

**EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN
UNA EUROPA ASIMÉTRICA: ¿HACIA EL PLURALISMO
CONSTITUCIONAL?**

Alicia Cebada Romero*
Rainer Nickel**

SUMARIO: I) LA CRISIS EXISTENCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN UNA EUROPA ASIMÉTRICA. II DESAFÍOS FUNDAMENTALES PARA EL TEDH EN UNA EUROPA ASIMÉTRICA. III-SOLUCIONES EN EL PROTOCOLO 14 Y PROTOCOLO 14 BIS. 1. Un mejor proceso de filtrado. 2. Revigorizando el arreglo amistoso. 3. El criterio del "perjuicio importante" ("significant disadvantage"/ "préjudice important"). IV. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA: EL INFORME DEL GRUPO DE SABIOS. V. TRIBUNAL EUROPEO Y PLURALISMO CONSTITUCIONAL: UN DIFÍCIL EQUILIBRIO. V) CONCLUSIONES. UN NUEVO ENFOQUE: HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO CONSTITUTIONAL EN UNA EUROPA ASIMETRICA

I) LA CRISIS EXISTENCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN UNA EUROPA ASIMÉTRICA.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se encuentra al borde del colapso. Atender a 800 millones de potenciales demandantes con tan sólo 47 jueces, asistidos por unos 250 abogados, parece una misión imposible¹. En la situación actual el Tribunal necesitaría una moratoria de más de tres años tan sólo para ponerse al día².

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público. Universidad Carlos III de Madrid

** Profesor de Derecho Público. Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main. Institut für Öffentliches Recht

1 Annual Report 2007 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, p. 133-134. Lucius Caflisch, "The reform of the European Court of Human Rights: Protocol no 14 and beyond" 6 Human Rights Law Review (2006), 403. El número de denuncias ha ido incrementándose a lo largo del tiempo. Se ha pasado desde las 8408, del año 1999, hasta las 42376 del 2008 (record total) (Datos tomados de "The European Court of Human Rights. Some facts and figures: 1998-2008").

2 El 1 de noviembre de 2008 había 95.900 solicitudes pendientes ("The European Court of Human Rights. Some facts and figures: 1998-2008").

Se pueden encontrar más detalles en: Alicia Cebada Romero; Rainer, Nickel. "El futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: hacia el Protocolo 15" En: MARIÑO, F. (Ed.) "La aplicación de los

En esta situación es imposible para el TEDH cumplir la obligación que él mismo ha derivado del artículo 6 del Convenio Europeo de derechos humanos (CEDH) y cuyo cumplimiento ha exigido a los tribunales nacionales, según la cual las dilaciones indebidas en la administración de justicia constituyen una violación del Convenio³. 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 justicia⁴.

Para tratar de buscar una solución es necesario, primero, hacer un diagnóstico. Antonio Pastor ya lo hacía cuando escribió que "parte importante de la carga de trabajo que pesa sobre el Tribunal se debe a la errónea percepción que de sus funciones tiene 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"⁵. Lo cierto es que esa percepción equivocada no se puede achacar únicamente a la falta de diligencia o al descuido de los demandantes y de sus abogados, sino que trae causa de la confusión real que existe en torno a las funciones que debe desempeñar el Tribunal.

En efecto la crítica situación en que se encuentra el TEDH es el resultado de una compleja combinación de factores. En primer lugar convendría reconocer que no se hizo una previsión acertada de las consecuencias que tendría la apertura del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶ a los Estados de Europa del Este, conectada con la entrada en vigor del Protocolo 11. Estos dos hitos que son, sobre el papel claramente positivos para el Sistema Europeo de protección de los derechos humanos, han determinado de manera evidente la situación en la que ahora se encuentra el Tribunal. Podría ser otra si se hubiera previsto, por un lado, que se iba a incrementar exponencialmente el número de casos y, por otro, que el paisaje europeo - en relación con la protección de los derechos humanos - iba a cambiar a partir del incremento del número de denuncias por violaciones graves. Habría sido necesario que los dos hitos aludidos hubieran ido acompañados de las medidas adecuadas para, de un lado, agilizar el funcionamiento de la Institución ante el previsible aumento del volumen de trabajo⁷ y, de otro lado, preparar al Tribunal para trabajar en un

Derechos Fundamentales en España". BOE; UCIIM: Madrid, 2009.

3 Patricia Eglí, "Protocol n. 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.

4 Lucius Caflisch. "The reform of the European..." op. cit., p. 405.

5 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.

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

7 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

La Obra Jurídica del Consejo de Europa
(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

contexto diferente.

