

EL FUTURO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: ¿HACIA EL PROTOCOLO 15?

**ALICIA CEBADA ROMERO
RAINER NICKEL**

*Profesora Titular Universidad Carlos III de Madrid
Profesor de Derecho público. Johann Wolfgang Goethe-
Universität. Frankfurt am Main*

I. LA CRISIS EXISTENCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS



L Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se encuentra al borde del colapso. La empresa de dar cobertura a 800 millones de potenciales demandantes con tan solo 47 jueces, asistidos por unos 250 abogados, parece una misión imposible.

Se calcula que el TEDH, con su actual composición, puede tramitar alrededor de 28.000 casos por año. Teniendo en cuenta que, anualmente, se presentan unos 40.000, resulta un saldo negativo de 12.000 casos anuales, que pasan a engrosar la lista de asuntos pendientes. En este momento, son

alrededor de 80.000¹ los casos recogidos en esta lista, por lo que el Tribunal necesitaría una moratoria de más de tres años tan solo para ponerse al día. Conviene, no obstante, señalar que el TEDH no es el único Tribunal internacional afectado por un exceso de trabajo².

Esta situación crítica es el resultado de la falta de previsión que acompañó a la apertura del Convenio Europeo de Derechos Humanos³ a los Estados de Europa del Este, así como a la entrada en vigor del Protocolo XI que otorgó a los particulares acceso directo al Tribunal. Estos cambios que son, sobre el papel, positivos para el Sistema Europeo de protección de los derechos humanos, pueden, sin embargo, haber condenado al Tribunal a la situación en la que ahora se encuentra, porque no fueron acompañados de las medidas que hubieran sido necesarias para, de un lado, agilizar el funcionamiento de la Institución ante el previsible aumento del volumen de trabajo⁴ y, de otro lado, preparar al Tribunal para trabajar en un contexto diferente. Una de las claves que hay que manejar a la hora de diseñar posibles soluciones tiene que ver con el alto porcentaje de declaraciones de inadmisibilidad (alrededor del 90% de las demandas son declaradas inadmisibles).

En esta situación, el TEDH lo tiene difícil para permanecer fiel a la interpretación que del artículo 6 del Convenio Europeo de derechos humanos (CEDH) ha impuesto él mismo a los tribunales nacionales y, según la cual, las dilaciones indebidas en la administración de justicia constituyen una violación del Convenio⁵. La paradoja se acentúa cuando se pone de relieve que alrededor de la mitad de las demandas presentadas ante el Tribunal se refieren a una violación del artículo 6, y que, de éstas, la mitad traen su causa de un retraso indebido en la administración de justicia⁶.

¿Por qué en la región del mundo en la que supuestamente existe el nivel más alto de protección de los derechos humanos se plantean tantas demandas ante un Tribunal internacional? En estos momentos, los países contra los que se presentan mayor número de demandas, con porcentajes que oscilan entre el 10 y el 20%, son Rusia, Rumania y Turquía, por este orden. ¿En qué casos el exceso de demandas ante el Tribunal se puede leer como un indicio de deterioro o déficit democrático? ¿Por qué una amplia mayoría de las demandas presentadas terminan siendo declaradas inadmisibles? ¿Cómo se puede promover y lograr un mejor uso del sistema europeo de protección de los derechos humanos por parte de los particulares?

La situación actual debe ser abordada desde diversos frentes:

a) Teniendo en cuenta que, como ya se ha dicho, el 90% de los asuntos que llegan al Tribunal son declarados inadmisibles, parece necesario, de una parte, agilizar, destinando más recursos, el análisis de la admisibilidad. No se debe perder de vista, en todo caso, que la admisibilidad puede no ser un mero trámite y que la decisión de declarar la inadmisibilidad de una demanda puede considerarse extremadamente polémica (véase, por ejemplo, la decisión de inadmisibilidad en la demanda 36075/03 SAPAN v. Turquía, en un asunto relativo a la libertad de expresión⁷. O la correspondiente a la demanda 62414/00, Palusinski v. Polonia⁸, también sobre una violación del artículo 10 del Convenio Europeo). De otra parte, es imprescindible mejorar el conocimiento que del sistema europeo de derechos humanos tienen los ciudadanos europeos, de manera que disminuya el número de demandas manifiestamente infundadas. Ofrecer una buena formación sobre el sistema europeo de protección de los derechos humanos en el marco de la carrera de Derecho sería recomendable.

b) Por otro lado, es acertado promover la utilización del arreglo amistoso como método alternativo de solución de diferencias. Se verá que, en los últimos tiempos, el Tribunal ha llegado a aceptar un falso arreglo u ofrecimiento unilateral por parte del Estado cuando la víctima se niega a aceptarlo, siempre y cuando el Estado reconozca expresamente la violación y ofrezca –como compensación– una parte sustancial de lo que el Tribunal hubiese concedido en caso de haber adoptado una sentencia condenatoria contra el Estado.

¹ Annual Report 2007 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, p. 133-134. El Tribunal ha cambiado la presentación de sus datos estadísticos. Para una discusión de los datos anteriores, vease Lucius Caflisch, «The reform of the European Court of Human Rights: Protocol núm. 14 and beyond» 6 Human Rights Law Review (2006), 403.

² Laurence R. Helfer; Anne-Marie Slaughter. «Why States create international Tribunals? A response to Professors Posner and Yoo». 93 (2005) *California Law Review*, p. 915.

³ Se utilizarán indistintamente las expresiones Convenio europeo y Convención europea.

⁴ George Ress, «The effect of Decisions and Judgements of the European Court of Human Rights in the domestic legal orders». 40 (2005) *Texas International Law Journal*, 356, en p. 362-363: «The Court has a considerable backlog due to the fact that from the very beginning, the Contracting States have not provided the Court with the necessary financial means to fulfil its mission».

⁵ Patricia Egli, «Protocol núm. 14 to the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: towards a more effective control mechanism?» 17 (2007) *Journal of Transnational Law and Policy*, p. 2.

⁶ Lucius Caflisch. «The reform of the European...» *op. cit.*, p. 405.

⁷ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=36075/03&sessionId=14109749&skin=hudoc-en>.

⁸ <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/viewhbkm.asp?action=open&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649&key=59033&sessionId=14109749&skin=hudoc-en&attachment=true>.

c) Es, así mismo, conveniente reforzar los sistemas nacionales de protección y mejorar las relaciones de éstos con el sistema europeo. La idea es muy simple: unos sistemas nacionales de protección más eficaces y mejor comunicados con el sistema europeo, aliviarían la carga de trabajo de éste. Los casos se resolverían en el marco estatal, sin necesidad de que las víctimas acudan al Tribunal europeo. Se trata de que el Tribunal sea una instancia subsidiaria y no sustitutoria de las jurisdicciones nacionales. Por otro lado, en el plano de las relaciones entre sistemas nacionales y sistema europeo cualquier avance que mejore la ejecutoriedad de las sentencias del TEDH es, también, positivo.

De todas formas, si nos quedáramos en este nivel del análisis pecaríamos de superficialidad. El Tribunal no se encuentra atenazado únicamente por el volumen de trabajo. No es sólo eso. El problema es más complejo. Ya Antonio Pastor apuntaba en esta dirección cuando decía que «parte importante de la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal se debe a la errónea percepción que de sus funciones tienen algunos demandantes (o mejor sus abogados), que querrían hacer de él un órgano de apelación o casación, cuando tales funciones sólo consisten en la comprobación de violaciones de la Convención»⁹. Pero no se trata tan sólo de un error de parte de algunos demandantes, sino que también es importante señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no está trabajando en la misma Europa en la que nació. Y en el nuevo entorno geográfico y político tiene que redefinir su papel. No es lo mismo ser un Tribunal internacional de derechos humanos competente para conocer de denuncias presentadas contra países con democracias consolidadas, que actuar en un contexto más amplio en el que se hallan países en transición con democracias mucho más inestables. En la situación actual, la experiencia de la Corte interamericana puede ser un punto de referencia para el Tribunal Europeo. En estos momentos el Tribunal no puede actuar como único instrumento internacional de garantía de los derechos humanos en determinados países. Y esta realidad pone de manifiesto lo paradójica que ha resultado la desaparición del órgano de control del sistema europeo, la Comisión, coincidiendo con la ampliación del ámbito geográfico de actuación del Tribunal y con la consiguiente adhesión al sistema de un importante número de países en transición.

El Tribunal Europeo de derechos humanos debe ser capaz de redefinir su papel en la nueva Europa¹⁰ y de reforzarlo, y debe establecer unas relaciones más estrechas y claras de cooperación con otros órganos europeos de control.

Ante esta crisis existencial, es evidente que todas las acciones mencionadas anteriormente deben ir acompañadas de una redefinición y aclaración del papel que corresponde al TEDH dentro del «sistema europeo de protección de los derechos humanos». Parece difícil que se pueda transmitir lo que el Tribunal es e informar adecuadamente sobre su función, cuando existe todavía un debate abierto sobre la naturaleza de este órgano según que se quiera otorgar relevancia a su función de control constitucional o, en cambio, a la de impartir justicia individual. Se verá que se trata, ésta, de una disyuntiva falsa que proviene de un planteamiento incorrecto de la situación. Un Tribunal internacional de las características del TEDH no puede pretender impartir «justicia individual». La justicia individual tiene que garantizarse en el plano nacional, de manera que al Tribunal deben llegar los casos excepcionales en que el funcionamiento de los mecanismos de protección nacionales han sido insatisfactorios, tratando de contribuir a que se vaya produciendo una armonización de los niveles de protección existentes en los diferentes Estados Parte en el Convenio. En los casos en que los niveles de protección nacionales sean insatisfactorios el Tribunal sólo puede aspirar a ser una pieza más que contribuya a una mejoría de la situación o a avances. La actuación del Tribunal debe acompañarse de una actuación en el plano político, para lo cual resultará muy útil una coordinación con órganos de control.

El Protocolo 14, adoptado en 2004, y que aún no ha entrado en vigor, fue la respuesta que los Estados Parte dieron a los problemas planteados, que amenazaban seriamente con asfixiar al TEDH. Si en 2004, la situación era ya acuciante, no podemos más que reconocer que ésta se ha ido agravando con el paso del tiempo, cuatro años ya desde que se firmara el Protocolo. En estos años se han formulado ya propuestas alternativas a las recogidas en éste. Desde el principio se preveía que las formulas recogidas en el Protocolo servirían para aliviar algunos de los problemas, pero no para resolverlos definitivamente por lo que se encargó a un Grupo de Sabios que presentaran propuestas para mejorar las soluciones previstas en el Protocolo. El Grupo de Sabios presentó un Informe en 2006 que pone de manifiesto más clara-

⁹ Antonio PASTOR RIDRUEJO. «El Protocolo 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿estamos en ante la reforma que necesita el Tribunal?», Vol. LVI (2004), *REDI*, p. 142.

¹⁰ Habla de un «problema de identidad»: Laurence R. HELFER. «Redesigning the European Court of Human Rights: embeddedness as a deep structural principle of the European Human Rights Regime» 19 (2008) *European Journal of International Law*, p. 125.

mente, si cabe, la insuficiencia de las fórmulas recogidas en el Protocolo 14. En estos momentos, la entrada en vigor de éste parece bastante difícil a la vista de la posición de Rusia, único Estado que todavía no lo ha ratificado y que no parece dispuesto a hacerlo.

A la vista de esta situación, es legítimo preguntarse si el Protocolo no ha quedado superado incluso antes de entrar en vigor. Quizás sea éste un buen momento para plantearse si no sería conveniente dejar atrás el Protocolo 14 y empezar a negociar otro Instrumento en el que se recojan soluciones más definitivas y radicales¹¹.

