000.)

finalidad definir un espacio jurídico propio²⁴⁸; si bien no se puede entender muy bien porqué, la buscada unión política (luego de la evidentemente económica consagrada en la Comunidad Económica Europea, ahora Comunidad Europea), no encontró su cauce a través del reconocimiento de el CEDH y sus sistema jurisdiccional, así como en la Carta Social Europea del Consejo de Europa. Es decir, si bien es cierto que una definición del espacio jurídico - político de los Estados europeos, es más que apremiante²⁴⁹, ¿porque no se partió de aquellos parámetros europeos, ya tan consolidados en el marco de la jurisdicción contenciosa en Estrasburgo?, probablemente, porque los países europeos por excelencia -a decir del eje franco alemán- no consideran realista el incluir en su plan de configuración de una Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, a países, que si bien lo intentarán, nunca serán parte formal de la Unión Europea en cuanto que tal.

5. 1. 2 IMPORTANCIA DE LOS ACTORES EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Y bien, el panorama nos ofrece ahora, la posibilidad de ver algún día un catalogo escrito de derechos fundamentales para la Unión Europea, pero ¿Qué derechos

²⁴⁸ "en el que conviven diversas instituciones paneuropeas y diversas jurisdicciones" a saber del TEDH, el TJCE, el Consejo de Europa, y la Unión Europea, misma. *Hacia una Constitución europea*, El País, 2000 (4.06.00), pág. 17.

²⁴⁹ Incluso me atrevería a sostener, que debió de haberse planteado como una condición apriorística a la configuración más profunda de los países europeos; ya que si bien, anteriormente las bases de la Unión eran únicamente económicas, es preciso defender que hoy, en la aldea global, es imposible el trato internacional con un tercer país, si no se complementan las bases políticas, democráticas y económicas hasta sus últimas consecuencias. Y así lo demuestra la *Resolución del Consejo y de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo sobre derechos humanos, democracia y desarrollo, de 28 de noviembre de 1991*, donde se sostiene que "La Comunidad y sus Estados miembros harán constar de forma explícita la consideración de los derechos humanos como un elemento en sus relaciones con los países en vías de desarrollo; se incluirán cláusulas en materia de derechos humanos en sus futuros acuerdos de cooperación.". Tal es el caso por ejemplo del Acuerdo firmado el 8 de diciembre de 1997, en Bruselas; *Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos, por la otra*. Texto éste, que evidencia un avance cualitativo en el marco de las relaciones internacionales; un acuerdo de carácter general, con miras a profundizar y ampliar la relación entre las dos Partes en todos sus ámbitos, con la existencia expresa a una cláusula democrática que entraña una serie de condiciones mínimas de respeto a los derechos fundamentales, sin las cuales no es posible hacer efectivos los demás ámbitos del acuerdo.

fundamentales? Necesariamente deberíamos partir de todos aquellos contemplados en el Convenio Europeo; la Carta Social del Consejo de Europa (así como, todos aquellos instrumentos internacionales que en materia de derechos fundamentales, sean de la observancia bilateral de los Estados obligados) y los que deriven de los Tratados Constitutivos. En pocas palabras, es probable, que la diferencia entre el Convenio y la nueva Carta de Derechos Humanos sea muy poca, sería muy difícil pensar en que uno de esos derechos fuese súbitamente omitido por la totalidad de los Estados Miembros²⁵⁰, con lo cual resulta todavía más difícil de entender, porque los esfuerzos en crear una nueva Carta, en lugar de dar fuerza y reconocimiento a los avanzados parámetros ya conocidos.

Contrario a lo que probablemente creen muchos doctrinarios, de *Ius Commune Europeo*, ya nos han hablado desde hace más de veintidós años²⁵¹; curiosamente una buena parte de los Estados Europeos siguen aferrados en sus derechos internos a la idea de la inmunidad del legislador, esto es, a la exclusión de todo control jurisdiccional de la actividad legislativa.

Es por ello que, el hecho de que con carácter general y con mayor o menor entusiasmo los Estados Parte asuman las consecuencias que derivan de las obligaciones establecidas en el Convenio, tal y como son interpretadas en sus sentencias por el TEDH, supone que su jurisprudencia conforma paulatinamente un *Ius commune* europeo de los derechos humanos. Es decir, una comprensión común en todo el continente de las exigencias mínimas que se derivan del reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana como valor operativo sobre el que ha de reposar toda construcción legítima del poder político; en definitiva, una auténtica Comunidad Europea de Derechos Humanos. Y es precisamente esa

²⁵⁰ Sin embargo, si que vale la pena hacer - aunque sea - una rápida mención al hecho de que los derechos económicos y sociales, serán probablemente el punto álgido de la configuración de la Carta, ya que existen razones para pensar que los Estados acepten la formulación de prestaciones positivas que impliquen obligaciones de gasto para la Unión. Siendo este por supuesto, uno de los frentes más difíciles de salvar en materia de protección de derechos fundamentales. Vid al respecto BUERGENTHAL, TH., -NORRIS, R., -SHELTON, D., *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*, IIDH -Civitas, Madrid, 1990, págs. 219-258.

²⁵¹ Puntualmente en un obra dirigida por CAPELETTI, M., *New Perspectives for a Common Law of Europe*, European University Institute, Florencia, 1978; de donde destaca el artículo escrito por RIVERO, J., *Vers un Droit Commun Européen: Nouvelles Perspectives en Droit Administratif*, págs. 389 y ss.

naturaleza cuasi judicial, canalizada a través de los mecanismos de carácter judicial, lo que le ha permitido al Convenio convertirse en el instrumento internacional de protección de derechos humanos, más eficaz de cuantos han sido establecidos, y, asumir con ello poco a poco la significación y el papel que sus promotores pretendieron asignarle en el contexto europeo e internacional²⁵².

Y es que el camino hacia un verdadero orden público europeo, no únicamente lo han ido construyendo, los jueces desde sus resoluciones (sorprende bastante que todo esto haya tenido lugar, luego de haberse sostenido que, la simple jurisprudencia, cuyos efectos por definición son validos únicamente a posteriori, no satisfacen plenamente esta exigencia de seguridad en las relaciones jurídicas); por el contrario, la difusión e interpretación horizontal²⁵³ de los fallos del TEDH, se ha visto positivamente incentivada por las Altas Partes Contratantes; si a ello añadimos las constantes quejas de algunos doctrinarios, en el sentido de que deberían existir, mecanismos específicos en los ordenamientos nacionales, para reparar las violaciones - cuando existan- al Convenio y a los principios en el contenidos²⁵⁴, parece ya redundante insistir sobre la necesidad de catálogo escrito de derechos, no ya como parte de una formalidad, sino de una mejor comprensión y garantía de protección para los individuos sujetos a la jurisdicción de las instituciones comunitarias.

²⁵² Prueba de esta concepción muy generalizada, son ente otros muchos SANCHEZ LEGIDO, A., Una visión sobre el nuevo mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos... ; SALADO OSUNA, A., El Protocolo de enmienda número 11...; RYSSDALL, R., Opinion: The Coming of Age...; PEUKERT, W., A propos de la réforme...; FROWEIN, J., Rapport- CONSEIL D' EUROPE..., CARRILLO SALCEDO, E., *Vers la réforme du mecanisme* ...; CAMERON, I., Protocol 11 to the European Convention...Op. Cit.

²⁵³ Esto es, que los Tribunales nacionales y las legislaturas, han ido ampliando sus intereses, frente a fallos emitidos por el Tribunal, aunque estos no comporten necesariamente algún interés por parte de sus Estados; es decir, que la cultura de los derechos humanos, es posible sostener que, hoy en día, alcanza mas allá de los que los creadores del sistema nunca imaginaron. MELCHIOR, M, Rapport- CONSEIL D'EUROPE...Op. Cit. págs. 113-135.

²⁵⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., The extension of Justice of National Administrative Courts by Community Law: The judgement of the Court of Justice in Borelli and article 5 of the EC Treaty, YEL, 1993 (Nº13), págs. 19-37; MELCHIOR, M., Rapport- CONSEIL D'EUROPE...Op. Cit. págs. 113-135.