Para tratar de determinar qué funciones debe desarrollar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hay que partir de la realidad de un contexto que se ha creado a raíz de la apertura progresiva del Convenio Europeo a los países del Este. Se trata de una situación ciertamente paradójica porque aunque es verdad que la adhesión al Consejo de Europa y al Convenio Europeo de Derechos Humanos mismo ha influido positivamente en el proceso de transición hacia la democracia en estos países⁸, también hay que admitir que la adhesión de algunos de ellos supone un desafío importante para el sistema de protección establecido por el Convenio europeo. En estos momentos, los Estados contra los que se presenta el mayor número de demandas, con porcentajes que oscilan entre el 10 y el 20%, son Rusia, Rumania y Turquía, por este orden. 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 habían sido objeto de condena alguna en 2007. También hay que destacar la gravedad de la situación en algunos países. En 2007 Rusia fue condenada 13 veces por violación del derecho a la vida, una cifra elevadísima, teniendo en cuenta que entre 1999 y 2006 el número total de condenas por el mismo motivo había sido de 12. Estas cifras nos invitan a reconocer lo que ya hemos señalado, que parte de las dificultades a las que se enfrenta el Tribunal proviene precisamente de la transformación radical del escenario europeo sometido a su jurisdicción, que se ha producido en las últimas décadas.

La nueva situación constituye un imponente reto para el Tribunal Europeo. El continente en que surgió, se ha desarrollado y ha podido tejer su sofisticada jurisprudencia poco tiene que ver con la Europa actual. En el nuevo contexto, surgen casos nuevos que se plantean como auténticos desafíos para el sistema europeo de protección de los derechos humanos y para el propio Tribunal. En esta línea hay que ver el caso de Georgia v. Rusia⁹. En marzo de 2007 el primer país presentó una demanda contra el segundo, denunciando el trato dado por Rusia a los inmigrantes georgianos, como una presunta respuesta a la detención - en Georgia - de cuatro ciudadanos rusos acusados de espionaje. Se trata no

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". 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).

⁸ Michael O'Boyle. "On reforming the operation of the ECHR", EHRLR, 2008, n. 1, p. 1-11, en p. 3.

⁹ Georgia v. Russia (no. 13255/07).

solamente de un caso poco frecuente en el que un Estado denuncia a otro, sino que además, después de agosto de 2008, se ha convertido en un asunto que enfrenta a dos Estados que han estado en guerra hace menos de un año y que siguen distanciados radicalmente por un conflicto cuyas consecuencias traspasan sus fronteras, poniendo en peligro la seguridad internacional.¹⁰ La primera vista ha tenido lugar en abril de 2009¹¹. El Tribunal tiene que decidir ahora sobre la admisibilidad y el fondo del caso. Esta decisión puede añadir más tensión a sus relaciones con Rusia, ya muy problemáticas, como veremos en secciones posteriores de este trabajo.

Otro caso inédito es *Sejdic y Finci c. Bosnia Herzegovina*¹², en el que la Gran Sala tendrá que decidir si los artículos 4 y 5 de la Constitución de Bosnia-Herzegovina, basada en los Acuerdos de Dayton incumplen el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Aquí se plantean dos cuestiones fundamentales. Una, los límites jurídicos que deben regir en las negociaciones de paz, y otra, un problema de relaciones entre ordenamientos jurídicos.

En este caso los demandantes son un roma y un judío, que no pueden concurrir como "elegibles" a las elecciones presidenciales ni a las parlamentarias en Bosnia Herzegovina, debido precisamente a su origen romaní y judío. Los artículos 4 y 5 de la Constitución de Bosnia Herzegovina establecen que sólo las personas pertenecientes a unos de los "pueblos constituyentes": bosniacos¹³, croatas o serbios, pueden ejercer el derecho de sufragio pasivo en estas elecciones. Se excluye, "constitucionalmente" a "los otros", los que forman parte de otras minorías nacionales o grupos étnicos, incluyendo los judíos y los miembros de la minoría romaní.

Tanto el Comité de Derechos Humanos, como el Comité de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial han emitido observaciones en las que recomiendan al Estado de Bosnia Herzegovina que modifique su Constitución¹⁴.

La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de

10 Alastair Mowbray, "United Nations...", Op. cit., p. 611.

11 Se puede ver la grabación en video de la misma en: http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Press/Multimedia/Webcasts+of+public+hearings/webcastEN_media?tp_url=20090416-1/en/.

12 Casos nos. 27996/06 and 34836/06 por Dervo SEJDIĆ y Jakob FINCI contra Bosnia y Herzegovina presentadas el 3 julio y el 18 agosto 2006.