En este trabajo, vamos a analizar, en primer lugar, las soluciones propuestas por el Protocolo 14, para pasar luego, primero, al estudio de la posición rusa, que bloquea la entrada en vigor del Protocolo, y, después, de las propuestas lanzadas por el Grupo de Sabios. Aunque el análisis se centrará fundamentalmente en el Protocolo 14, siendo la sección II la parte fundamental de este trabajo, no hemos querido dejar de hacer unas referencias breves a algún aspecto relevante de la cuestión según las perspectivas española, alemana y de la Unión Europea. No obstante estas secciones –III, IV y V– son necesariamente breves. El trabajo se cerrará con una reflexión sobre las medidas que serían necesarias para superar la crisis del Sistema Europeo de Derechos Humanos, de manera que éste resultara reforzado, medidas que se podrían recoger también en un futuro Protocolo 15.

Podemos adelantar en este momento que el Protocolo 14 es una herramienta que podría contribuir a aliviar el exceso de trabajo del Tribunal, pero las soluciones que propone no sirven, sin embargo, para contrarrestar la crisis existencial de éste y que acabamos de caracterizar.

II. EL PROTOCOLO 14

En el Preámbulo del Protocolo 14 se establecen los objetivos de éste: «Considering the urgent need to amend certain provisions of the Convention in order to maintain and improve the efficiency of the control system for the long term, mainly in the light of the continuing increase in the workload of the European Court of Human Rights and the Committee of Ministers of the Council of Europe. Considering, in particular, the need to ensure

¹¹ Lucius CAFLISCH, «The reform of the European... *op. cit.*, p. 412), habla de un necesario Protocolo 15., Georg RESS, «The effect of Decisions and Judgements... *op. cit.*, p. 362: «The result will be that, even if the Fourteenth Protocol comes into force very rapidly, the situation will not change drastically».

that the Court can continue to play its pre-eminent role in protecting human rights in Europe».

Los dos objetivos están claramente relacionados porque el Tribunal Europeo no podrá continuar ejerciendo su papel fundamental en relación con la protección de los derechos humanos en Europa si no se resuelve el problema del colapso, aunque no sea éste –como se ha visto– su único problema.

Agilizar el funcionamiento del Tribunal, mejorar su eficiencia, es, pues, el objetivo general que se marca el Protocolo 14.

A) Principales novedades introducidas por el Protocolo 14

Para evitar el colapso del Tribunal se prevé la actuación en varios órdenes. Se pretende aliviar la carga de trabajo del TEDH, aclarar el papel del TEDH (justicia constitucional v. justicia individual), así como mejorar el procedimiento de ejecución de las Sentencias con el objetivo de mejorar la inserción del sistema europeo de protección de los derechos humanos en el marco de los ordenamientos jurídicos nacionales (o del ordenamiento jurídico de la UE, en caso de que ésta se adhiera finalmente al Convenio Europeo).

i) ALIVIAR LA CARGA DE TRABAJO DEL TEDH.

Para conseguir este objetivo se proponen dos medidas: el diseño de un sistema más eficaz para el filtrado de las demandas, así como la promoción del arreglo amistoso como método alternativo de resolución de diferencias.

i.1) *Un filtrado más eficaz de las demandas*

Se trata de conseguir que la tramitación de las demandas manifiestamente infundadas no colapse el funcionamiento del Tribunal. La propuesta más audaz que recoge el Protocolo 14 es la creación de la formación de juez individual, al que se asigna la misión de examinar la admisibilidad (artículos 26 y 27 del Protocolo). Los Comités (integrados por 3 jueces), que ahora deciden sobre la admisibilidad, pasarían a examinar las cuestiones de fondo en asuntos «repetitivos».

Los jueces, actuando individualmente, estarán asistidos por asesores (reclutados de entre los oficiales del Registro del Tribunal). Como juez indi-

vidual un juez no podrá decidir sobre la admisibilidad de asuntos referidos al país que ha propuesto su nombramiento.

El que un solo juez pueda bloquear el acceso al Tribunal, mediante una declaración de inadmisibilidad, es una fórmula que ha recibido muchas críticas. Quizá habría sido más razonable proponer la opción de una formación de dos jueces, como manera de incrementar las garantías con respecto a una posible decisión de inadmisibilidad. De este modo, se podría haber limitado la actuación del juez individual a los casos inadmisibles que, además, constituyesen un abuso de derecho (manifiestamente inadmisibles), teniendo en todos los demás casos el juez individual que recabar la opinión de un segundo juez. No obstante, hay autores que han interpretado que «esta disposición está pensada para las reclamaciones manifiestamente inadmisibles; por ejemplo, cuando está fuera de toda duda que la reclamación carece de fundamento, o es obvio y de todo punto indiscutible que no se han agotado los recursos internos del Estado demandado, o si se alega un derecho claramente ausente de la Convención o sus Protocolos adicionales»¹².

De acuerdo con el Protocolo, las Cámaras y la Gran Cámara seguirán decidiendo sobre cuestiones en las que no haya una jurisprudencia claramente establecida. La Gran Cámara decidirá sobre los asuntos que le sometan las Cámaras y sobre los recursos de apelación interpuestos contra una Sentencia de la Cámara por una de las partes, con el visto bueno de un Comité de 5 jueces. Este recurso es considerado por algunos autores como un lujo que un Tribunal claramente saturado no se debería permitir.¹³ Sin embargo, casos como el de Von Hannover¹⁴ sirven para demostrar la importancia que puede tener este recurso para darle al Tribunal la oportunidad de rectificar¹⁵, aunque en este caso concreto el Gobierno alemán prefirió no ofrecerle esa posibilidad al TEDH¹⁶.

En relación con la posible introducción de cambios en el futuro con respecto a la organización del Tribunal, el Protocolo 14 atribuye al Comité

¹² Antonio PASTOR RIDRUEJO. «El Protocolo 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿estamos en ante la reforma que necesita el Tribunal? Vol. LVI (2004), *REDI*, 144.

¹³ Lucius, Caflisch. «The reform of the European Court... *op. cit.* p. 410, piensa que el hecho de que unos jueces puedan revisar las Sentencias de otros jueces del mismo tribunal no crea precisamente buen ambiente en la Institución, además, considera que este recurso es un lujo para la Corte en la situación actual.

¹⁴ Caso de VON HANNOVER v. GERMANY (queja núm. 59320/00), juicio de 24 de junio de 2004.

¹⁵ Georg Ress, „The effect of Decisions ... *op. cit.*, p. 359.

¹⁶ Caso referido a la libertad de expresión. Cuando los editores de prensa alemanes pidieron al Ministerio de Justicia que recurrieran la decisión del TEDH, la Ministra Brigitte Zypries declaró públicamente que «era tan sólo una decisión del TEDH» y que las decisiones de este Tribunal «no son vinculantes».

de Ministros el poder para decidir una reducción en el número de los jueces de las Cámaras, de 7 a 5.

El efecto de todas estas medidas, si el Protocolo llega a entrar en vigor, será limitado, puesto que no suponen un incremento de jueces, sino tan sólo una redistribución de los trabajos entre los mismos. Durante las negociaciones del Protocolo 14 se manejó la posibilidad de introducir más jueces procedentes de los países más demandados, posibilidad rechazada abiertamente por éstos por razones que es fácil adivinar. Aunque una eventual incorporación de jueces adicionales incrementaría los costes, en la situación en la que se encuentra el Tribunal hay que asumir que habrá que aumentar los recursos destinados a la Institución. Quizás se pudiera pensar en incrementar el número de jueces¹⁷, cuya nacionalidad se podría definir de acuerdo con un turno rotatorio. En esta línea va la propuesta de crear un Comité Judicial contenida en el Informe del Grupo de Sabios y a la que luego nos referiremos con más detalle.

Además de mejorar el filtrado de las demandas, también se debe trabajar para evitar que se presenten muchas de las que van a acabar siendo declaradas inadmisibles. El Comité de Ministros en el momento de aprobar el Protocolo 14 adoptó tres recomendaciones, una de las cuales se refiere precisamente a la necesidad de promover la inclusión de cursos sobre el Convenio Europeo en los programas de las Universidades y de los Centros de Formación Profesional. Creemos que este tipo de medidas podría contribuir a la mejor instrucción de los particulares y de sus abogados y a que éstos valoren más juiciosamente la posibilidad real de que un eventual recurso prospere. Parece también conveniente pensar en «desincentivar» la presentación de demandas manifiestamente infundadas mediante algún tipo de «penalización», por ejemplo, la condena a pagar las costas, o la imposición de tasas por demandas abusivas. No obstante, la experiencia con este tipo de «penalización» no es muy prometedora. En Alemania, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal puede imponer una multa si los demandantes presentan una queja insustancial y manifiestamente infundada.¹⁸ Sin embargo, la realidad demuestra que este instrumento prácticamente no se usa, y que se plantean dudas sobre la arbitrariedad en su uso.

¹⁷ Antonio PASTOR RIDRUEJO. «El Protocolo 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿estamos ante la reforma que necesita el Tribunal? Vol. LVI (2004), *REDI*, p. 143

¹⁸ El capítulo 34, párrafo 2, del estatuto de procedimiento del Tribunal Constitucional Federal alemán establece que éste puede imponer una multa de hasta 2.600 euros si la queja supone un abuso de las posibilidades procesales de plantear una demanda. Con una media de 6.000 nuevos casos por año, en 2006, el Tribunal solo impuso 31 multas y en 2007 esta cifra es incluso inferior, puesto que solo se impusieron 15 multas en todo el año. Vease <http://www.bverfg.de/organisation/gb2007/A-VIII-2.html>.

En relación con la organización del Tribunal se dispone, también, en el Protocolo un cambio en lo que se refiere a la duración del mandato de los jueces, que se fija en nueve años improrrogables¹⁹. En la actualidad es de 6 años y prorrogable. En este caso, no obstante, se trata de un cambio de mucho calado que está destinado a garantizar la independencia judicial, independencia que se puede poner en conexión con la eficacia del Tribunal²⁰.

i.2) *La promoción del arreglo amistoso como mecanismo alternativo de solución de diferencias*

El Protocolo, en su artículo 39, trata de facilitar el arreglo amistoso en los siguientes términos:

- «1. At any stage of the proceedings, the Court may place itself at the disposal of the parties concerned with a view to securing a friendly settlement of the matter on the basis of respect for human rights as defined in the Convention and the Protocols thereto.
2. Proceedings conducted under paragraph 1 shall be confidential.
3. If a friendly settlement is effected, the Court shall strike the case out of its list by means of a decision which shall be confined to a brief statement of the facts and of the solution reached.
4. This decision shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise the execution of the terms of the friendly settlement as set out in the decision.»

La realidad es que el recurso al arreglo amistoso se ha ido haciendo más y más infrecuente. Gregory S. WEBER pone de manifiesto que el número de arreglos amistosos se ha ido reduciendo desde los 224 del año 2000, hasta los 40 casos del año 2005²¹. El Protocolo hace hincapié en que el Tribunal se debe poner a disposición de las partes en cualquier momento desde que se presenta la demanda, con el fin de conseguir un arreglo amistoso.

El Comité de Ministros también supervisa la ejecución de la resolución amistosa y si el arreglo no se cumple por parte del Estado, la víctima tiene la posibilidad de acudir de nuevo al TEDH para denunciar el incumplimiento.

En los últimos años el Tribunal ha admitido, en algunos casos un arreglo «impuesto» o unilateral: (Akman v. Turkey, App. No. 37453/97, Eur. Ct.

¹⁹ Christina G. HIOUREAS. «Behind the scenes of Protocol no. 14. Politics in reforming the European Court of Human Rights». 24 (2006) *Berkeley Journal of International Law*, p. 729.

²⁰ Laurence R. HELFER; Anne-Marie Slaughter. «Why States create...» *op. cit.* p. 899.

²¹ Gregory S. WEBER. «Who killed the friendly settlement? The decline of negotiated resolutions at the European Court of Human Rights» 7 (2007) *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, p. 225.

H.R. (2001); Akbay v. Turkey, App.No. 32598/96, Eur. Ct. H.R. (2001); I.I. v. Turkey, App. No. 30953/96, Eur. Ct. H.R. (2001))²². En otro caso, en cambio, Acar c. Turquía, la Gran Cámara se negó a aceptar la oferta de arreglo unilateral hecha por Turquía, resaltando que «the facts were largely in dispute between the parties»; que Turquía, «was not prepared to make any admissions of responsibility or liability»; y que en la declaración unilateral no se hacía referencia a «any measures to deal with the specific complaints, or to what pertinent and practicable measures might be called for in this particular case». Concluyendo que «although a full admission of liability could not be regarded as a condition sine quo non for a successful strike-out application, a unilateral declaration should contain at least an admission to that effect, combined with an undertaking by the Government to conduct a proper investigation»²³.