5. 1. 3 ELEMENTOS POLÍTICOS DERIVADOS DEL CONVENIO

En lo que se refiere al Consejo de Europa, como ya se ha dicho, la ratificación del Convenio se ha convertido en requisito político de adhesión y de pertenencia al conjunto de "países civilizados o democráticos"; así, las viejas condiciones de participación ahora han sido sustituidas por los derechos que derivan del Convenio y los órganos convencionales, siendo éste una de las principales fuentes de inspiración, incluso para el Tribunal de Luxemburgo, donde, ante la ausencia de un catálogo positivo de derechos fundamentales se imponen ciertos límites que logren garantizar las actuaciones de las instituciones comunitarias (resulta significativo que el TUE lo haya reconocido, expresamente, en articulado de un texto de derecho originario, y dentro del título relativo a las disposiciones comunes aplicables a todos los pilares del derechos comunitario²⁵⁵. Lo que de algún modo pone de manifiesto que, el derecho europeo no representa hoy en día una manifestación clara de ingenio o imaginación para crear mecanismos propios de control de derechos fundamentales; o bien que, los mecanismos existentes en el derecho internacional tradicional, más específicamente el TEDH, pueden ofrecer solución y orden para garantizar eficazmente los mismos²⁵⁶.

A mi parecer, hace falta, de cara a los inminentes procesos de integración tanto política como jurídica, un poco más de honestidad para enfrentar los problemas europeos, ya que si bien ésta intenta ser una construcción propia de la unión de estados europeos; el respeto a los derechos humanos se ha convertido en un indiscutible principio estructural del derecho internacional contemporáneo, y los mecanismos convencionales o extra-convencionales de protección de tales derechos (que proliferan cada vez mas *urbe et orbe*) únicamente representan la instauración de

²⁵⁵ TITULO I Disposiciones Comunes; Artículo F.2 "La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros como principios generales de Derecho comunitario."

²⁵⁶ No opinarán lo mismo, los jueces del Tribunal de Luxemburgo, quienes como sabemos, rechazaron todo intento de dotar al Convenio un poder "por encima" del derecho comunitario.

nuevos y mejores métodos de control de los Estados, por lo que no parece lógico encontramos con que los constructores de un orden supranacional, no recurran a métodos que por su innegable éxito, representarían una garantía corroborable y positiva para el nuevo orden²⁵⁷.

Hechos que además se ven agravados, precisamente, por esa homogeneidad alcanzada en el control instaurado, ya que el amplio grado de lealtad demostrado hacia el mecanismo de protección, representa el grado máximo al que pudiera aspirar un conjunto de principios, sin embargo, la realidad pone de manifiesto, el enorme trecho que separa las prescripciones jurídicas de la realidad como tal, sin embargo, el Tribunal y sus doctrinarios mas representativos, perciben ya estos cambios en la estructura existente.

5. 2 El caso específico de Reino Unido y su Human Rights Act

Haré una mención específica al caso de Reino Unido, porque creo que este país representa claramente, las virtudes y las desgracias del Convenio Europeo. He mencionado a lo largo de este trabajo, como se desarrollaron los distintos países a través del tiempo con respecto al sistema convencional y particularmente frente al Convenio; el Reino Unido es uno de esos países que nunca han reconocido un efecto directo al Convenio en sus Tribunales ordinarios, tampoco era partidario del derecho al recurso individual frente al TEDH²⁵⁸, de hecho su posición fue claramente contraria a la implantación de derecho de recurso individual como obligatorio y permanente, alegando que ésta es una cuestión distinta de la reforma que se estaba estudiando, y lo suficientemente importante como para ser tratada de manera separada

²⁵⁷ Hecho que presenta aún mas importancia si aceptamos que el estado que presenta la integración europea en este momento, parece ya no poder recurrir a los métodos tradicionales de integración funcionalista y supone emprender, como propone SANCHEZ LEGIDO A., "el camino hacia una integración de naturaleza esencialmente política, confluyendo de este modo en los objetivos de las tendencias federalistas de las que nació el Convenio de Roma en tanto que Carta constitucional europea de derechos humanos." *Una visión sobre el nuevo mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos...* Op. Cit.

²⁵⁸ Defendió, sin embargo, la introducción de un reexamen, también para demandas interestatales, la cual se decidió incluir en los artículos 29 y 31.

y con más calma ²⁵⁹. De acuerdo con esta idea, reiteradamente hubo la amenaza implícita a no ratificar el Convenio, tal fue el caso en *Tryer Castigos judiciales corporales en la Isla de Man* cuando, en función de un fallo declarándolo culpable de violar el artículo 3 del Convenio, este decide no renovar las declaraciones facultativas.

Sin embargo, hemos visto como en épocas recientes la actitud de Reino Unido, tanto en el marco internacional como en el comunitario, ha cambiado; siendo como hemos dicho, un verdadero ejemplo a seguir, el proceso de selección elegido para seleccionar al candidato a Juez tras las nuevas reformas.

Asimismo con su *Human Rights Act*, y frente a la persistente negativa de dotar de eficacia directa al Convenio, para ser aplicado en los Tribunales nacionales, decidió transcribir textualmente las obligaciones derivadas de éste, en un texto propio. Así a través de los principios de interpretación concurrente, y respetuoso a su tradicional y rígida soberanía Parlamentaria, deja a la discrecionalidad del Primer Ministro, el poder elevar una moción, para invalidar una ley secundaria que atenta en contra de los derechos consagrados en la *Human Rights Act*, bien entendido, el propio Convenio respecto a sus derechos materiales²⁶⁰.

En este sentido cabe hacer una primera observación, si bien es cierto que el Convenio nunca ha gozado de una eficacia directa en la esfera nacional, también lo es el hecho de que, a través de actos y ejecuciones de orden comunitario, se lleva implícita una aplicación (o al menos una sujeción) del Convenio en su sistema jurídico positivo - si bien únicamente como fuente de inspiración del TJCEE -, sin dejar de reconocer la eficacia directa de esas determinaciones en el ámbito interno.

Otro último punto que termina por darle mucha importancia al tratamiento de este tema, es la Sentencia del 18 de febrero de 1999 - en funciones del nuevo Tribunal permanente - con el caso *Mathews v. Reino Unido*, donde se demandan derechos políticos contenidos en el Protocolo N°1 al Convenio, independientemente de que estos versen sobre un órgano comunitario - el Parlamento Europeo - con esta sentencia se evidencia el largo camino a recorrer por el TEDH:

²⁵⁹ ARRIAGA, I.- ZOCO, C., *La reforma del Sistema de Protección...* Op. Cit.

²⁶⁰ Sobre el instrumento en particular, y el caso de Reino Unido, profundizaré en la Parte V inciso (c). Vid al respecto ALONSO GARCÍA R., -TORRES MUÑOZ, I., *La Ley británica de derechos humanos (Human Rights Act 1998): una evolución a conciencia*. REDA, 2000 (N° 105), pág. 5 - 36.

"... el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales: el hecho de que un órgano no haya sido contemplado por los autores del Convenio, no podrá impedir a ese órgano entrar en el ámbito del Convenio: en la medida en que los Estados contratantes organizan estructuras constitucionales o parlamentarias comunes mediante tratados internacionales, el Tribunal debe tener en cuenta, para interpretar el Convenio y sus Protocolos, los cambios estructurales operados por estos acuerdos mutuos; Derecho a elecciones libres (alcance del art. 3º del Protocolo N°1) comprende también las elecciones al Parlamento Europeo: admitir la exclusión de éstas en el ámbito del precepto citado, correría el riesgo de hacer inoperante una de las herramientas fundamentales que permite preservar un « régimen político verdaderamente democrático".

CONCLUSIONES GENERALES

En definitiva las últimas reformas al sistema convencional, han suscitado todo tipo de reacciones: desde la entusiasta bienvenida por unos²⁶¹, otros más escépticos²⁶², hasta los portadores de un balance negativo²⁶³; e incluso algunos abiertamente contrarios al mismo²⁶⁴. Es por ello que me resulta difícil hacer una valoración, sin caer en alguno de estos supuestos, por lo que me esforzaré porque ésta sea sumamente objetiva.

Habrà que destacar como elementos más novedosos que las reformas han introducido a esta jurisdicción, tres elementos incontestablemente positivos: la competencia obligatoria del Tribunal frente a demandas individuales, que lleva aparejada, la subjetivización plena de los derechos fundamentales en el ámbito internacional; y la completa juridificación del procedimiento, habida cuenta de la desaparición del Comité de Ministros en el procedimiento.

Tenemos por otro lado, uno de los motivos que dieron lugar a las reformas: el aumento de las demandas que llegan hasta Estrasburgo, y la dilación indebida que estas demandas provocan en la maquina procesal y contenciosa.