Aunque el arreglo por declaración unilateral puede aliviar algo la carga del Tribunal, pensamos que debe ser utilizado de manera restrictiva y que, de hecho, las condiciones debieran devenir más restrictivas cuanto más tardase el Estado en emitir este tipo de declaraciones unilaterales.

ii) **ACLARAR EL PAPEL DEL TEDH EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Hasta ahora, el tema se ha planteado en los siguientes términos: ¿Debe el Tribunal impartir justicia constitucional o justicia individual? Como bien dice George Ress²⁴: «The ECHR considers the Convention as an instrument of «European public order,» which has brought the ECHR close to becoming a European Constitutional Court». Dejando de lado el hecho de que no se creó como un tribunal constitucional, sino como un tribunal internacional de derechos humanos, las dudas surgen cuando se plantea que la asunción de rol

²² Sobres estos casos, véase Gregory S. WEBER. «Who killed...» *op. cit.*, p. 235. Estos «arreglos» causaron un gran malestar en la comunidad turca: Jeremy McBride. «Neither friendly nor a settlement: the consequences of the European Court's Decision in Akman v. Turkey». 1 *Kurdish Human Rights Project Legal Review* (2002), p. 8.

²³ En un Congreso que tuvo lugar el 19 y 20 de septiembre de 2008, organizado en la ciudad de Utrecht por la Universidad de Utrecht, el juez holandés del TEDH, Egbert Myjer, declaraba que se daba mucha importancia al reconocimiento expreso por parte del Estado de la existencia de la violación, las disculpas y las garantías de no repetición, y que, reuniéndose estos elementos, se llegaba a aceptar este tipo de arreglo cuando la compensación que el Estado ofrecía era de, como mínimo, el 50% de lo que el Tribunal hubiese fijado en una eventual Sentencia condenatoria. Nos parece que la compensación «acceptable» en este contexto debe ser más alta cuanto más tarde el Estado en hacer el ofrecimiento «unilateral» de arreglo amistoso.

²⁴ George RESS. «The effect...» *op. cit.*, p. 361.

«constitucional» se podría hacer a costa del compromiso con la justicia individual, restringiendo el acceso de los individuos al Tribunal.

Lo cierto, sin embargo, es que la situación se podría plantear de una manera más positiva. En realidad, el objetivo debería ser restringir el número y el tipo de casos que se plantean ante el TEDH y no limitar el acceso de los individuos al órgano jurisdiccional europeo. Los ciudadanos europeos podrán seguir acudiendo al Tribunal, pero no para plantearle cualquier caso²⁵. Sólo en este sentido, se puede sostener que la introducción por parte del Protocolo 14, de un nuevo criterio de admisibilidad, parece apuntar en la línea de reforzar la «dimensión constitucional» del Tribunal. Sin llegar a extremos como los que se recogían en algunas propuestas que abogaban por la adopción de un sistema del tipo de que se utiliza en el caso del Tribunal Supremo americano (*certiorari*)²⁶, lo cierto es que se deja un destacable margen de discrecionalidad al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para decidir qué casos le pueden ser planteados.

De acuerdo con el nuevo criterio de admisibilidad recogido en el Protocolo sólo serán admitidos a trámite aquellos asuntos en los que exista un «perjuicio importante» (*substantial disadvantage*), dejando a salvo también la admisibilidad siempre y cuando «el respeto de los derechos humanos garantizados por la Convención y sus Protocolos exige un examen del fondo de la demanda» (artículo 35, párrafo 3). Como dice Lucius Caflisch, el objetivo de esta nueva condición de admisibilidad es impedir que el Tribunal tenga que pronunciarse sobre cuestiones de menor importancia²⁷. Desde esta perspectiva, se puede entender que se ha reforzado la «dimensión constitucional» del Tribunal. Sin privar a los ciudadanos de su acceso directo al Tribunal, se plantea una restricción en el número de casos que pueden llevarse ante la instancia jurisdiccional europea. Durante los dos primeros años de vigencia del Protocolo, esta causa de inadmisibilidad sólo podrá ser invocada por una de las Cámaras o por la Gran Cámara. Además, como garantía adicional se establece que no podrá afectar a ningún caso cuya admisibilidad haya sido declarada antes de la entrada en vigor del Protocolo

lo. Tampoco puede ser invocada cuando el asunto no haya podido plantearse debidamente ante un juez interno. En cualquier caso el significado exacto de los términos «perjuicio importante» tendrá que ser establecido por el propio TEDH en su jurisprudencia. Será éste, por tanto, el que terminará estableciendo el verdadero alcance de esta limitación.

Sería aconsejable que esta restricción adicional del acceso al Tribunal fuese acompañada de una cierta contención por parte del propio Tribunal, de manera que éste corrigiera en algún aspecto su propia práctica judicial. En los últimos años, se observa que la jurisprudencia del TEDH ha ido haciéndose más y más densa, concreta, y detallada, a medida que el número de decisiones iba aumentando cada año. Esta práctica está relacionada con la tendencia del Tribunal a impartir justicia individual, tendencia que desdibuja la línea divisoria que debe existir entre la labor de un tribunal de apelación o casación y un tribunal constitucional. Por ejemplo, en 2007, el Tribunal declaraba que Finlandia había violado el Art. 8 del CEDH porque las autoridades finlandesas no habían permitido que unos padres pusieran a su hijo el nombre «Axl» (en lugar de la forma usual, Axel)²⁸. Se trataba de una decisión adoptada por una Cámara, por lo tanto, siete jueces habían estado atareados con esta decisión. El caso Axl es un caso, entre otros, que ilustra la tendencia expansiva del Tribunal. Su activismo judicial en el ámbito, por ejemplo, del Derecho de familia ha generado críticas que denuncian un supuesto «intrusismo» del Tribunal en ámbitos que corresponde regular a los Estados miembros.²⁹ No obstante, el Tribunal sigue haciendo un escrutinio igualmente detallado en los casos grandes y en los casos más insignificantes. A partir de ahí se entiende que los abogados de los Estados miembros recurran más y más a menudo al TEDH para defender los derechos de sus clientes. Quizás esta tendencia pueda modificarse a partir de una interpretación estricta de la nueva condición de admisibilidad relativa a la existencia de un «perjuicio importante».

En la reciente reforma de la LOTC (LO 6/2007, artículo 50.1.b), en España, se ha introducido el concepto de «transcendencia constitucional» como condición de admisibilidad de los recursos de amparo ante nuestro Tribunal Constitucional. También en nuestro país se está a la espera de que el Tribunal español precise el significado exacto de esta condición. «Trascendencia constitucional» no es lo mismo que «perjuicio importante», aunque bien podría ser que nuestro Tribunal acabara estableciendo que sólo los casos

²⁵ Christina G. HIOUREAS. «Behind the scenes...», *op. cit.*, p. 744.

²⁶ «An idea floated at the time of drawing up Protocol núm. 4 was that of allowing the Court to 'pick and choose' the cases it wished to examine, using the 'writ of certiorari' method followed by the United States Supreme Court. Obviously that method would go a long way towards resolving the crisis. Its main disadvantage is its seeming arbitrariness--a drawback especially unwelcome in human rights matters. The solution chosen in Protocol No. 14 appears preferable in that it sets at least some criteria of admissibility, and allows the Court considerable leeway and, by highlighting the obligations of national authorities in human rights matters, favours the principle of subsidiarity» (Lucius Caflisch. «The reform...» *op. cit.*, p. 410).

²⁷ Cit. *supra*. p. 406.

²⁸ Case of Johansson v. Finland (Application n.º 10163/02), juicio de 06 Septiembre 2007. Los padres obviamente estaban aficionados del grupo rock «Guns and Roses», cuyo vocalista tiene el nombre Axl Rose.

²⁹ Uno de los casos mas famosos es el caso Von Hannover, *supra*.

en que se produce una desventaja significativa se pueden calificar como de «trascendencia constitucional», por lo que –a priori– no se puede descartar una confluencia entre estos dos conceptos. Parece razonable, no obstante, que la interpretación que del término «trascendencia constitucional» haga el Tribunal Constitucional español sea menos restrictiva que la que el Tribunal Europeo haga del concepto «perjuicio importante».

También el Tribunal Constitucional Federal alemán ha usado un concepto similar al de trascendencia constitucional, desde su fundación en 1951, para tratar de gestionar una carga de trabajo que asciende a unas 6.000 quejas anuales. Distingue el Tribunal alemán entre cuestiones ordinarias relativas a la aplicación de leyes y eventuales violaciones de la normativa constitucional. Puesto que casi todos los conflictos legales pueden interpretarse de modo que se convierten en conflictos sobre derechos constitucionales, la utilización del criterio de la trascendencia o relevancia constitucional en realidad no impide que el Tribunal redefina un conflicto legal en términos constitucionales si es su intención hacerlo. Los jueces constitucionales tienen, a pesar de esta condición, la suficiente flexibilidad para abordar asuntos que estiman de la suficiente importancia. En definitiva, se deja en manos del Tribunal Constitucional alemán el no convertirse en un órgano de apelación o casación, sino garantizar la posibilidad de actuar como un garante de la Constitución alemana.

El TEDH no está solo a la hora de garantizar el «orden público europeo». En el plano interno, tenemos a los tribunales constitucionales y en el plano internacional, existen –en Europa– órganos de control con los que se puede intensificar la cooperación. En lo que se refiere a los Tribunales nacionales, el principio que debe guiar su relación con el Tribunal europeo es el de subsidiariedad³⁰. En cambio, en el plano internacional, la relación con otros órganos internacionales se debe inspirar en el principio de cooperación.

En el ámbito internacional encontramos órganos de control que actúan en Europa para supervisar la aplicación de distintas normas de derechos internacionales sobre derechos humanos. Se puede citar, como órganos europeos, al Comité Europeo para la prevención de la tortura (CPT) o al Comisario Europeo para los derechos humanos, que actúa en el ámbito del Consejo de Europa. En el ámbito de la OSCE también existen mecanismos de control.

³⁰ Antonio Pastor Ridruejo. «El Protocolo número 14...» *op. cit.* P. 148: «este principio, enunciado en el artículo 1 de la Convención, significa que la responsabilidad principal del respeto de los derechos humanos recae sobre las autoridades nacionales y que, consiguientemente, la actuación de los mecanismos internacionales es subsidiaria, esto es, únicamente tiene lugar si los Estados fallan en el desempeño de aquel cometido». Véase también: Laurence R. Helfer. «Redesigning...» *op. cit.*, p. 128.

Además, en Europa, también actúan órganos de control pertenecientes al sistema universal de protección de los derechos humanos, como el Comité de Derechos Humanos o el Comité de Naciones Unidas contra la tortura, por citar sólo dos. En la situación europea actual el Tribunal no puede, actuando sólo en el ámbito internacional, hacer frente a todas las aristas que presentan la difícil situación existente en algunos países europeos. Particularmente, en esos contextos, el Tribunal necesita de la cooperación de éstos y otros órganos internacionales de control. Estamos convencidos de que echar la vista al sistema interamericano de protección de los derechos humanos puede ser útil en el contexto europeo actual. La influencia de los órganos del sistema interamericano en la democratización y mejora de la calidad democrática de los países americanos es indudable. Y en ese sistema, uno de los elementos clave es la estrecha cooperación entre la Comisión de Derechos Humanos y la Corte interamericana. Parece paradójico que en Europa la desaparición de la Comisión coincidiera en el tiempo con la apertura del sistema europeo a países en transición, que han planteado situaciones nuevas ante el Tribunal, algunas de ellas comparables a las que ha enfrentado el Sistema interamericano. Estamos de acuerdo en que otorgar a los particulares acceso directo al Tribunal (Protocolo XI) fue una evolución extremadamente positiva del sistema europeo³¹, pero creemos también que la realidad demuestra que para garantizar los derechos humanos en Europa no basta con la labor jurisdiccional que realiza el Tribunal, sino que ésta debe ser completada con las tareas de supervisión que llevan a cabo órganos internacionales de control, con los que el Tribunal –por tanto– debe cooperar estrechamente. El Protocolo 14 contiene, en su artículo 13, una referencia expresa al Comisario Europeo de derechos humanos, atribuyéndole el poder para presentar observaciones escritas en los casos de los que conocen las Cámaras o la Gran Cámara.