Si tomamos en cuenta, lo que parece ser una familiarización del Tribunal para con los individuos, derivada de la simplificación - al menos teórica - del procedimiento, ello

²⁶¹ DRZEMCZEWSKI, A y MEYER-LADEWIG, J., Principales caractéristiques du nouveau mécanisme de contrôle établi par la CEDH suite au Protocole n° 11, signé le 11 mai 1994.: Une Cour unique des droits de l'homme remplacera les actuelles Commission et Cour à Strasbourg, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1994 (N° 3), págs. 81-113; RYSSDALL, R., Opinion: The Coming of Age of the European Convention on Human Rights, *European Human Rights Law Review*, 1996 (N° 1), págs. 18-29.

²⁶² JANSSEN - PEVTSCHIN, G., *Le Protocole N° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme*, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1994 (N° 20), págs. 483-500; FROWEIN, J., *Rapport- CONSEIL D' EUROPE, 8e Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme-Budapest septembre 1995*, *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1997 (Vol. 38A), págs. 150-196.

²⁶³ FLAUSS, J.-F., *Radioscopie de l' election de la nouvelle Cour Européenne des droits de l'homme*, *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 1998 (N° 35), págs. 435-464.

²⁶⁴ SCHERMERS H. G., *The Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights*, *European Law Review*, 1994 (N° 4), págs. 367-384; *Adaptation of the 11th. Protocol to the European Convention on Human Rights*, *European Law Review*, 1995 (N° 6), págs. 559-579; *Human Rights in the European Union after the Reform of 1 November 1998*, *European Public*

no nos lleva a pensar, siquiera incipientemente, que esta situación va a ayudar a reducir el número de demandas que llegan al Tribunal; por el contrario - si consideramos su eventual ampliación - parece que ello elevará, cuantiosamente, la llegada de más demandas, y muchas de ellas seguramente no serán de "segunda generación". Si a ello añadimos la indeseable postura de aislamiento que presentan - y les es presentada - a los países del bloque soviético, podemos prever que la enorme brecha que divide a estos países con el resto de Europa se verá cada vez más marcadamente; incluso creo que aumentará si la idea del desarrollo en la Comunidad Europea sigue anclada en los principios de una cooperación reforzada²⁶⁵.

La función permanente de los Jueces que lo componen, supone asegurar la posibilidad de hacer frente al importante número de demandas que llegan anualmente al Tribunal²⁶⁶; sin embargo, si ese cuerpo colegiado se plantea economizar en el tiempo de estudio de cada caso - como lo plantea la *selección inteligente* -, es muy probable que los minutos ganados en la tabla del tiempo vayan en detrimento para con la calidad de los fallos, incurriendo con ello en una cura más grave que la enfermedad (especialmente si estos criterios son aplicados en la fase de admisibilidad, momento ya *per se* muy criticable en términos de razonabilidad jurídica).

Otro de los puntos importantes sobre los cuales habrá que insistir (habida cuenta de todas las virtudes que acompañan al Protocolo de enmienda N°11 en el marco de los derechos subjetivos en el ámbito internacional) y que a mi parecer, es uno de los puntos menos acertados del texto en su totalidad - y que incide, de forma más tenue, sobre la posible duración de los procedimientos - es el referente a la posibilidad de conocer en segunda instancia en la Gran Sala, mediante recurso y mediante la inhibición de la Sala. Ya se ha explicado en qué consisten ambas figuras. Sin embargo, no se ha podido encontrar una explicación (al menos procesal) de cuáles fueron los

Law, 1998 (N° 3), págs. 335-343; Election of Judges to the European Court of Human Rights, European Law Review, 1998 (N° 23), págs. 568-578.

²⁶⁵ Esto es, pequeños grupos de países que se obligan dentro de un marco de acción cada vez más reducido, so pretexto de que las naciones, todas tienen "distintas velocidades".

²⁶⁶ RYSSDAL, R., CONSEIL DE L' EUROPE, 8e Colloque International sur...; FROWEIN, M.J., CONSEIL DE L' EUROPE, 8e Colloque International sur...; SUDRE, F., Droit international et européen des droits de l'homme...; PETZOLD, H., El Nuevo Tribunal Europeo de los Derechos Humanos...Op. Cit.

motivos para considerar jurídicamente viable, que cualquiera de las partes tenga la facultad de elevar una resolución de la Sala ante la Gran Sala, habiéndose opuesto aquéllas a la inhibición de ésta en una fase previa del proceso²⁶⁷.

La realidad es que existe, frente a la mencionada capacidad, un grave riesgo (o mejor dicho, posibilidad) de restar, considerablemente, autoridad a las Salas – el órgano decisorio por excelencia - ya que, si bien por el momento no nos hemos planteado la posibilidad de que alguna de las partes actúe con mala fe con la finalidad de alargar indefinidamente un proceso, es factible que un desenvolvimiento normal del proceso pueda situarnos en tal supuesto²⁶⁸, lo que comportaría, una lesión para alguna de las partes (tomando en cuenta la duración del proceso) y, de manera más directa, para la autoridad misma del órgano que representa la formación "por excelencia" del Tribunal: la Sala de siete jueces.

No podemos olvidar el hecho de que, en general, toda la jurisdicción internacional, y de manera específica los órganos regionales de protección a los derechos humanos en el contexto europeo y el interamericano, juegan un papel subsidiario dentro del sistema de protección de los derechos humanos, ya que suponen que cuando un asunto es planteado en el contexto de Estrasburgo o de cualquier otro tribunal internacional, el

²⁶⁷ La delegación suiza a este respecto alegó que, muchos "elementos de compromiso" no la acababan de satisfacer para aceptar la aprobación de las reformas, tales como: la idea del reexamen; la posibilidad de las partes de oponerse a la inhibición; la remisión ante la Gran Sala. Elementos que constituyen los "puntos débiles" de la reforma, fruto de compromisos políticos durante la constitución de las reformas; siendo estas las mismas que recoge la totalidad de la doctrina al valorar a este protocolo N°11 ARRIAGA, I.- ZOCO, C., *La reforma del Sistema de Protección de los derechos del hombre instaurado por el Convenio Europeo de 1950: El Protocolo N° 11, Persona y Derecho* (Suplemento Humana lura de derechos humanos), 1995 (N°5), págs. 11-50.

²⁶⁸ Por ejemplo: Una de las partes durante el juicio, se opone a la inhibición por parte de la Gran Sala (sin importar cuales sean sus razones, ya que el Convenio prevé sus facultades, mas no las razones para oponerse); consecuentemente, la Sala, a pesar de haber presentado determinados motivos para declararse incapaz de pronunciarse sobre un determinado caso, se ve obligado a resolver, y dicta un fallo, el cual - dependiendo de el caso en particular- va a favorecer a alguna de las partes. La parte que resulta afectada (que en este caso pudiera llegar a ser la misma que se opuso a la inhibición por parte de la Gran Sala), considera que la violación de derechos que alega, subsiste, y por lo tanto plantea el recurso de revisión a el Comité de cinco jueces para que la Gran Sala conozca - ahora sí - de determinado caso. Es de pensarse además, que la persona cuyos derechos se han visto afectados, utilice la misma argumentación que dio la Sala al solicitar la inhibición del caso, y que por lo tanto, la Gran Sala se ve impedida para denegar la admisibilidad al recurso de revisión. Resultado: el caso tendrá que ser conocido por la Gran Sala, a través del recurso de revisión y no así, de la facultad de elevación por la Sala.

mismo ya ha pasado por una serie de pasos previos o instancias previas que garantiza el propio Derecho interno (como mínimo por dos o tres instancias en la sede nacional, lo que conlleva un estudio preferentemente detallado de los derechos controvertidos²⁶⁹).

Pienso que el hecho de que un Tribunal de esta naturaleza, pueda vitorearse de que los casos que llegan hasta él sean de "naturaleza secundaria", resulta bien favorecedor para la concepción general que de los derechos individuales se tiene en Europa; que decir de las violaciones a los derechos individuales en otras latitudes (en ocasiones considerablemente cerca geográficamente de la que alguien llamó "... una península de Asia "). Probablemente esta sea una de las principales razones, por la cual, como planteo al inicio de este trabajo, los esquemas del TEDH, no sean extrapolables a otras partes del mundo, específicamente en el continente americano; sin embargo, esta idea engrandece alegremente, el trabajo que a través de una impartición de justicia nacional eficaz, se da en la esfera nacional de los Estados miembros.

Dicho lo cual, podría resaltarse que, si bien a través de las reformas analizadas, se evalúan sistemas actualmente vigentes que buscan salvaguardar y preservar hacia el futuro sus logros más importantes, lo cierto es que las estructuras tienen como base, con cierta seguridad además, una serie de pasos previos que articulan todo el sistema convencional. Éstas son las que NIKKEN llamó *garantías mínimas* (como la consolidación de sus elementos esenciales, que no reducen el nivel de protección que pueda derivar de las constituciones nacionales o de cualquier otro instrumento jurídico vinculante, y que habrá de corregir - y limitar sus deficiencias -, conforme a su vocación progresista, esto es, hacia un desarrollo cada vez más extenso y más efectivo) que de ningún modo pretenden ser la fuente exclusiva y definitiva de protección de derechos fundamentales²⁷⁰.

²⁶⁹ La regla, por ejemplo, del agotamiento previo de los recursos internos, presente en numerosa jurisprudencia en los ámbitos regional y universal de protección, se encarga de condicionar la aceptación de una demanda ante un Tribunal internacional a que, por los medios existentes y efectivos en un determinado Estado, se haya intentado conseguir subsanar la violación alegada. Vid BRUYN, D, *L'épuisement des voies de recours internes*, págs. 39-60; en LAMBERT, P., (dir.), *La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n°11*, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 1999.

²⁷⁰ NIKKEN, P., *La Protección Internacional de los Derechos Humanos; su desarrollo progresivo*, Civitas - IIDH, Madrid, 1987. Dicho de otro modo, la auto vinculación de los Estados

Este panorama no intenta restar importancia a lo que se establece en Estrasburgo. Sin embargo, considero que no debe concederse excesiva ni escasa importancia al trabajo que en esta materia se suscite, ya que en última instancia, como bien sabemos, las responsabilidades recaen en el Derecho nacional y son los Estados los únicos sujetos de derecho capaces de velar por los intereses de sus ciudadanos, sin importar el ámbito del que se trate, ya sea el comunitario, el internacional o el nacional.

Dicho lo anterior, es preciso recordar que, día a día, los Estados han iniciado un ejercicio de cesión de soberanía en favor de grandes estructuras e instituciones supranacionales, que rigen la vida diaria de los hombres, y respecto de la cual resultaría innegable reconocer sus efectos directos en la esfera jurídico positiva de los mismos. Si bien la responsabilidad de ponderar la protección de los derechos de los individuos, en un contexto más amplio, corre por cuenta del Estado, es preciso reconocer, sin embargo, que como punto de partida deberá existir una completa y exacta complementariedad de los distintos niveles de protección. En definitiva, las instituciones que componen el panorama internacional en este momento, sea cual fuere su competencia o los principios que justifiquen su existencia en un determinado campo de actuación, son entes que se encuentran "... condenados a coexistir, a coordinarse..."

obligados ante el Convenio y a la interpretación que de éste hace el TEDH, "debe entenderse como vinculación a un estándar mínimo, susceptible de verse incrementado" ya sea por la jurisprudencia de sus Tribunales, como por la legislación del propio país. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., LINDE, E., ORTEGA, L. I., y SANCHEZ MORÓN, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Ed. Cívitas, Madrid, 1979, pág. 181.

**ANEXO I. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL POR SECCIONES Y DE LA GRAN SALA
EN SUS DOS FORMACIONES EXISTENTES**

(al 21-10.99)

COMPOSICIÓN POR SECCIONES (al 21-10-99)	SECCIÓN I	SECCIÓN II	SECCIÓN III	SECCIÓN IV
Presidente	M ^{ma} E. Palm	M. C. Rozakis	M. N. Bratza	M. M. Pellonpää
Vice-Presidente	M. J. Casadevall	M. M. Fischbach	M. J.-P. Costa	M. G. Ress
Miembros de SC	M. L. Ferrari Bravo	M. L. Wildhaber	M. L. Loucaides	M. A. Pastor Ridruejo
	M. G. Jörundsson	M. B. Conforti	M. P. Kuris	M. L. Caffisch
	M. R. Türmen	M. G. Bonello	M ^{ma} F. Tulkens	M. J. Makarczyk
	M. C. Birsan	M ^{ma} V. Stráznická	M. W. Fuhrmann	M. I. Cabral Barreto
	M. B. Zupancic	M. P. Lorenzen	M. K. Jungwiert	M. V. Butkevych
	M ^{ma} W. Thomassen	M ^{ma} M. Tsatsa-Nikolovska	M ^{ma} H.S. Greve	M ^{ma} N. Vajic
	M. T. Pantiru	M. A. Baka	M. K. Traja	M. J. Hedigan
	M. R. Maruste	M. E. Levits	M. M. Ugrekheilidze	M ^{ma} S. Botoucharova
	M. A. Kovler			
Secretario de la sección	M. O'Boyle	M. E. Fribergh	M ^{ma} S. Dollé	M. V. Berger

LA GRAN CÁMARA

(al 03.06.1999)

1	2
<p style="text-align: center;">M. L. Wildhaber, Presidente M^{ma} E. Palm, Vice-Presidente, Presidente de Sala, Sección I</p> <p style="text-align: center;">M. C. Rozakis, Vice-Presidente, Presidente de Sala, Sección II M. N. Bratza Presidente de Sala, Sección III M. M. Pellonpää Presidente de Sala, Sección IV M. B. Conforti M. A. Pastor Ridruejo M. G. Bonello</p> <p style="text-align: center;">M. J. Makarczyk M. P. Kuris Mr R. Türmen M^{ma} F. Tulkens</p> <p style="text-align: center;">M^{ma} V. Stráznická M. C. Birsan M. P. Lorenzen M. M. Fischbach, Vice-Presidente de Sala, Sección. II M. V. Butkevych M. J. Casadevall, Vice-Presidente de Sala, Sección. I M^{ma} H.S. Greve M. A. Baka M. R. Maruste M^{ma} S. Botoucharova M. M. Ugrekheilidze</p>	<p style="text-align: center;">M. L. Wildhaber, President M^{ma} E. Palm, Vice-President, President of Chamber, Section I Mr. C. Rozakis, Vice-President, President of Chamber, Section II M. N. Bratza President of Chamber, Section III M. M. Pellonpää President of Chamber, Section IV M. L. Ferrari Bravo M. G. Jörundsson M. G. Ress, Vice-President of Chamber, Section. IV M. L. Caffisch M. L. Loucaides M. I. Cabral Barreto M. J.-P. Costa, Vice-President of Chamber, Section. III M. W. Fuhrmann M. K. Jungwiert M. B. Zupancic M^{ma} N. Vajic</p> <p style="text-align: center;">M. J. Hedigan M^{ma} W. Thomassen</p> <p style="text-align: center;">M^{ma} M. Tsatsa-Nikolovska M. T. Pantiru M. E. Levits M. K. Traja M. A. Kovler</p>

**ANEXO I. COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL POR SECCIONES Y DE LA GRAN SALA
EN SUS DOS FORMACIONES EXISTENTES**

(al 21-10.99)

COMPOSICIÓN POR SECCIONES (al 21-10.99)	SECCIÓN I	SECCIÓN II	SECCIÓN III	SECCIÓN IV
Presidente	M ^{me} E. Palm	M. C. Rozakis	M. N. Bratza	M. M. Pellonpää
Vice-Presidente	M. J. Casadevall	M. M. Fischbach	M. J.-P. Costa	M. G. Ress
Miembros de SC	M. L. Ferrari Bravo	M. L. Wildhaber	M. L. Loucaides	M. A. Pastor Ridruejo
	M. G. Jörundsson	M. B. Conforti	M. P. Kuris	M. L. Cafisch
	M. R. Türlen	M. G. Bonello	M ^{me} F. Tulkens	M. J. Makarczyk
	M. C. Birsan	M ^{me} V. Stráznická	M. W. Fuhrmann	M. I. Cabral Barreto
	M. B. Zupancic	M. P. Lorenzen	M. K. Jungwiert	M. V. Butkevych
	M ^{me} W. Thomassen	M ^{me} M. Tsatsa-Nikolovska	M ^{me} H.S. Greve	M ^{me} N. Vajic
	M. T. Pantiru	M. A. Baka	M. K. Traja	M. J. Hedigan
	M. R. Maruste	M. E. Levits	M. M. Ugrekhelidze	M ^{me} S. Botoucharova
	M. A. Kovler			
Secretario de la sección	M. O'Boyle	M. E. Fribergh	M ^{me} S. Dollé	M. V. Berger

LA GRAN CÁMARA
(al 03.06.1999)