En el plano interno, una mejor inserción del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en el ordenamiento jurídico de los Estados Parte debería llevar a un Tribunal Europeo más parecido a un tribunal meta-constitucional, que a un órgano jurisdiccional encargado de impartir justicia individual, que debería estar garantizada en el ámbito del ordenamiento jurídico doméstico³². En este modelo, una de las funciones primordiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería ser la

³¹ Antonio PASTOR RIDRUEJO. «El Protocolo número 14...» *op. cit.*, p. 143, que califica «el recurso individual ante una jurisdicción internacional para obtener reparación por violación de los derechos humanos» como «una de las grandes conquistas del Derecho internacional en el siglo pasado».

³² En el mismo sentido: Laurence R. HELFER. «Redesigning...» *op. cit.*, p. 125, en particular, p. 130 y ss.

de tratar de garantizar un grado de protección uniforme de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el continente europeo, preservando al mismo tiempo la variedad constitucional existente en los países miembros, es decir, respetando el pluralismo constitucional europeo³³.

Un Tribunal de las características del TEDH no puede aspirar a impartir justicia individual a 800 millones de potenciales usuarios. El que los particulares tengan acceso directo al Tribunal no debe confundirse con la posibilidad de que todos los casos puedan plantearse ante el órgano jurisdiccional europeo³⁴. En el modelo que recoge el Protocolo 14, todos los ciudadanos de los Estados Parte conservan la posibilidad de acceder al Tribunal, pero sólo para plantear casos que les hayan supuesto un perjuicio importante. Si en España se ha aceptado una reforma como la practicada en la LOTC que exige la «trascendencia constitucional» como condición de admisibilidad de un recurso de amparo, ¿cómo no se va a permitir en el caso de un Tribunal como el europeo en una situación de saturación mucho más crítica?

El requisito del «perjuicio importante» puede contribuir –en función de la interpretación que del mismo haga el TEDH– a que éste se perciba como un garante subsidiario del orden público europeo. Y deja un amplio margen de discrecionalidad al Tribunal a la hora de definir su papel.

A nadie se le escapa el papel trascendental que el TEDH está llamado a seguir desempeñando en Europa. Ya se ha mencionado el número considerable de demandas que se presentan contra países como Rusia, Rumania o Turquía. Es cierto que en estos países, pero no sólo en éstos sino también en otros sometidos a la jurisdicción del Tribunal, existen graves problemas en relación con el respeto de los derechos humanos. Son países en los que todavía no se ha logrado el grado de estabilidad democrática y legal que disfrutaban los países de la «vieja» Europa. No obstante, la cifra de demandas acumuladas no es determinante cuando se trata de determinar la eficacia de un sistema nacional de protección de los derechos humanos, pues sabemos ya que el índice de inadmisibilidad de demandas en el Tribunal europeo es muy alto. En este sentido, el número de condenas sería más relevante. Sin

³³ Para un relato más detallado de esta relación, ver más adelante.

³⁴ Puede llegar el caso de que, invocando el derecho al matrimonio, un individuo pueda demandar al Estado porque no ha creado las condiciones que le permitieran encontrar a la mujer adecuada para contraer matrimonio. El juez holandés en el TEDH denunciaba éste como un caso que realmente había planteado un ciudadano italiano en contra de Italia, habiéndose declarado manifiestamente inadmisibles. Comentario realizado por el juez Egbert Myjer en un Congreso que tuvo lugar el 19 y 20 de septiembre de 2008, organizado en la ciudad de Utrecht por la Universidad de Utrecht, sobre los sistemas europeos e interamericano de protección de los derechos humanos.

embargo, incluso este dato es incompleto cuando se trata de diagnosticar la situación de los derechos humanos en un Estado determinado.

Si nos fijamos en las estadísticas del Tribunal europeo podemos ver que en número de condenas, en el año 2007, Turquía aventaja a todos los demás Estados Parte, acumulando un total de 319 sentencias condenatorias. Le siguen Rusia (175), Ucrania (108), Polonia (101) y Rumania (88). Del resto de los países sólo Grecia (61), Moldova (59), Italia (58) y Bulgaria (51) superan las 50 condenas en el año 2007. En el extremo opuesto hay países, como Dinamarca, Irlanda u Holanda, que no han recibido ninguna condena el pasado año.

Se puede hacer una lectura diferente de estas cifras si se ponen en relación con el número de habitantes. En este sentido, hay que tener en cuenta que Rusia tiene 142 millones de habitantes, mientras que Rumanía o Polonia tienen tan solo 22 y 38 respectivamente y que Turquía tiene 71, en tanto Italia tiene tan solo 59. Si tenemos en cuenta el número de habitantes podemos ver que Rusia tiene una cifra de condenas comparable a la que corresponde a Italia³⁵. Las cifras de Ucrania, en cambio, con tan solo 46 millones de habitantes no son matizables. Si nos fijamos en el contenido de las violaciones, se puede hacer todavía otra lectura de la situación, más desfavorable a Rusia. En 2007, este país fue condenado 13 veces por violación del derecho a la vida, una cifra muy alta, teniendo en cuenta que del 1999 al 2006 la cifra de condenas por el mismo motivo había sido de 12. Italia, en cambio, no ha sido nunca condenada por la violación de este derecho. Un análisis más complejo exigiría además averiguar si un número importante de las violaciones registradas en un Estado se concentra en un grupo diferenciado de sus ciudadanos.

En definitiva, hay muchos elementos que deberían tenerse en cuenta antes de lanzar el dedo acusador contra uno u otro Estado parte. El criterio de la población puede utilizarse para decidir la nacionalidad de posibles jueces adicionales, una posibilidad que no aparece contemplada en el Protocolo 14. Ya hemos dicho que durante las negociaciones del Protocolo 14 se contempló la posibilidad de introducir más jueces procedentes de los países más demandados, opción que fue rechazada por éstos. A la vista de las cifras a las que acabamos de hacer referencia, parece claro que éste no debería ser el único criterio utilizado.

³⁵ Obviamente, hay que tener en cuenta otros factores. Es relevante, por ejemplo, que de las 1.322 condenas contra Italia (en el período que va entre 1999 y 2007, 948 fueron por dilación en la administración de justicia. Rusia, durante ese mismo período, tuvo muchas menos condenas, 372, y la gran mayoría (242) fueron por violación del derecho a un juicio justo.

Los datos a los que hemos hecho referencia ponen de manifiesto que el grado de protección no es el mismo en todos los países europeos, aunque queremos insistir en que hay que matizar y hacer muchas precisiones antes de levantar el dedo acusador contra uno de ellos. Es cierto, no obstante, que las violaciones graves han aumentado³⁶ desde que la Europa sometida al TEDH se ha extendido. El Tribunal ha tenido que improvisar a la hora de hacer frente a esta realidad. En determinadas situaciones el Tribunal Europeo se ha visto obligado, incluso, a actuar como Tribunal de Primera Instancia (o tribunal de instrucción) (Rusia/Chechenia³⁷; Turquía/Kurdos)³⁸.

El Protocolo 14 establece, en su artículo 38, relativo al «examen del caso»:

«The Court shall examine the case together with the representatives of the parties and, if need be, undertake an investigation, for the effective conduct of which the High Contracting Parties concerned shall furnish all necessary facilities».

Un sinnúmero de interrogantes surgen sobre la idoneidad del Tribunal para ejercer estas funciones.³⁹ En todo caso, estas actuaciones, a la luz del principio de subsidiariedad, deben concebirse como algo extraordinario, y como un indicio de que hay que trabajar en un ámbito concreto para reforzar y perfeccionar los mecanismos de protección nacionales. Pueden contribuir a poner de relieve un problema estructural, que hay que resolver en el ámbito estatal para lograr que determinadas violaciones sean investigadas suficientemente en los Estados en cuestión.

Volviendo al principio, se puede decir que cuando a la hora de estudiar el papel del TEDH se plantea en términos de una disyuntiva: justicia individual v. justicia constitucional, se está planteando un falso debate. Si queremos realmente hablar de un orden público europeo o de un sistema europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales hay que tener en cuenta que el TEDH no es más que una pieza del mismo, con la misión fundamental de contribuir a alcanzar un nivel de pro-

tección equiparable en todos los Estados Parte, actuando decididamente –incluso asumiendo funciones de Tribunal de primera instancia– cuando se detecta en algún Estado una situación que puede suponer una quiebra en el sistema europeo de protección. Piezas igualmente importantes, de este orden público europeo, serían los órganos jurisdiccionales nacionales, incluyendo los tribunales constitucionales, que tendrían –a su vez– que internalizar plenamente la existencia del Convenio Europeo y de su órgano jurisdiccional. Cualquier reforma que mejorara o perfeccionara la inserción del Convenio Europeo en los sistemas jurídicos internos lo fortalecería, incluyendo el diseño de cauces que permitan una comunicación más fluida con los Tribunales Constitucionales.

En esta línea, se podría pensar en la creación de una red o sistema europeo de Tribunales constitucionales en la que participase el tribunal europeo. La cooperación y el diálogo entre los altos tribunales europeos es ya una praxis establecida⁴⁰, aunque no formalmente institucionalizada. Bajo el paraguas de la Comisión Venecia (Venice Commission, ahora llamada Comisión para la Democracia a través del Derecho) el Consejo de Europa organiza regularmente seminarios y congresos⁴¹, y los miembros de los Tribunales constitucionales se reúnen también con cierta frecuencia. Se trata de mecanismos informales que facilitan el debate entre Tribunales y la observación mutua. Esta «red de intercambio de información y experiencias» se podría reforzar si se creara una base de datos de jurisprudencia accesible para todos los Tribunales. Quizás podría ser de utilidad también la creación de una especie de Consejo con poder para emitir opiniones no vinculantes y que podría estar integrado por jueces de los Tribunales constitucionales, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del propio TEDH. Un órgano de este tipo institucionalizaría la cooperación entre todos los Tribunales y contribuiría a identificar el patrimonio común del Derecho constitucional europeo.

No obstante, también conviene advertir que extender y reforzar la ya densa red de tribunales y organismos constitucionales y cuasi constitucionales, puede entrañar un riesgo. En efecto, a medida que se van sumando voces al diálogo constitucional aumenta el peligro de que se produzca una cacofonía. La posibilidad de que se produzcan contradicciones en la juris-

³⁶ Entre 1999 y 2007, el TEDH ha constatado 528 violaciones «graves» (derecho a la vida, prohibición de la tortura y del trato inhumano y degradante, así como la falta de investigación de estas violaciones), con 186 violaciones «graves» (aproximadamente el 35 %) solo en el año 2007. Véase Annual Report 2007 of the European Court of Human Rights, Council of Europe (<http://www.echr.coe.int>), p. 142-145.

³⁷ As. Núm. 7615/02, *Imakayeva v. Russia* (2006), párrafos 117-119. As. Núm. 21689/93, *Ahmet Özkan v. Turkey* (2004), párr. 84.

³⁸ Laurence R. Helfer. «Redesigning the European Court of Human Rights: embeddedness as a deep structural principle of the European Human Right Regime» 19(2008) EJIL, p. 144.

³⁹ Kamminga, 'Is the European Convention on Human Rights Sufficiently Equipped to Cope with Gross and Systematic Violations?', 12 (1994) *Neth Q Human Rts*, p. 153.

⁴⁰ Para más detalles, véase Rainer NICKEL, «Transnational Borrowing Among Judges and the Emerging Common Core of Global Constitutional Law» en R. Nickel (ed.), *Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond*, Oslo: RECON report núm. 5, 2008.