1	2
<p>M. L. Wildhaber, Presidente M^{me} E. Palm, Vice-Presidente, President de Sala, Sección I</p> <p>M. C. Rozakis, Vice-Presidente, Presidente de Sala, Sección II</p> <p>M. N. Bratza Presidente de Sala, Sección III</p> <p>M. M. Pellonpää Presidente de Sala, Sección IV</p> <p>M. B. Conforti M. A. Pastor Ridruejo M. G. Bonello</p> <p>M. J. Makarczyk M. P. Kuris Mr R. Türlen M^{me} F. Tulkens</p> <p>M^{me} V. Stráznická M. C. Birsan M. P. Lorenzen M. M. Fischbach, Vice-Presidente de Sala, Sección. II</p> <p>M. V. Butkevych M. J. Casadevall, Vice-Presidente de Sala, Sección. I</p> <p>M^{me} H.S. Greve M. A. Baka M. R. Maruste M^{me} S. Botoucharova M. M. Ugrekhelidze</p>	<p>M. L. Wildhaber, President M^{me} E. Palm, Vice-President, President of Chamber, Section I</p> <p>Mr. C. Rozakis, Vice-President, President of Chamber, Section II</p> <p>M. N. Bratza President of Chamber, Section III</p> <p>M. M. Pellonpää President of Chamber, Section IV</p> <p>M. L. Ferrari Bravo M. G. Jörundsson M. G. Ress, Vice-President of Chamber, Section. IV</p> <p>M. L. Cafisch M. L. Loucaides M. I. Cabral Barreto M. J.-P. Costa, Vice-President of Chamber, Section. III</p> <p>M. W. Fuhrmann M. K. Jungwiert M. B. Zupancic M^{me} N. Vajic</p> <p>M. J. Hedigan M^{me} W. Thomassen</p> <p>M^{me} M. Tsatsa-Nikolovska M. T. Pantiru M. E. Levits M. K. Traja M. A. Kovler</p>

ANEXO II. NACIONALIDAD DE LOS JUECES QUE COMPONEN EL TRIBUNAL

NACIONALIDAD DE LOS JUECES QUE CONFORMAN EL TRIBUNAL

M. Luzius WILDHABER, presidente (Suiza)	M ^{me} Françoise TULKENS (Bélgica)	M ^{me} Nina VAJIC (Croacia)
M ^{me} Elisabeth PALM, vicepresidente (Suecia)	M ^{me} Viera STRÁZNICKÁ (Eslovaquia)	M. John HEDIGAN (Irlanda)
M. Christos ROZAKIS, vicepresidente (Grecia)	M. Corneliu BÎRSAN (Rumania)	M ^{me} Wilhelmina THOMASSEN (Holanda)
Sir Nicolas BRATZA, presidente de sección (Reino Unido)	M. Peer LORENZEN (Dinamarca)	M ^{me} Margarita TSATSA-NIKOLOVSKA (Ex-Republica Yugoslava de Macedonia)
M. Matti PELLONPÄÄ, presidente de sección (Finlandia)	M. Willi FUHRMANN (Austria)	M. Tudor PANTIRU (Moldavia)
M. Benedetto CONFORTI (Italia)	M. Karel JUNGWIERT (Checoslovaquia)	M ^{me} Hanne Sophie GREVE (Noruega)
M. Antonlo PASTOR RIDRUEJO (España)	M. Marc FISCHBACH (Luxemburgo)	M. András BAKA (Hungría)
M. Luigi FERRARI BRAVO (Italia, también ver N°42)	M. Volodymyr BUTKEVYCH (Ucrania)	M. Rait MARUSTE (Estonia)
M. Gaukur JÖRUNDSSON (Islandia)	M. Josep CASADEVALL (Andorra)	M. Egils LEVITS (Letonia)
M. Georg RESS (Alemania)	M. Boštjan ZUPANCIC (Eslovenia)	M. Kristaq TRAJA (Albania)
M. Giovanni BONELLO (Malta)	M. Jean-Paul COSTA (Francés)	M ^{me} Snejana BOTOCHAROVA (Bulgaria)
M. Lucius CAFLISCH (Suiza, también ver N°1)	M. Jerzy MAKARCZYK (Polonia)	M. Michele de SALVIA, greffier/Registrar (Italia, ver N° 8)
M. Loukis LOUCAIDES (Chipre)	M. Pranas KURIS (Lituania)	M. Paul MAHONEY, greffier adjoint/Deputy Registrar (Reino Unido, también ver N°4)
M. Ireneu CABRAL BARRETO (Portugal)	M. Anatoly KOVLER (Rusia)	Mme Maud DE BOER-BUQUICCHIO, greffière adjointe/Deputy Registrar (Holandés)
M. Rıza TÜRMEN (Turquía)	M. Mindia UGREKHELIDZE (Georgia)	

**ANEXO III. FECHA DE FIRMA DEL CONVENIO Y SUS PROTOCOLOS AÚN
VIGENTES**

CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES

Abierto para firma de los Estados Miembros: Roma 04/11/50 Entrada en vigor con 10 ratificaciones: 03/09/53

ESTADOS MIEMBROS	FECHA DE FIRMA	FECHA DE RATIFICACIÓN O ADHESIÓN	FECHA DE ENTRADA EN VIGOR	R: RESERVAS D: DECLARACIONES T: DECLARACIÓN TERRITORIAL E / F: (E) VERSIÓN EN INGLÉS / (F) VERSIÓN EN FRANCÉS
ALBANIA	13/07/95	02/10/96	02/10/96	
ANDORRA	10/11/94	22/01/96	22/01/96	R/D: E / F
AUSTRIA	13/12/57	03/09/58	03/09/58	R: E / F
BELGICA	04/11/50	14/06/55	14/06/55	
BULGARIA	07/05/92	07/09/92	07/09/92	
CROACIA	06/11/96	05/11/97	05/11/97	R: E / F
CHIPRE	16/12/61	06/10/62	06/10/62	
REP/ CHECA	21/02/91 ²⁷¹	18/03/92 ²⁷²	01/01/93	R: E / F
DINAMARCA	04/11/50	13/04/53	03/09/53	
ESTONIA	14/05/93	16/04/96	16/04/96	R: E / F
FINLANDIA	05/05/89	10/05/90	10/05/90	R: E / F
FRANCIA	04/11/50	03/05/74	03/05/74	R/T: E / F
GEORGIA	27/04/99	20/05/99	20/05/99	
ALEMANIA	04/11/50	05/12/52	03/09/53	R: E / F
GRECIA	28/11/50	28/11/74	28/11/74	
HUNGRÍA	06/11/90	05/11/92	05/11/92	R: E / F
ISLANDIA	04/11/50	29/06/53	03/09/53	
IRLANDA	04/11/50	25/02/53	03/09/53	R: E / F
ITALIA	04/11/50	26/10/55	26/10/55	
LETONIA	10/02/95	27/06/97	27/06/97	
LICHTENSTEIN	23/11/78	08/09/82	08/09/82	R: E / F
LITUANIA	14/05/93	20/06/95	20/06/95	R: E / F
LUXEMBURGO	04/11/50	03/09/53	03/09/53	
MALTA	12/12/66	23/01/67	23/01/67	D: E / F
MOLDOVA	13/07/95	12/09/97	12/09/97	R/D: E / F
HOLANDA	04/11/50	31/08/54	31/08/54	T: E / F
NORUEGA	04/11/50	15/01/52	03/09/53	
POLONIA	26/11/91	19/01/93	19/01/93	
PORTUGAL	22/09/76	09/11/78	09/11/78	R: E / F
RUMANIA	07/10/93	20/06/94	20/06/94	R: E / F
RUSIA	28/02/96	05/05/98	05/05/98	R: E / F
SAN MARINO	16/11/88	22/03/89	22/03/89	R/D: E / F
ESLOVAQUIA	21/02/91	18/03/92	01/01/93	R: E / F
ESLOVENIA	14/05/93	28/06/94	28/06/94	
ESPAÑA	24/11/77	04/10/79	04/10/79	R/D: E / F
SUECIA	28/11/50	04/02/52	03/09/53	
SUIZA	21/12/72	28/11/74	28/11/74	R/D: E / F
ANT/ REP/ YUGOSLAVA DE	09/11/95	10/04/97	10/04/97	

²⁷¹ Firma de la antigua República Federal Checo – Eslovaquia.

²⁷² Depósito del instrumento de ratificación de la antigua República Federal Checo – Eslovaquia.

MACEDONIA				
TURQUIA	04/11/50	18/05/54	18/05/54	
UCRANIA	09/11/95	11/09/97	11/09/97	R: E / E
REINO UNIDO	04/11/50	08/03/51	03/09/53	T: E / E

FECHA DE FIRMA DE LOS PROTOCOLOS AÚN VIGENTES

ESTADOS MIEMBROS	PROTOCOLO Nº1	PROTOCOLO Nº4	PROTOCOLO Nº6	PROTOCOLO Nº7
ALBANIA	02/10/96	02/10/96	-	02/10/96
ANDORRA	-	-	22/01/96	-
AUSTRIA	03/09/58	18/09/69	05/01/84	14/05/86
BELGICA	14/06/55	21/09/70	10/12/98	-
BULGARIA	07/09/92	-	-	-
CROACIA	05/11/97	05/11/97	05/11/97	05/11/97
CHIPRE	06/10/62	03/10/89	-	-
REP/ CHECA	18/03/92	18/03/92	18/03/92	18/03/92
DINAMARCA	13/04/53	30/09/64	01/12/83	18/08/88
ESTONIA	16/04/96	16/04/96	17/04/98	16/04/96
FINLANDIA	10/05/90	10/05/90	10/05/90	10/05/90
FRANCIA	03/05/74	03/05/74	17/02/86	17/02/86
GEORGIA	-	-	-	-
ALEMANIA	13/02/57	01/06/68	05/07/89	-
GRECIA	28/11/74	-	08/09/98	29/10/87
HUNGRIA	05/11/92	05/11/92	05/11/92	05/11/92
ISLANDIA	29/06/53	16/11/67	22/05/87	22/05/87
IRLANDA	25/02/53	29/10/68	24/06/94	-
ITALIA	26/10/55	27/05/82	29/12/88	07/11/91
LETONIA	27/06/97	27/06/97	07/05/99	27/06/97
LICHTENSTEIN	14/11/95	-	15/11/90	-
LITUANIA	24/05/96	20/06/95	08/07/99	20/06/95
LUXEMBURGO	03/09/53	02/05/68	19/02/85	19/04/89
MALTA	23/01/67	-	26/03/91	-
MOLDOVA	12/09/97	12/09/97	12/09/97	12/09/97
HOLANDA	31/08/54	23/06/82	25/04/86	-
NORUEGA	18/12/52	12/06/64	25/10/88	25/10/88
POLONIA	10/10/94	10/10/94	-	-
PORTUGAL	09/11/78	09/11/78	02/10/86	-
RUMANIA	20/06/94	20/06/94	20/06/94	20/06/94
RUSIA	05/05/98	05/05/98	-	05/05/98
SAN MARINO	22/03/89	22/03/89	22/03/89	22/03/89
ESLOVAQUIA	18/03/92	18/03/92	18/03/92	18/03/92
ESLOVENIA	28/06/94	28/06/94	28/06/94	28/06/94
ESPAÑA	27/11/90	-	14/01/85	-
SUECIA	22/06/53	13/06/64	09/02/84	08/11/85
SUIZA	-	-	13/10/87	24/02/88
ANT/ REP/ YUGOSLAVA DE MACEDONIA	10/04/97	10/04/97	10/04/97	10/04/97
TURQUIA	18/05/54	-	-	-
UCRANIA	11/09/97	11/09/97	-	11/09/97
REINO UNIDO	03/11/52	-	20/05/99	-

**ANEXO IV. AUMENTO DE LAS DEMANDAS EN LA COMISIÓN Y EN EL
TRIBUNAL**

AUMENTO DE LAS DEMANDAS EN LA COMISIÓN Y EN EL TRIBUNAL
(de 1985 a la 1998)²⁷³

DEMANDAS INDIVIDUALES	1985	1989	1993	1995	1996	1998
ARCHIVOS PROVISIONALES ABIERTOS	2.831	4.990	9.323	10.201	12.143	16.353
DEMANDAS REGISTRADAS	595	1.445	2.037	3.481	4.758	5.981
DEMANDAS ADMITIDAS	70	95	218	807	624	762
ASUNTOS ELEVADOS AL TRIBUNAL	25-31	61-93-50, (343 en total desde 59)	52			
ASUNTOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL		243 (en total desde 59)				
ASUNTOS PENDIENTES EN EL C. MINISTROS			189			

(Ante el Nuevo Tribunal a partir del 1ero de noviembre de 1998)

DEMANDAS INDIVIDUALES ²⁷⁴	1998	1999
ARCHIVOS PROVISIONALES ABIERTOS		48.000
DECISIONES DE ADMISIBILIDAD O NO-ADMISIBILIDAD	40.000	(10.217 en los seis primeros meses del año) ²⁷⁵
DEMANDAS REGISTRADAS	2.038	
COMUNICACIONES A LOS ESTADOS DEMANDADOS	6.750	10.000
ASUNTOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL	804	(3.643 en los seis primeros meses del año) ²⁷⁶
DECISIONES Y FALLOS DE LOS DOS PRIMEROS MESES DE FUNCIONAMIENTO	38	
	134	640 (solo en el mes de septiembre)

²⁷³ Los datos provienen de MAHONEY, P., *Speculating on the future of...*; PEUKERT, W., *A propos de la réforme du système...* y del INFORME EXPLICATIVO del Protocolo 11, Documentos del Consejo de Europa, Op. Cit.

²⁷⁴ Sujetas a las disposiciones transitorias del artículo 5 del Convenio (que como se verá en la parte relativa al funcionamiento del Tribunal, son tratados por la Gran Cámara)

²⁷⁵ Lo que representa una cifra mayor al total de demandas recibidas durante todo el año 1995 (10.201); dos tercios de las que se recibieron en el año 1998 (16.353)

²⁷⁶ Lo que representa una cifra mayor al total de demandas registradas durante todo el año 1995 (3.481); dos tercios de las que se recibieron en el año 1998 (5.981)

ANEXO V. COSTO APROXIMADO DE UNA DEMANDA (ANTIGUO SISTEMA Vs. EL ACTUAL)

ORGANOS DE LA CONVENCION

Costo aproximado de una demanda²⁷⁷

A) En la Comisión

	1987	1988	1989	1990	1991
DEMANDAS INDIVIDUALES					
DEMANDAS PROVISIONALES	3.675	4.108	4.900	4.942	5.550
DEMANDAS ACEPTADAS	860	1.009	1.445	1.657	1.648
DEMANDAS SOBRE LAS QUE SE DECIDIÓ TOTAL	590	654	1.338	1.216	1.648
INADMISIBLES DE PLANO	498	493	1.195	940	1.261
INADMISIBLES DESPUÉS DE LA PRIMERA COMUNICACIÓN	61	109	48	125	181
INADMISIBLES	31	52	95	151	217
DECISIONES SOBRE EL FONDO	30	28	69	75	144
DECISIONES DE ARREGLO AMISTOSO	14	8	7	12	32
	1987	1988	1989	1990	1991
PERSONAL					
MIEMBROS DE LA COMISIÓN	20	20	21	22	22
JURISTAS DEL SECRETARIADO	27	32	32	34	35
PRESUPUESTO ANUAL (MILLONES DE F.F)	20	25	27	34	41
PORCENTAJE DE DEMANDAS INADMISIBLES DE PLANO POR UN JUEZ	18.4	15.4	37.3	27.6	36.0
PORCENTAJE DE DEMANDAS INADMISIBLES DESPUÉS DE LA PRIMERA COMUNICACIÓN (O LA DECLARACIÓN DE UN REPORTE POR EL JUEZ)	3.8	2.6	3.9	6.2	10.2
COSTO MEDIO DE UNA DEMANDA TRATADA POR LA COMISIÓN	33.2	39.2	20.5	30	25.4