⁴¹ http://www.venice.coe.int/site/main/presentation_E.asp?MenuL=E#1.

prudencia de los distintos Tribunales preocupa a los internacionalistas⁴² y a los juristas en general. Además, la idea de un eventual «gobierno de los jueces» o juristocracia también genera rechazo, pues –entre otras cosas– pondría en peligro la subsistencia de diferencias legítimas en las estructuras jurídicas de los países europeos, con el riesgo incluso de llegar a sustituir el pluralismo constitucional existente actualmente⁴³ por un modelo basado en un único conjunto de normas constitucionales y principios, una especie de meta-constitución no escrita⁴⁴.

Veamos, ahora, en la siguiente sección, como pretende el Protocolo 14 mejorar la inserción del Convenio en los ordenamientos jurídicos internos.

iii) MEJORAR LA INSERCIÓN DEL CEDH EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES

Con respecto a la posición del CEDH en los ordenamientos jurídicos internos, dice George RESS: «The status of the Convention in the Contracting States is quite different. There are few examples where the Convention is granted constitutional status, as in Austria, or even supraconstitutional status, as in the Netherlands. In quite a number of states, the Convention, as an international treaty, enjoys intermediate status between that of ordinary legislation and the Constitution. In many other states, the Convention only has the status of a normal ordinary law, but in the practice of the domestic courts the application of the rule *lex posterior derogat legi priori* is avoided by an interpretation in favour of *lex specialis derogat legi generali*, making the Convention a special treaty and law⁴⁵».

Por lo tanto, a las diferencias –ya constatadas– en el grado de protección de los derechos humanos, habría que añadir las diferencias en la posición del Convenio en los diferentes Estados miembros. La posición del Convenio y el modo en que éste se inserta en cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales depende del modelo de relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y el derecho interno vigente en cada país. No existe un «modelo europeo» de relaciones entre estos dos ordenamientos. No obstante, el modelo elegido que va del más extremadamente monista, en el caso de Holanda,

hasta el puramente dualista, vigente en Reino Unido⁴⁶ o Italia, no tiene por qué influir en el grado de cumplimiento de la Convención. En este sentido, baste decir que el modelo ruso es de orientación monista. Por lo tanto, el objetivo no es armonizar el modo de inserción del Convenio en los ordenamientos jurídicos nacionales o el rango jerárquico que, formalmente, se atribuye a sus normas, sino conseguir que éstas y las Sentencias del TEDH sean internalizadas por los distintos poderes del Estado. En este sentido, es positivo el movimiento al que hacía referencia RESS, que señala que hay países en los que los jueces dan prioridad a la aplicación del Convenio sobre las leyes, considerando como norma especial, con independencia de que el primero tiene atribuida la posición jerárquica que se reconoce a los tratados internacionales y que lo sitúa por debajo de las segundas.

En el momento de aprobar el Protocolo 14, el Comité de Ministros adoptó tres recomendaciones dirigidas a facilitar las relaciones entre el Convenio Europeo y los ordenamientos jurídicos nacionales⁴⁷. En una de ellas se hace hincapié en la necesidad de adaptar las leyes y prácticas administrativas nacionales a la Convención (independientemente de la posición jerárquica atribuida a la misma en los ordenamientos jurídicos nacionales); en otra, se marca el objetivo de promover cursos sobre el Convenio Europeo, que deberían ser incluidos en los programas de Universidades y Centros de Formación Profesional; y la tercera pone de relieve la conexión entre el Convenio y los ordenamientos jurídicos nacionales, y en ella se recomienda a los Estados la creación o el mantenimiento de remedios domésticos efectivos.

Nos interesa destacar, en este momento, el mensaje que está detrás de las dos primeras Recomendaciones a las que acabamos de referirnos. La puesta en práctica de la primera, supone un reconocimiento fáctico de la preeminencia de la Convención que se acabaría convirtiendo en un límite tanto para el poder legislativo, como para el Ejecutivo. De otro lado, la generalización de programas de formación específica sobre el Convenio europeo aumentaría sin duda el grado de internalización del mismo por parte de la sociedad civil. Se trata éste de un proceso muy importante que contribuiría a dar mayor fuerza al Convenio, principalmente frente al Ejecutivo. Sólo los ciudadanos que saben que la Convención existe pueden exigir a su Estado que la cumpla.

Las Sentencias del TEDH son obligatorias, pero meramente declarativas, correspondiendo a los Estados miembros escoger las medidas adecuadas

⁴² Sobre fragmentación del ordenamiento jurídico internacional, véase: Martti KOSKEN-NIEMI y Päivi LEINO, «Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties», 15 *Leiden Journal of International Law* 553–579 (2002).

⁴³ Miguel POIARES MADURO, «Interpreting European Law—Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism», En: Nickel, *op. cit.*

⁴⁴ NICKEL, *op. cit.*

⁴⁵ George RESS. «The effect... *op. cit.*, p. 375-375.

⁴⁶ El Reino Unido ha incorporado el Convenio en la Human Rights Act 1998.

⁴⁷ Patricia EGLI. «Protocol...», *op. cit.*, p. 16.

para ejecutarlas. Sin embargo, hay algunos casos recientes⁴⁸ en los que el TEDH parece haber ido más allá de este planteamiento tradicional exigiendo a los Estados condenados la adopción de medidas concretas de carácter no monetario para reparar la violación. En algunos casos ha llegado a indicar la necesidad de reformas legislativas para evitar futuras violaciones⁴⁹. Ejemplos: *Assanidze c. Georgia*: 2004-II 221; (2004) 39 EHRR 653; (2006) 43 EHRR 1; y *Sejdovic c. Italia*: (2006) 42 EHRR 360; y *Sejdovic v Italy* (Gran Cámara), Sentencia de 2 Marzo 2006, As. Núm. 56581/00.

Hasta ahora, sólo en casos muy concretos el Tribunal da instrucciones a los Estados sobre cómo deben ejecutar la sentencia. En algunos, la indicación del Tribunal sobre cómo debe ser ejecutada la sentencia tiene que ver con la existencia de una violación continuada a la que debe ponerse fin. Por ejemplo, en los casos de detención ilegal, la orden de dejar en libertad inmediatamente a la persona responde a la obligación de cesación en el ilícito más que a la de reparar el daño causado (*Assanidze c. Georgia*: 2004-II 221). Aquí, el Tribunal trata de garantizar el cumplimiento de una de las obligaciones derivadas de reglas secundarias para el Estado. Cuando se trata de la decisión sobre cómo reparar el daño causado hay un margen de discrecionalidad del Estado, pero ese margen de discrecionalidad desaparece cuando se trata de la obligación de cesar en el ilícito.

En otras ocasiones, la actuación del Tribunal responde a lo que pedía el Comité de Ministros en su Resolución (2004)3 dirigida al mismo Tribunal. En esta Resolución el Comité recomendaba al Tribunal que identificase e indicase, de ser el caso, la existencia de problemas estructurales y que se refiriera a la fuente de tales problemas, sobre todo cuando éstos podían dar lugar a un gran número de demandas. Las Sentencias en la que se produjeran estas identificaciones deberían ser resaltadas y recibir especial difusión, recomendándose la notificación no sólo al Estado miembro afectado y al Comité de Ministros, sino también a la Asamblea Parlamentaria, al Secretario General del Consejo de Europa y al Comisario Europeo de Derechos humanos.

Se trata de las denominados «sentencias piloto». En el caso *Broniowski c Polonia*⁵⁰, se había denunciado la negativa polaca a indemnizar a las familias que, tras la Segunda Guerra Mundial, se habían visto obligadas a

⁴⁸ Valerio COLANDREA. «On the power of the European Court of Human Rights to order non-monetary measures: some remarks on the light of the *Assanidze*, *Broniowski* and *Sejdovic* Cases». 7 (2007) *Human Rights Law Review*, p. 396.

⁴⁹ Patricia EGLI. «Protocol núm. 14 to the European Convention for the protection...» *op. cit.*, p. 5.

⁵⁰ *Broniowski c. Polonia*: 2004-V 1; (2005) 40 EHRR 495; and *Broniowski v Poland* (Friendly Settlement) 2005-IX.

desplazarse a la parte occidental de Polonia, dejando atrás todas sus propiedades. Se calculaba que podía haber en torno a los 80.000 potenciales denunciantes. El Tribunal remitió su Sentencia al Comité de Ministros que colaboró para que se llegara a un acuerdo entre *Broniowski* y Polonia, que puso las bases para la resolución del conflicto con todos los afectados. Otro ejemplo de «sentencia piloto» es el caso *Sejdovic c Italia*, en el que se plantea la cuestión de los juicios en rebeldía en ese país⁵¹.

Con estas sentencias, el TEDH identifica problemas sistémicos en el ordenamiento jurídico de los Estados, y su actuación se asemeja a la de un Tribunal constitucional, que, en estos casos, denuncia la inconsistencia entre la legislación estatal y la Convención europea. Además, como Colandrea pone de manifiesto, las indicaciones del TEDH pueden ser interpretadas también como un modo de exigir a los Estados que ofrezcan garantías de que la violación no se va a volver a cometer (artículo 30 b del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados, CDI)⁵².

¿Qué establece el Protocolo 14 en relación con el carácter vinculante y la ejecución de las Sentencias del Tribunal europeo? El artículo 46 es del siguiente tenor:

«1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.

2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution.

3. If the Committee of Ministers considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment, it may refer the matter to the Court for a ruling on the question of interpretation. A referral decision shall require a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee.

4. If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation under paragraph 1.

5. If the Court finds a violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken. If the Court finds no violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers, which shall close its examination of the case.»

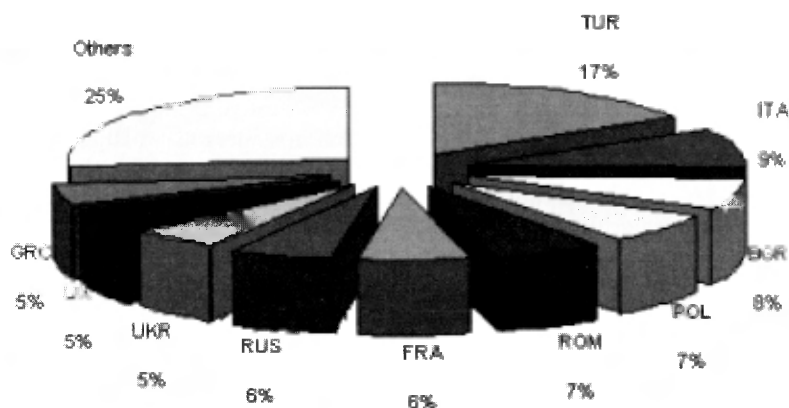
⁵¹ (2006) 42 EHRR 360; and *Sejdovic v Italy* (Grand Chamber), Judgment of 2 March 2006, Application No. 56581/00). Sobre las Sentencias piloto, en general, véase: Valerio Colandrea. On the power of the European Court of Human Rights to order Specific non monetary measures: some remarks in light of the *Assanidze*, *Broniowski* and *Sejdovic* cases» 7 (2007) *Human Rights Law Review*, 396.

⁵² Valerio COLANDREA. «On the power...» *op. cit.*, p. 401 y ss.

La posibilidad ofrecida al Comité de Ministros de acudir a la Corte (párrafos 3 a 5) es nueva⁵³. En realidad, el artículo 46 contempla dos opciones inéditas hasta el momento: recurso por incumplimiento de una Sentencia (párrafo 4) y recurso de interpretación (párrafo 3).

¿Qué hacer si hay una actitud recalcitrante de un país que se niega a acatar un Fallo del Tribunal? Se podría llegar a decidir la suspensión del derecho de voto en el Comité de Ministros o incluso la expulsión del Consejo de Europa. Probablemente, cualquiera de estas sanciones terminaría, siendo perjudiciales. Al final, en estos casos, es más aconsejable lo que esperar que el Estado ceda a la presión política que se puede ejercer sobre él, reforzada por la base jurídica que representarían las sentencias condenatorias. En estos casos, la cooperación, incluso coordinación, del Tribunal con órganos de control internacionales, a la que antes se ha hecho referencia, resulta imprescindible.

Si analizamos las estadísticas sobre ejecución, observaremos que no sólo los Estados más denunciados tienen malos registros. Como se aprecia en el gráfico que aparece abajo y que ha sido tomado de la página web del Consejo de Europa⁵⁴, el país con mayor porcentaje de Sentencias pendientes de ejecución (con un 17% del total) es Turquía.



B) El desafío de Rusia

El único país parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos que aún no ha ratificado el Protocolo 14 es Rusia. En el año 2006, la Duma votó en contra de la ratificación, debido al rechazo que había provocado en el país la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a Rusia. En concreto, que el Tribunal imputara a Rusia la responsabilidad por las violaciones cometidas por el régimen separatista de la República Moldova de Transnistria, situada al este de la República Moldova, suscitó las iras rusas (Sentencia de 8 de julio de 2004, caso 48787/99, *Ilascu y otros v. Moldova y Rusia*). Tal y como sostiene Alastair Mowbray, este caso puso a las «élites políticas rusas» en contra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁵.

Desde entonces se ha presionado a Rusia para que ratifique el Protocolo, ratificación que ha sido calificada por Jean-Paul Costa, Presidente del Tribunal, como un «imperativo categórico». Las presiones, hasta ahora, no han dado frutos y lo cierto es que, en la coyuntura actual, la ratificación rusa parece más lejana que nunca. En el momento presente, una demanda presentada por Georgia contra Rusia, cuya admisibilidad todavía no ha sido decidida, se ha convertido en un asunto todavía más espinoso en las manos del Tribunal. En marzo de 2007 Georgia presentó una demanda contra Rusia, denunciando el trato dado por este país a los inmigrantes georgianos, en respuesta, presuntamente, a la detención –en Georgia– de cuatro ciudadanos rusos acusados de espionaje. Con el Cáucaso y los recientes acontecimientos ocurridos allí como telón de fondo, el Tribunal tiene –en este caso– una difícil papeleta y su decisión puede enterrar definitivamente la posibilidad de que Rusia ratifique el Protocolo 14. Ya antes del enfrentamiento entre Rusia y Georgia en Osetia y Abkhazia, Alastair Mowbray ponía de relieve la dificultad que este asunto planteaba al Tribunal:

«Whilst, the Court will have to determine the admissibility of the application on well-established legal criteria, as it did with other equally sensitive disputes involving neighbouring States, if in due course it finds the application admissible that may further aggravate those in Russia who are not well-disposed towards the Court»⁵⁶.

⁵³ Patricia EGLI. «Protocol...», *op. cit.*, p. 8.

⁵⁴ http://www.coe.int/t/e/human_rights/execution/04_statistics/StatisticsExecutionJudgments_July07.asp#TopOfPage.

⁵⁵ Alastair MOWBRAY, «United Nations and Regional Human Rights Systems: Recent Development faltering steps on the path to reform of the Strasbourg enforcement system», 7 (2007) *European Human Rights Review*, 609.

⁵⁶ Alastair MOWBRAY, «United Nations...», *op. cit.*, p. 611.

También el Tribunal Constitucional ruso ha matizado recientemente su compromiso con el cumplimiento de las Sentencias del Tribunal europeo. En Rusia existe un recurso de supervisión extraordinario contra Sentencias firmes, previsto en el código procesal civil de 2002. Este recurso hace posible la anulación de sentencias que constituyen cosa juzgada. El TEDH había tenido ocasión de declarar en su jurisprudencia que este tipo de recursos extraordinarios podía constituir una violación del derecho a la seguridad jurídica proclamado en el artículo 6 de la Convención europea. Por ejemplo, en el caso *Brumaresu c. Rumania*⁵⁷. Es cierto que, posteriormente, había también matizado (*Ryabykh v Russia*⁵⁸) que la mera existencia del recurso en cuestión no constituía una violación del artículo 6 de la Convención, siempre y cuando no se regulara de manera que equivaliese a una apelación encubierta y bajo la condición de que se reservara su utilización para casos excepcionales («substantial and compelling»). El Tribunal reconocía que sólo un estudio caso por caso de la utilización de este tipo de recursos extraordinarios permitiría determinar su compatibilidad con el Convenio Europeo. De este modo, Rusia ha podido mantener el recurso de revisión extraordinario, pues su mera existencia no se considera una violación de la Convención. Se introdujeron algunas limitaciones a la utilización del recurso (se establecieron plazos y se privó al Fiscal General de la posibilidad de utilizarlo de oficio, por ejemplo), que no fueron suficientes pues hay jurisprudencia europea posterior a estas reformas en la que se condena a Rusia por violación del artículo 6 derivada de la utilización de este recurso extraordinario. Es interesante que, en cambio, tal y como ponen de relieve Koroteev y Golubok, no hay ningún caso en que se haya considerado que la utilización del recurso es compatible con la Convención Europea⁵⁹.

El Tribunal constitucional ruso ha tenido recientemente la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de este recurso extraordinario y se ha abstenido de declararlo incompatible con la Constitución rusa (Sentencia de 5 de febrero de 2007)⁶⁰.

⁵⁷ 1999-VII 201; (2001) 33 EHRR 862.

⁵⁸ 2003-IX 265; (2005) 40 EHRR 25.

⁵⁹ Kirill KOROTEEV y Sergey GOLUBOK, «Judgment of the Russian constitutional court on supervisory review in civil proceedings: denial of justice, denial of Europe» 7 (2007) HRLR, nota a pie de página núm. 10

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional de la Federación rusa, de 5 de febrero de 2007, núm. 2-P, As. Relative a la constitucionalidad de varias disposiciones del capítulo 41 del Código procesal civil de la Federación rusa, *Rossiyskaya Gazeta* (Diario Oficial), 14 february 2007 ('sentencia de 5 de febrero de 2007'). Sobre esta Sentencia, véase: Kirill KOROTEEV y Sergey GOLUBOK. «Judgment...», *op. cit.*, p. 619 y ss.

De acuerdo con el artículo 15 (4) de la Constitución rusa, de 1993, los tratados internacionales validamente celebrados forman parte del ordenamiento jurídico interno. A los tratados, además, se les reconoce una posición jerárquica que los sitúa por encima de las leyes federales. En la Sentencia Bogdanov, de 25 de enero de 2001, el Tribunal Constitucional ruso sostuvo que mediante la ratificación del Convenio Europeo, Rusia había aceptado la jurisdicción del TEDH y se había comprometido a aplicar las leyes, incluyendo la aplicación judicial, respetando plenamente las obligaciones derivadas de su participación en la Convención.

En la Sentencia de febrero de 2007, sobre la constitucionalidad del recurso extraordinario, el Tribunal Constitucional matiza algo la posición que había sostenido en 2001. En la Sentencia de 2007 declara que las sentencias del TEDH «deberían ser tenidas en cuenta» por el legislador federal y por los órganos implicados en la aplicación de las leyes. Probablemente Koroteev y Golubok tienen razón cuando consideran que reconocer que las sentencias deberían ser «tenidas en cuenta» no es lo mismo, en el contexto ruso, que el compromiso de «respetarlas plenamente» al que se refería en el caso Bogdanov⁶¹. El término «tener en cuenta» también es utilizado por el Tribunal Constitucional alemán, que también pide a los tribunales alemanes que «tengan en cuenta» las decisiones del TEDH⁶². Koroteev y Golubok dirían que «tener en cuenta» no significa probablemente lo mismo en el contexto alemán que en el ruso.

En lo que se refiere al recurso extraordinario de supervisión, el Tribunal constitucional ruso no declara tajantemente su constitucionalidad, pero se *abstiene* de declararlo inconstitucional, recalando que el legislador ruso debería intervenir para introducir en un plazo de tiempo razonable reformas importantes en el procedimiento. El propio Tribunal constitucional considera en su Sentencia que la regulación actual tiene importantes «puntos negros»⁶³, como la posibilidad de que el Presidente del Tribunal Supremo plantee el recurso, sin ningún plazo límite, contra cualquier sentencia firme ante el Presidium del Tribunal Supremo, donde tiene reconocido derecho de voto. Pues bien, a pesar de que el Tribunal constitucional ruso señala la necesidad de introducir reformas, no se atreve a declarar inconstitucional el

⁶¹ Kirill KOROTEEV y Sergey GOLUBOK. «Judgement...» *op. cit.*, p. 622.

⁶² Véase, por ejemplo, la decisión del Tribunal Constitucional Federal de 14 de octubre de 2004, caso 2 BvR 1481/04, www.bverfg.de, en cual el TFC declaraba inconstitucional una decisión de un Tribunal de familia que no respetaba las decisiones del TEDH.

⁶³ Por ejemplo, la posibilidad de que se reconozca al Presidente del Tribunal Supremo, para de oficio y sin ningún plazo límite, de remitir cualquier Sentencia firme al Presidium del Tribunal Supremo en el que el Presidente tiene un voto.

recurso. Koroteev y Golubok denuncian que el Tribunal Constitucional se ha sacado el as de la «abstención» de la manga⁶⁴, evitando así declarar inconstitucional el recurso extraordinario de revisión. Y no se queda ahí pues el Tribunal ruso sostiene también, en flagrante contradicción con la jurisprudencia de Estrasburgo, que este recurso forma parte de los que deben ser agotados por los ciudadanos rusos antes de acudir al Tribunal Europeo.

En definitiva, hay muchos indicios de que la ratificación rusa del Protocolo 14 puede estar todavía lejos. Mucho nos tememos que la decisión que el Tribunal europeo adopte sobre la admisibilidad de la demanda presentada por Georgia contra Rusia puede ser un factor determinante. Lo cierto es que Rusia es una pieza importantísima en el sistema europeo de derechos humanos. Aunque un porcentaje no menor de las violaciones que se cometen en este país pueden ser calificadas como graves, lo cierto es que si tenemos en cuenta el número de violaciones por habitante, Rusia no es de los países que más incumplen la Convención. Su índice de ejecución de Sentencias tampoco es malo. En todo caso, con más de 140 millones de habitantes parece absolutamente imprescindible trabajar para conseguir que el país se vuelva a acercar al Convenio.

C) La superación del Protocolo 14: Las propuestas del Grupo de Sabios

En mayo de 2005 los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros del Consejo de Europa decidieron nombrar un Comité de sabios para, de un lado, evaluar la efectividad de los mecanismos de control de la Convención Europea, incluyendo los efectos del Protocolo 14; y, de otro, hacer propuestas que fuesen más allá de las contenidas en este Protocolo. La creación de un Comité con esta misión pone de manifiesto que existía conciencia de que las soluciones previstas en el Protocolo 14 eran insuficientes y que podían y debían ser mejoradas⁶⁵. El propio Grupo de Sabios, después de resaltar la importancia de la entrada en vigor del Protocolo 14, aclaraba que: «it can already be anticipated that the reforms it introduces will not be sufficient to enable the Court to find any lasting solution to the problem of congestion»⁶⁶. El grupo de sabios estuvo presidido por Gil Carlos Rodríguez Iglesias y presentó su informe al Comité de Ministros el 19 de mayo de 2006 (CM(2006) 88).

Vamos a analizar algunas de las propuestas que se pueden encontrar en el informe del Grupo de Sabios:

En el capítulo de las relaciones entre el Tribunal y los Estados Parte en la Convención, la propuesta más importante es la de crear un procedimiento de solicitud de dictamen consultivo.