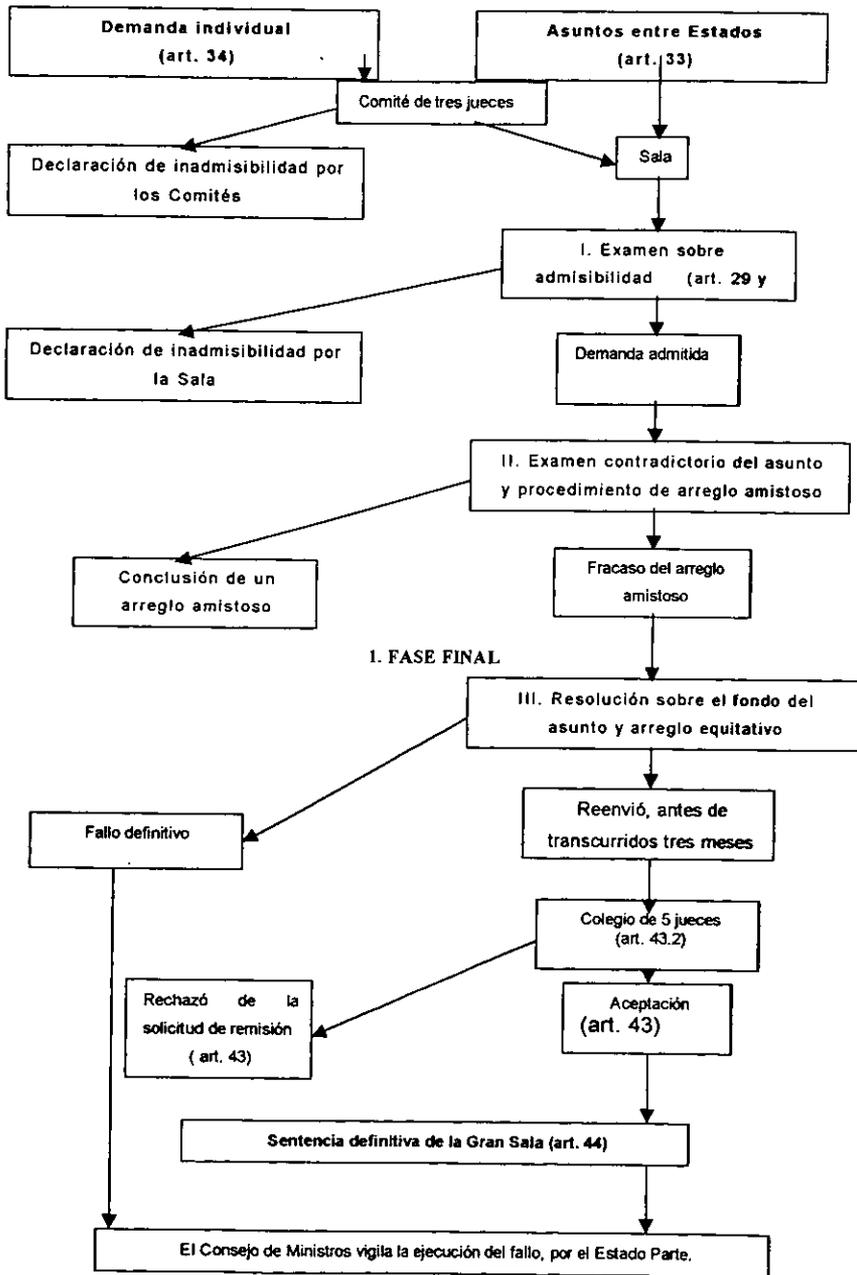
B) En el Tribunal

	1987	1988	1989	1990	1991
DEMANDAS INDIVIDUALES					
DEMANDAS INTERPUESTAS SOBRE LAS QUE SE DECIDIÓ EN TOTAL	21	16	31	61	93
FALLOS (INCLUIDOS LOS DEL ART 50)	32	26	25	30	72
	1987	1988	1989	1990	1991
PERSONAL					
MIEMBROS DEL TRIBUNAL	20	20	21	22	24
JURISTAS Y REFRENDARIOS	10	12	12	12	14
PRESUPUESTO ANUAL (MILLONES DE F.F)	12	16	17	22	25
PORCENTAJE DE FALLOS POR UN JUEZ	3.2	2.2	2.1	2.5	5.1
COSTO MEDIO DE UN FALLO EN EL TRIBUNAL	375	615	680	733	347

²⁷⁷ Los datos provienen de MAHONEY, P., *Speculating on the future of...*; PEUKERT, W., *A propos de la réforme du système...* y del INFORME EXPLICATIVO del Protocolo 11, Documentos del Consejo de Europa, Op. Cit

**ANEXO VI. PROCEDIMIENTO ANTE EL NUEVO TRIBUNAL PERMANENTE
(DIAGRAMA DE FLUJO)**

1. FASE INICIAL



BIBLIOGRAFÍA

Una visión general de la historia y los derechos fundamentales en Europa.

Libros

ALSTON, PH., *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999.

LABRADA RUBIO, V., *Introducción a la teoría de los derechos humanos: Fundamento, Historia, Declaración Universal de 10.XII.1948*, Civitas, Madrid, 1998.

MARTIN RETORTILLO, L., *La Europa de los derechos humanos*, CEPC, Madrid, 1998.

NIKKEN, P., *La Protección Internacional de los Derechos Humanos; su desarrollo progresivo*, Civitas - IIDH, Madrid, 1987.

BROTONS-RIQUELME-ORIHUELA-DIEZ-HOCHLEITNER-PEREZ-PRAT, *Derecho Internacional*, Mc.Graw Hill - Ciencias Jurídicas, Madrid, 1997.

TRUYOL Y SERRA, A., *La Integración Europea I, Análisis histórico - institucional con textos y documentos, Génesis y desarrollo de la Comunidad Europea (1951 – 1979)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

Derechos fundamentales en conexión con el derecho comunitario

Libros

ALONSO GARCÍA, R., *Derecho Comunitario y Derechos Nacionales; Autonomía, Integración e Interacción*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1999.

Ídem, *Derecho Comunitario, Sistema Constitucional y administrativo de la Comunidad Europea*, Colección Ceura –Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.

COHEN, J., *Aspects européens des droits fondamentaux, Libertés et Droits Fondamentaux*, Montchrestien, Paris, 1999.

RENUCCI, J.F., *Manuel: Droit européen des droits de l'homme*, L.G.D.J, Paris, 1999.

SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3eme édition mise a jour, Presses Universitaires de France, Paris, 1997.

WEILER, J.H.H., *The Constitution of Europe*. Cambridge, 1999.

Revistas especializadas

RODRIGUEZ IGLESIAS y VALLES GALVEZ, *Tribunal de Justicia de las CCEE, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunales Constitucionales*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, CEPC, (Nº 2) 1997. Págs. 329-377.

Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Libros

BERGER, V., *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Editions Sirey, Paris 1991.

EISSEN, M-A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1985.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., LINDE, E., ORTEGA, L. I., y SANCHEZ MORÓN, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 1979.

MARGUÉNAUD, J-P., *Le Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 1997.

MONTIEL ARGUELLO, A., El derecho interno y los tribunales internacionales de derechos humanos, Liber Amicorum Hector Fix Zamudio (Vol I), Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998. Págs. 193-203.

PETZOLD, H., El Nuevo Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, Liber Amicorum Hector Fix Zamudio (Vol II), Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998. Págs. 1256-1269.
Revistas especializadas

DE SCHUTTER, O., La Nouvelle Cour Européenne des Droits de L'Homme, Cahiers de Droit Européen, 1998 (N° 3-4), Págs. 319-352.

EISSEN, M-A., L'aspect institutionnel du Protocole N°11 à la C.E.D.H, Bulletin des Droits de L'homme, 1995 (N°4), Págs. 3-17

Del Protocolo de enmienda N° 11 al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales

Libros

LAMBERT, P., (dir.) , La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n°11 - Les bénéficiaires du droit de recours, págs. 7-27, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 1999; BRUYN, D., L'épuiement des voies de recours internes, págs. 39-60; CLÉMENT, J.N., L'audience de plaidoirie l'arrêt de la Chambre et la saisine de la Grande Chambre, págs. 83-92; PETTITI, CH., La forme et contenu de la requête, págs. 29-37.

SÁNCHEZ LEGIDO, A., La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Colex, Madrid, 1995.

VEY MESTDAGH, K., Reform of the European Convention on Human Rights in a Changing Europe, en The Dynamics of the Protection of Human Rights in

Europe. Essays in Honor of Henry G. Schermers, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994 (Volume III), págs. 337-360.

Revistas especializadas

ALVAREZ- OSSORIO, F., Perfecciones e imperfecciones en el Protocolo de enmienda N° 11 al C.E.D.H y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1 de noviembre de 1998), Revista Española de Derecho Constitucional, (N° 56) 1999, págs. 135-165.

ARRIAGA, I.- ZOCO, C., La reforma del Sistema de Protección de los derechos del hombre instaurado por el Convenio Europeo de 1950: El Protocolo N° 11, Persona y Derecho- Suplemento Humana Iura de derechos humanos, 1995 (N°5), págs. 11-50.

BONET, J., El Protocolo número 11 y la reforma del Sistema Europeo de Protección de los derechos humanos, Revista Española de Derecho Internacional, 1994 (N° 1), págs. 474-485.

BRATZA, N.Q.C. - O' BOYLE, M., Opinion: The Legacy of the Commission to the New Court under the Eleventh Protocol, European Human Rights Law Review, 1997 (N° 3), págs. 211-228.