En efecto, el Comité de Sabios propone que se pueda solicitar un dictamen consultivo por parte de los tribunales nacionales al TEDH, a través de un procedimiento que recuerda a la cuestión prejudicial prevista en el ordenamiento jurídico comunitario (artículo 234 TCE), aunque el Tribunal advierte de que éste es un modelo no trasplantable sin más al contexto del Convenio Europeo: «The introduction of a preliminary rule mechanism on the model of that existing in the European Union was discussed. However the Group reached the conclusion that the EU system is unsuitable for transposition to the Council of Europe». La idea es que el TEDH pueda emitir dictámenes consultivos dirigidos a los tribunales de última instancia de los Estados miembros sobre cuestiones relativas a la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos («the opinions requested should only concern questions of principle or of general interest relating to the interpretation of the Convention or the protocols thereto»). En caso de plantearse una cuestión de este tipo todos los Estados Partes en la Convención tendrían que tener la posibilidad de presentar observaciones. De acuerdo con el Informe del Comité de Sabios, este tipo de procedimiento mejoraría el diálogo entre los tribunales y reforzaría el papel constitucional del TEDH. Conviene advertir que este movimiento podría también provocar más dudas sobre la legitimidad del Tribunal en su desempeño como tribunal constitucional. Como el Convenio no se hizo para sustituir a las Constituciones nacionales, sino tan solo para complementarlas sobre la base del principio de subsidiariedad, la «constitucionalización» del Convenio no hace más que estirar el concepto del papel del Tribunal. La combinación de un papel constitucional y de una jurisdicción más y más densa, concreta y detallada puede llegar a convertir al TEDH en el Tribunal Supremo de Europa. El TEDH no puede aspirar a cubrir todos los espacios, porque eso generará más resistencia en los tribunales nacionales, especialmente en los constitucionales. Esto ha ocurrido ya, y no sólo en Rusia, sino también en Alemania, en Italia y en otros países de la vieja Europa⁶⁷.

⁶⁴ Kirill KOROTEEV and Sergey GOLUBOK. «Judgement...», *op. cit.*, p. 628.

⁶⁵ Christina G. HIOUREAS. «Behind the scenes of...», *op. cit.*, p. 756.

⁶⁶ <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063779&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75>.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, la decisión del Tribunal constitucional federal alemán de 14 de octubre de 2004, caso 2 BvR 1481/04, www.bverfg.de. En esa decisión el Tribunal constitucional declaraba, por un lado, inconstitucional una decisión de un tribunal familiar que no respetaba las decisiones del

Por razones obvias, y puesto que se trata de aportar soluciones al colapso que amenaza al Tribunal Europeo y no de agravar el problema, sólo se permitiría a los Tribunales Constitucionales o a los Tribunales de última instancia acudir, por esta vía, al TEDH. Por otro lado, también se prevé que el Tribunal puede rehusar pronunciarse, sin necesidad de dar razones para ello.

La primera restricción, aunque comprensible, resta alcance a este procedimiento y lo aleja de lo que es la cuestión prejudicial en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario europeo, limitando la conexión que se produce entre el juez nacional y el Convenio Europeo, pues no todos los jueces podrán actuar directamente como jueces de éste. No olvidemos que una de las grandes fortalezas del ordenamiento jurídico comunitario, en su relación con los ordenamientos jurídicos nacionales, proviene del grado de internalización, por parte de los jueces, de las normas comunitarias. Internalización que se ve favorecida por la existencia de la cuestión prejudicial, como posibilidad abierta a todos los jueces que tengan dudas sobre la interpretación o la validez de una norma de Derecho comunitario y que hace que los jueces nacionales sean «jueces de Derecho Comunitario»⁶⁸.

Con todas las limitaciones este dictamen consultivo parece una buena herramienta en el contexto europeo actual en el que no se puede hablar de un nivel de protección de los derechos humanos comparable en todos los Estados miembros.

Además, en lo relativo a las relaciones entre el Tribunal y los Estados hay otras propuestas:

a) Sentencias de principios: Con el objetivo de ampliar el alcance y facilitar la ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Comité de Sabios recomienda que este tipo de Sentencias, que el Tribunal considera particularmente importantes, sean más ampliamente difundidas. Y propone medidas concretas como la traducción a lenguas no oficiales, la publicación en formato electrónico, entre otras.

b) El Comité de sabios también recomienda: mejorar los remedios domésticos para evitar violaciones del Convenio, por ejemplo, tomando las medidas necesarias para reducir la dilación en la administración de justicia.

TEDH. Por otro lado, el Tribunal declaraba también que la constitución alemana y sus derechos fundamentales es superior a los derechos en la Convención, y que hay límites en respecto a la aplicación «mecánica» de la jurisdicción del TEDH.

⁶⁸ Keohane et al., 'Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational', 54 Int'l Org (2000) 457.

Así mismo, se aconseja que no sean ni el Tribunal ni el Comité judicial quienes determinen qué cantidad debe pagar el Estado como justa compensación, reservándose el Tribunal y el Comité la posibilidad de decidir sobre la justa satisfacción cuando sea necesario. La víctima también debería poder acudir al Tribunal cuando desde el Estado no se determina adecuadamente la justa compensación. Por último, el Comité de sabios anima al Tribunal a hacer el mayor uso posible de las «sentencias piloto».

La transferencia del poder para establecer la compensación a órganos jurisdiccionales nacionales no nos parece aconsejable. Ya hemos dicho que en la tesitura actual puede ser útil volver la vista hacia el sistema interamericano. En éste se ha evitado este tipo de transferencia y en los casos en que se ha hecho el resultado ha sido claramente insatisfactorio, pues los asuntos han vuelto a la Corte.

En el capítulo de la mayor flexibilidad del procedimiento y de la reforma de la maquinaria judicial, el Grupo propone la creación de un Comité Judicial y mayor flexibilidad en el procedimiento de reforma de la estructura del Tribunal.

El Comité Judicial se concibe como un órgano adicional⁶⁹, «attached, but separate from the Court» que estaría encargado de examinar la admisibilidad y las decisiones de fondo de los asuntos que, de acuerdo con el Protocolo, son competencia de las Salas de tres jueces (asuntos clónicos/repetitivos). De esta manera, se pretende hacer más atractivo el puesto de miembro del comité judicial, pues la tarea asignada no consistirá únicamente en decidir sobre la admisibilidad. Estaría formado, de acuerdo con la propuesta del Grupo de Sabios, por un número de jueces inferior al número de Estados partes (se prevé una rotación) y de inferior cualificación que los jueces del Tribunal⁷⁰. La propuesta de que el Comité Judicial tenga un número de jueces inferior al de Estados Parte ha sido criticada por algunos Estados que ven en la misma una ruptura del principio de igualdad en el marco del Sistema europeo.

El Comité Judicial estaría subordinado al TEDH (institucional y administrativamente) y se propone que el Presidente del Comité sea un juez del Tribunal. El Tribunal podría, de oficio, revisar la decisión del Comité judicial, pero las decisiones de éste no serían susceptibles de apelación.

⁶⁹ Véase Patricia Egli, «Protocol... op. cit., p. 14.

⁷⁰ Alastair Mowbray «United Nations...», op. cit., 614. Los miembros del Comité judicial deben tener la cualificación requerida «for appointment to judicial office». En cambio para los miembros del Tribunal se habla de cualificación «for appointment to high judicial office».

La creación del Comité Judicial supondría, en definitiva, un incremento del número de jueces, lo que tendría un efecto muy directo en la agilización de los trabajos del Tribunal. Sin embargo, algunos autores consideran que es improbable que una propuesta de este tipo salga adelante precisamente por las implicaciones presupuestarias que tendría⁷¹. Otro de los inconvenientes que, según EGLI, tiene la propuesta del Grupo de Sabios es que la creación del Comité judicial supondría, en cierta manera, una vuelta al sistema de las dos fases con la Comisión de derechos humanos. Hay, no obstante, una diferencia substancial con respecto al sistema anterior y es que el Comité judicial sería un órgano estrictamente jurisdiccional. Y valgan también estas palabras de Antonio PASTOR, con el que coincidimos plenamente: «Recuerdo de nuevo un refrán español: *quien algo quiere, algo le cuesta*. Y me niego a imaginar que los Estados europeos no deseen un Tribunal internacional de derechos humanos dotado de los medios necesarios para el desempeño eficiente de sus labores»⁷².

Por otro lado, en lo referido a la flexibilización del procedimiento de reforma, se proponía que se previese la posibilidad de modificar el Estatuto de la Corte mediante decisión del Comité de Ministros, con el visto bueno del propio Tribunal, excluyendo de este mecanismo «flexible» de reforma los artículos 19 a 24, 32 a 35, además del 46, 47 y 51, referidos, entre otras cosas, al número de jueces, a la elección de los mismos o a la jurisdicción del Tribunal.

Además, el Comité de Sabios, agrupa en un tercer capítulo, las recomendaciones relativas a los mecanismos alternativos y complementarios de resolución de diferencias. Se propone potenciar el arreglo amistoso, y una ampliación de los deberes del Comisario Europeo de Derechos Humanos, reforzando su cooperación con el Tribunal. En particular, se sugiere, por ejemplo, que «the Commissioner should respond actively to the announcement of Court decisions finding serious violations of human rights». El Protocolo 14 también hace referencia expresamente al Comisario, en su artículo 13, que le otorga la capacidad de presentar observaciones escritas a las Cámaras y a la Gran Cámara⁷³. El Grupo de Sabios considera que no sólo debe poner a disposición del Tribunal la información de que dispone sobre la situación en un determinado Estado, sino que también debe considerar el iniciar o aumentar la supervisión atendiendo a las decisiones del propio Tribunal. Ya hemos recalado la importancia que conferimos a la cooperación

⁷¹ Patricia EGLI. «Protocol... *op. cit.*, p. 15.

⁷² Antonio PASTOR RIDRUEJO. «El Protocolo número... *op. cit.*, p. 148.

⁷³ Christina G. HIOUREAS. «Behind... *op. cit.*, p. 729.

del Tribunal con otros órganos internacionales de control, por lo que consideramos muy oportuna esta referencia expresa al Comisario Europeo.

Por último, el Tribunal hace otras recomendaciones que atañen directamente a la Institución hace hincapié en la necesidad de valorar adecuadamente el conocimiento lingüístico de los candidatos a ocupar un puesto de juez. Igualmente, propone una reducción en el número de jueces, considerando que la creación del Comité judicial pone más claramente de relieve que el número de jueces no tiene por qué coincidir con el de Estados Partes. Pone el ejemplo de la Corte interamericana, que está compuesta de 7 jueces para 23 Estados Parte. Esto es cierto, pero –por otro lado– también hay que resaltar que hay tribunales internacionales o regionales que sí tienen un juez por Estado Parte. Es el caso del Tribunal de Luxemburgo (con 27 jueces y 8 abogados generales), a los que habría que sumar los jueces del Tribunal de Primera Instancia (como mínimo el mismo número que Estados miembros). No nos parecería acertado reducir el número de jueces en un momento, como el actual, en que lo que hay que hacer, por todos los medios es incrementar los recursos a disposición del Tribunal.

III. EL PROTOCOLO 14 Y ESPAÑA

En España no existe ninguna Ley que regule la ejecución de las Sentencias del TEDH. Éstas se reconocen como obligatorias, pero al no tener fuerza ejecutiva, la ejecución de las mismas se lleva a cabo en España a través de un sistema imperfecto, cual es la utilización de la vía del recurso de amparo constitucional (Sentencia TC 245/1991). Se trata de un mecanismo adecuado en tanto y mientras no se acometa una reforma legislativa de mayor calado⁷⁴. Por esta vía el Tribunal Constitucional español se convierte

⁷⁴ Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ. «Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la Sentencia Bulto: Comentario a la STC 245/1991, de 16 de diciembre», 1992, RIE, p. 157: «El TC formula de esta manera una interpretación que refleja –a nuestro entender– un adecuado equilibrio entre el sistema constitucional de protección de derechos humanos y las obligaciones internacionales voluntariamente asumidas por España en la materia. No siendo plenamente, admisibles por consiguiente, las críticas formuladas por el magistrado Gimeno Sendra, para quien la solución adoptada por el TC desnaturaliza el recurso de amparo, convirtiéndolo en un recurso extraordinario de revisión de la cosa juzgada, al tiempo que convierte el TEDH en una «supertasación internacional» a cuyas sentencias daría cumplimiento el propio TC» (...). No obstante, Concepción ESCOBAR reconoce que es necesario «reflexionar en torno a la conveniencia de implantar mecanismos procesales que permitan la ejecución de las sentencias del TEDH» (p. 159). Para concluir que es aconsejable «el establecimiento de un mecanismo ad hoc que permita la reposición del derecho violado en el menor tiempo posible» (p. 163).

en «un órgano ejecutor de facto de las sentencias del TEDH»⁷⁵. Aunque se trata de un sistema satisfactorio, lo cierto es que sería recomendable reconocer las sentencias del TEDH como una nueva causa para interponer un recurso de revisión⁷⁶ o la aprobación de una nueva ley que regulase la ejecución de las sentencias del Tribunal europeo.

En España, las Sentencias más importantes del TEDH se suelen publicar, traducidas, en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional. Además, el Ministerio de Justicia también las puede publicar en un suplemento del Boletín de Información del Ministerio, dedicado a la jurisprudencia de los órganos del Convenio europeo de derechos humanos⁷⁷. La difusión de la jurisprudencia del TEDH facilita su cumplimiento. Esta actuación española está en la línea de una de las recomendaciones que hacía el Comité de Sabios sobre la necesidad de mejorar la difusión de las Sentencias europeas en el marco estatal, a la que antes hemos hecho referencia.

En relación con el Protocolo 14, la doctrina española le ha dado la bienvenida sin mucho entusiasmo, pues aunque se reconoce que los cambios son positivos, también se admite que no son suficientes⁷⁸.

IV. EL PROTOCOLO 14 Y ALEMANIA

En Alemania, la Convención está situada jerárquicamente entre la legislación federal ordinaria y la Constitución Federal. No hay legislación específica que regule la aplicación o la ejecución de la Convención europea en Alemania. Como en España, la ejecución de las sentencias del TEDH se lleva a cabo según las pautas establecidas por el Tribunal constitucional federal en su jurisprudencia, en la que se establece con claridad que los tribunales nacionales están obligados a tener en cuenta, a la hora de decidir, la jurisprudencia del TEDH. Tal y como se establece en una sentencia reciente del Tribunal constitucional federal: «the binding effect of decisions of the

⁷⁵ Alberto SORIA JIMÉNEZ. «La problemática ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista española de Derecho Constitucional*, año 12, 1992, núm. 36, p. 336.

⁷⁶ Solución defendida por: D. Liñán «Efectos de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español». *REDI*, 1985, p. 374; C. ESCOBAR. «Ejecución en España de las Sentencias del TEDH» *REDI*, 1990, p. 547-570; J.M. MORENILLA «La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» *BIMJ*, núm. 1554, 1990, p. 964.

⁷⁷ Se pueden encontrar otros ejemplos de medidas generales de este tipo enumeradas en H-Exec(2006) 1, p. 207 y ss. «General measures adopted to prevent new violations of the European Convention on Human Rights».

⁷⁸ Antonio PASTOR RIDRUEJO. «El Protocolo 14... *op. cit.*, p. 148.

ECHR depends on the area of competence of the state bodies and the relevant law. Administrative bodies and courts may not free themselves from the constitutional system of competencies and the binding effect of statute and law (Article 20.3 of the Basic Law) by relying on a decision of the ECHR. But the binding effect of statute and law also includes a duty to take into account the guarantees of the Convention and the decisions of the ECHR as part of a methodologically justifiable interpretation of the law. Both a failure to consider a decision of the ECHR and the «enforcement» of such a decision in a schematic way, in violation of prior-ranking law, may therefore violate fundamental rights in conjunction with the principle of the rule of law»⁷⁹.

Aunque las disposiciones de la Convención, así como las sentencias del TEDH son generalmente observadas, lo cierto es que en los últimos años ha habido ciertos casos que han generado dudas sobre la relación entre la Convención y el ordenamiento jurídico interno.⁸⁰ Puesto que la primera no prevalece sobre la Constitución, el Tribunal constitucional alemán ha subrayado que la posibilidad de una contradicción entre la jurisprudencia de los tribunales alemanes y la del TEDH existe: «If, in concrete application proceedings in which the Federal Republic of Germany is involved, the ECHR establishes that there has been a violation of the Convention, and if this is a continuing violation, the decision of the ECHR must be taken into account in the domestic sphere, that is, the responsible authorities or courts must discernibly consider the decision and, if necessary, justify understandably why they nevertheless do not follow the international-law interpretation of the law.»⁸¹ Este punto de la sentencia ha generado cierta preocupación porque parece establecerse una cierta tolerancia hacia decisiones domésticas en contradicción con la jurisprudencia europea. No obstante, lo cierto es que en otros párrafos de la sentencia el Tribunal constitucional alemán subraya que existe un deber constitucional de respetar el Derecho internacional, incluyendo, en particular, la Convención europea.

En la práctica, este «deber» se ha cumplido incluso en casos de conflicto entre la jurisprudencia del TEDH y la del propio Tribunal constitucio-

⁷⁹ Véase la decisión del TCF de Alemania de 14 de octubre de 2004, caso 2 BvR 1481/04, www.bverfg.de, párrafo 47. La decisión está disponible también en inglés. En esa decisión el TCF declaraba inconstitucional una decisión de un corte familiar que no respectaba las decisiones del TEDH.

⁸⁰ Véase, por ejemplo, la declaración de la Ministra de justicia después de la decisión del TEDH en el caso von Hannover, *supra* nota 16.

⁸¹ Decisión del TCF de Alemania de 14 de octubre de 2004, caso 2 BvR 1481/04, www.bverfg.de, para. 50. Se puede leer esta decisión también como una respuesta a la decisión del TEDH en el caso von Hannover, decidido unos meses antes.

nal. En el caso von Hannover⁸², el TEDH desautorizó una decisión muy detallada y equilibrada del Tribunal constitucional e introdujo parámetros diferentes, a los que había utilizado éste, para la interpretación de la libertad de expresión. Al contrario de lo que había establecido el Tribunal alemán, el TEDH consideraba en su sentencia que el inútil periodismo sensacionalista no está protegido por la libertad de prensa. En decisiones posteriores, el Tribunal Supremo Federal alemán y el Tribunal constitucional federal se han ajustado a los parámetros utilizados por el TEDH en la sentencia Von Hannover⁸³.

Para resumir lo dicho, se puede concluir que aunque la jurisprudencia del TEDH es generalmente respetada, lo cierto es que el Tribunal constitucional federal ha dejado una puerta abierta a que los Tribunales alemanes se desvíen de las líneas argumentales desarrolladas por el TEDH en su jurisprudencia. Es seguro que el Protocolo 14 no va a cambiar mucho a esa situación.

V. EL PROTOCOLO 14 Y LA UNIÓN EUROPEA

El análisis de la relación entre la Unión Europea y la Convención europea escapa del objeto de esta contribución. Pero lo cierto es que el Protocolo 14 contiene una importante disposición en lo que atañe al futuro de las relaciones entre la Unión y la Convención.

En efecto, el Protocolo 14 modifica el artículo 59 de la Convención para hacer posible la adhesión de la UE (artículo 17 del Protocolo). Se habla de la UE, lo que genera dudas ante el posible escenario de que el Tratado de Lisboa no llegue a entrar en vigor y la consiguiente «unificación de personalidades» no se llegue a aplicar. En la arquitectura europea actual, consagrada en Niza, sería la CE y no la UE quien debería adherirse al Convenio europeo.

VI. CONCLUSIONES: ¿HACIA EL PROTOCOLO 15?

En el plazo que ha transcurrido entre la adopción del Protocolo 14 y el momento actual, se han ido agravando los problemas que afectan al Tribu-

nal de Derechos Humanos. Ha habido tiempo para reflexionar y concluir que las soluciones recogidas en el citado Protocolo ya eran insuficientes en el momento en que se adoptó, y ahora lo son todavía con mayor claridad.

No se trata tan solo, aunque es un problema acuciante, de la incapacidad del Tribunal actual para hacer frente al volumen de trabajo, sino también de la necesidad de definir el papel que el Tribunal europeo debe jugar en el nuevo escenario «europeo». A lo largo de este trabajo se han planteado algunas cuestiones que, en el fondo, provienen de una deficiente definición del papel del Tribunal. La situación en Europa no va a cambiar de un día para otro, por lo que el debate que proponemos no es estéril, ni superfluo, sino necesario si realmente se quiere garantizar la supervivencia del sistema europeo de protección de los derechos humanos.

Queremos subrayar que el TEDH está al borde del colapso no sólo por la carga de trabajo, sino también porque necesita una nueva definición de su papel y de su función. En el momento presente, el Tribunal está actuando como un tribunal constitucional, como una corte de última instancia en caso de violaciones graves de derechos humanos o de fallos sistemáticos de las instituciones nacionales, pero también se apunta una cierta tendencia, preocupante, a convertirse en un tribunal de apelación, en una «cuarta» instancia, por ejemplo en el ámbito del Derecho de familia o del Derecho penal. Esta situación no cambiará como consecuencia del Protocolo 14, puesto que éste no trata de estas cuestiones. Por consiguiente, es absolutamente necesario abrir y canalizar un nuevo debate, amplio, sobre el papel y la metodología del TEDH en una Europa caracterizada por su diversidad y por el pluralismo constitucional. Si el Tribunal sigue tomando partido y dejándose embrollar en los detalles y las complejidades de cuestiones de puro Derecho interno⁸⁴, sus problemas se agravarán.

La salida a esta situación se podría encontrar en la propia jurisprudencia del Tribunal. Cuando éste tuvo que definir sus relaciones y su competencia para supervisar el Derecho de la Unión Europea, recurrió a la idea de «general trust», bien conocida en el ámbito del control constitucional en

⁸⁴ Un reciente ejemplo es la decisión en el asunto *Koons* en relación con la lucha por obtener la custodia de un hijo entre el artista Jeff Koons y su ex mujer Ilona Staller alias Cicciolina, una ex miembro del Parlamento italiano: *Koons v. Italy* (caso no. 68183/01), 30 de septiembre de 2008. En este caso, una cámara de siete jueces se dedicó a revisar de manera exhaustiva una serie de sentencias italianas sobre Derecho de familia. Aunque la mayoría de los jueces decidió que no había habido violación del artículo 8 de la Convención (derecho a la vida privada y familiar), dos jueces manifestaron su desacuerdo con lo decidido. Decisiones tan detalladas como ésta alimentan la percepción de que el Tribunal pierde el rumbo y que incluso puede estar avanzando en una dirección errónea.

⁸² Caso Von Hannover v. Germany (queja n.º 59320/00), juicio de 24 de junio de 2004.

⁸³ Decisiones del TCF de 26 de febrero de 2008 (casos 1 BvR 1602/07, 1 BvR 1606/07 y 1 BvR 1626/07), www.bverfg.de.

Alemania⁸⁵. En su decisión en el caso *Bosphorus*⁸⁶ el TEDH sostuvo que «as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides», se compromete a no llevar a cabo un escrutinio pormenorizado del acto en cuestión: «If such equivalent protection is considered to be provided by the organisation, the presumption will be that a State has not departed from the requirements of the Convention when it does no more than implement legal obligations flowing from its membership of the organisation.»⁸⁷ Aunque se trata de un caso particular pues ya sabemos que la CE no es miembro del Convenio, esta idea de «confianza general – general trust» podría introducirse en el debate sobre el papel del TEDH. Por lo menos, aquellos Estados en los que se constata que existe un determinado grado mínimo de respeto de los derechos humanos, podrían escapar del escrutinio más detallado del Tribunal.

Parece el momento de iniciar un debate profundo sobre la identidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un debate en el que se perfila un nuevo Protocolo con posibilidades reales de resolver la crisis existencial en la que ahora se encuentra. Nosotros creemos que el Tribunal Europeo se merece un Protocolo 15.



⁸⁵ Los conocidos como casos «as long as», en que el Tribunal constitucional sostuvo que no aceptaría quejas relativas a la inconstitucionalidad de actos jurídicos que ejecutaban el Derecho Comunitario, en tanto que «as long as) el grado de protección de los derechos humanos en la Comunidad Europea se mantuviera en un nivel comparable al que garantizaba la Constitución alemana. Véase la decisión más reciente en el caso «Banana» no. 2 BvL 1/97 de 7 de junio de 2000, http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20000607_2bvl000197.html

⁸⁶ *Caso Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, Application no. 45036/98, decisión de 30 de junio de 2005.

⁸⁷ Caso *Bosphorus*, supra, núm. 155-156.