CALLEWAERT, J., La Cour européenne des droits de l'homme un an après de Protocole n° 11, Journal des Tribunaux Droit Européen, 1999 (N° 63), págs. 201- 207.

CAMERON, I., Protocol 11 to the European Convention on Human Rights: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court?, Yearbook of European Law, 1995 (N° 15), págs. 219-260.

CARRILLO SALCEDO, J.A., Quels juges pour la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme?, Revue Universelle des Droits de l'Homme, 1997 (N° 1-4), págs. 1- 3.

Ídem, Vers la reforme du mecanisme de controle institue par la Convention Européenne des droits de l'homme, *Revue Generale de Droit International Public*, 1993 (Vol 97), págs. 629-643.

COHEN, J., FLAUSS, J.F., SUDRE, F., *Droit constitutionnel et Convention européenne des Droits de l'Homme*, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1993 (N° 13), págs. 197-222.

COSTA, J.-P., L'application par le Conseil d' État français de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 1997 (N° 31), págs. 395-406.

DRZEMCZEWSKI, A y MEYER-LADEWIG, J., Principales caractéristiques du nouveau mécanisme de contrôle établi par la CEDH suite au Protocole n° 11, signé le 11 mai 1994.: Une Cour unique des droits de l'homme remplacera les actuelles Commission et Cour à Strasbourg, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1994 (N° 3), págs. 81-113.

Ídem, Protocole N° 11 à la CEDH: préparation à l'entrée en vigueur, *European Journal of International Law*, 1997 (N° 1), págs. 59-76.

FLAUSS, J.-F., Radioscopie de l' élection de la nouvelle Cour Européenne des droits de l'homme, *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 1998 (N° 35), págs. 435-464.

FROWEIN, J., Rapport- CONSEIL D' EUROPE, 8e Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme-Budapest septembre 1995, *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1997 (Vol. 38A), págs. 150-196.

GOLSONG, H., On the Reform of the Supervisory System of the European Convention on Human Rights, *Human Rights Law Journal*, 1992 (N° 7-8), págs. 265-269.

JANSSEN - PEVTSCHIN, G., Le Protocole N° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1994 (N° 20), págs. 483-500.

KRÜGER CHRISTIAN, H., Selecting Judges for the New European Court of Human Rights, *Human Rights Law Journal*, 1996 (N° 11-12, en inglés), págs. 401-404; y Procédure de sélection des juges de la nouvelle Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1996 (N° 4-7, en francés), págs. 113-116.

LAMBERT, P., Les juges ad hoc à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1999 (N° 39), págs. 479-485.

MAHONEY, P., Speculating on the future of the Reformed European Court of Human Rights, *Human Rights Law Journal*, 1999 (N°1-3), pág. 1-4

MARCUS HELMONS, S., La vie du droit: Le onzieme Protocole additionel à la Convention européenne des Droits de l'Homme, *Journal des Tribunaux*, 1994 (N° 27), págs. 545-547.

PEUKERT, W., A propos de la réforme du système de protection prévu par la Convention européenne des droits de l'homme, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1992 (N° 7), págs. 217-226.

ROLLNERT LIERN, G., El Protocolo N°11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos: ¿hacia un Tribunal Constitucional Europeo?, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 1996 (N° 14-15), págs. 239-255.

ROWE N.- VOLKER S., The Protection of Human Rights in Europe after the Eleventh Protocol to the ECHR, *European Law Review*, 1998 (Human Rights Survey Issue), págs. 3-17.

RYSSDALL, R., Opinion: The Coming of Age of the European Convention on Human Rights, *European Human Rights Law Review*, 1996 (Nº 1), págs. 18-29.

Ídem, Rapport- CONSEIL D' EUROPE, 8e Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme-Budapest septembre 1995, *Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1997 (Vol. 38A), págs. 7-10.

SALADO OSUNA, A., El Protocolo de enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, *Revista de Instituciones Europeas*, 1994 (Nº 3), págs. 943-965.

SANCHEZ LEGIDO, A., Una visión sobre el nuevo mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos previsto por el Protocolo 11, en Andorra en el ámbito jurídico europeo. XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Principado de Andorra, 21-23 de septiembre de 1995, Jefatura del Estado Andorrano. Copríncipe episcopal - Marcial Pons, 1996, págs. 265-280;

Ídem, Un nuevo Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, *BOLETÍN DE INFORMACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA*, Nº 1830 (dedicado al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 1998, págs. 67-79.

SCHERMERS HENRY G., The Eleventh Protocol to the European Convention on Human Rights, *European Law Review*, 1994 (Nº 4), págs. 367-384.

Ídem, Adaptation of the 11th. Protocol to the European Convention on Human Rights, *European Law Review*, 1995 (Nº 6), págs. 559-579.

Ídem, Human Rights in the European Union after the Reform of 1 November 1998, *European Public Law*, 1998 (Nº 3), págs. 335-343.

Ídem, Election of Judges to the European Court of Human Rights, European Law Review, 1998 (N° 23), págs. 568-578.

SUCHOCKA, H., Rapport- CONSEIL D' EUROPE, 8e Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l'Homme-Budapest septembre 1995, Annuaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, 1997 (Vol. 38A), págs. 103-112.

SUDRE, F., La Communauté Européenne et les droits fondamentaux après le Traite d'Amsterdam: Vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme?, JCP-La Semaine Juridique édition générale, 1998 (N° 1-2), págs. 9-16.

Ídem, (dir.) - V.V.A.A., L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, Actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme (UMR. CNRS.5815) Faculté de droit de l'Université de Montpellier I, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 1998.

TOMKINS A., The Committee of Ministers: Its Roles under the European Convention on Human Rights, European Human Rights Law Review, 1995 (Launch Issue), págs. 49- 62.

WACHSMANN, P., La nouvelle Structure: le Protocole N° 11 a la C.E.D.H, Paris, 1995.

Documentos oficiales

COUNCIL OF EUROPE, Agreement Relating To Persons Participating In Proceedings Of The European Court Of Human Rights, Strasbourg, 5.III.1996.

BOLETÍN DE INFORMACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, N° 1830 (dedicado al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), Imprenta Nacional del BOE, Madrid, 1998.

Jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos

- CFDT c. Comunidad Económica Europea*, 1978, Nº 8030/77.
Lindsey y otros c. Reino Unido, 1979, Nº 8364/78.
Alliances Belges de la Comunidad Económica Europea c. Bélgica,
1979, Nº 8612/79.
Tete c. Francia, 1987, Nº 11123/84.
Dufay c. Comunidad Económica Europea, 1989, Nº 13539/88.
M & Co. c. Alemania, 1990, Nº 13258/87.
Procola y otros c. Luxemburgo, 1993, Nº 14570/89.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Ringeisen c. Austria*, 1971, A. 13.
Tryer c. Reino Unido, 1978, A. 26: chatiments judiciaires corporels
dans l'île de Man.
Marckx c. Bélgica, 1979, A. 31.
Van Oosterwijck c. Bélgica, 1980, A.40.
Airey c. Irlanda, 1979, A.32 y 1981, A. 41.
Le Compte, Van Leuven et de Mayere c. Bélgica, 1981, A. 43 y
1982, A. 54
Dungeon c. Reino Unido, 1981, A. 45 y 1983, A. 59.
Rees c. Reino Unido, 1986, A. 106.
Norris c. Irlanda, 1988, A. 143.
Berrehab c. Países Bajos, 1988, A.138.

Bibliografía complementaria

GONZÁLEZ GARCÍA, J.V., *La revisión extraordinaria de sentencias contencioso- administrativas*, Tecnos, Madrid, 2000.

RIDEAU, J., *Manuel: Droit Institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes*, L.G.D.J. (3eme. Édition), Paris, 1999.

ALONSO GARCÍA R., –TORRES MURO, I., *La Ley británica de derechos humanos (Human Rights Act 1998): una evolución a conciencia*. REDA, 2000 (Nº 105), pág. 5 – 36.

BANDRÉS-SANCHEZ-CRUZAT, Derecho administrativo y Tribunal europeo de derechos humanos (comentarios a la última jurisprudencia administrativa del Tribunal de Estrasburgo), Ministerio de Justicia-Ed. Civitas, Madrid, 1996.

HABÈRLE, P., ¿ Existe un espacio público Europeo?, Revista de Derecho Comunitario Europeo, CEPC, (N° 3) 1998. Pág. 113-137.

PERNICE, J., Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European constitution making revisited, Common Market Law Review, N°. 4 1999. Pág. 703-750.