13 Los bosniacos son los antiguos "musulmanes" en la República socialista de Yugoslavia. Durante la guerra (92-95) pasaron a denominarse "bosniacos". Bosniacos, por tanto, no es lo mismo que bosnios, que serían todos los ciudadanos de Bosnia-Herzegovina, independientemente de su origen étnico.

14 Comité de Derechos Humanos, documento no. CCPR/C/BIH/CO/1, § 8, de 22 noviembre de 2006. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, documento no. CERD/C/BIH/CO/6, § 11, de 21 de marzo de 2006.

La Obra Jurídica del Consejo de Europa
(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

Venecia) había emitido también un Dictamen sobre la situación constitucional en Bosnia Herzegovina en el que realizaba las siguientes consideraciones: "In the present case, the distribution of posts in the State organs between the constituent peoples was a central element of the Dayton Agreement making peace in Bosnia and Herzegovina possible. In such a context, it is difficult to deny legitimacy to norms that may be problematic from the point of view of non-discrimination but necessary to achieve peace and stability and to avoid further loss of human lives"¹⁵. En efecto, como ya hemos adelantado, la Constitución bosnia se basa en los Acuerdos de Dayton que hicieron posible la paz. La distribución de puestos en los organismos estatales entre los "pueblos constituyentes" fue uno de los elementos esenciales de estos Acuerdos.

Parece evidente que la Constitución de Bosnia-Herzegovina vulnera los parámetros internacionales de protección de los derechos humanos, pero de acuerdo con la opinión expresada por la Comisión de Venecia, era éste un precio que convenía pagar para conseguir la paz.

Sea como sea, el arreglo establecido por los Acuerdos de Dayton y reflejado en la Constitución bosnia probablemente no puede subsistir en los términos actuales. La propia Comisión de Venecia aunque reconocía, en el Dictamen mencionado, la legitimidad de la norma constitucional impugnada abogaba finalmente por la necesidad de modificarla y consideraba que las circunstancias actuales permitían emprender un proceso de reforma que garantizara la representación de todos los grupos étnicos. Y más rotunda se ha manifestado en el *amicus curiae* que ha presentado en el asunto Sedjic, en el que declara que la exclusión de "los otros" articulada en la Constitución de Bosnia/Herzegovina y en la Ley electoral es incompatible con el artículo 14 en conjunción con el artículo 3 del Protocolo 1 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 12¹⁶.

Además de por la claridad con la que en este caso se plantea el dilema paz/derechos humanos, también es muy relevante desde la perspectiva de las relaciones entre ordenamientos. El Tribunal constitucional bosnio se ha pronunciado sobre este asunto, mediante las Decisiones U 5/04 de 31 de marzo de 2006 y U 13/05 de 26 mayo de 2006. En ellas ha considerado que carece de jurisdicción para conocer de si la Constitución es compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, pues mientras que ésta tiene prioridad sobre la ley, no la tiene ni sobre la Constitución ni sobre la Election Act (Ley Electoral) de 2001.¹⁷

15 *Opinion on the constitutional situation in Bosnia and Herzegovina and the powers of the High Representative* (document no. CDL-AD(2005)004).

16 CDL-AD(2008)027; Opinion no. 483/2008, de 22 de octubre de 2008. Comisión de Venecia. *Amicus Curiae Brief* en los casos Sedjic and Finci v. Bosnia/Herzegovina.

17 Decision no. U 5/04:

"14. ...the Constitutional Court notes that the rights under the European Convention cannot have

El caso Sedjic es excepcionalmente peculiar.¹⁸ No son, en cambio, tan raras, sino que por el contrario se registra un preocupante incremento de demandas ante el TEDH, las violaciones graves de los derechos recogidos en el Convenio. Nos podemos referir a las Sentencias relativas a Chechenia¹⁹. Entre 2005 y 2008 el Tribunal ha dictado 37 Sentencias relativas a violaciones de derechos humanos cometidas en este territorio. La mayoría de los casos se refieren a asesinatos masivos y desapariciones forzadas. Como pone de manifiesto Leach, en 34 de los 37 casos se denunciaba la violación del derecho a la vida (artículo 2) y en los 34 casos el Tribunal sentenció que la violación se había producido²⁰. En muchos de estos asuntos el Tribunal se ha enfrentado a la dificultad añadida que representaba la falta de cooperación de las autoridades rusas.

Las cifras y los casos mencionados ponen de manifiesto que en la Europa sometida a la jurisdicción del TEDH el grado de respeto de los derechos humanos varía mucho de unos países a otros. Aunque hay que matizar y hacer muchas precisiones antes de levantar el dedo acusador contra uno u otro Estado, lo que es indudable es que el número de violaciones graves ha aumentado²¹. El Tribunal ha tenido que aplicar algunas dosis de improvisación, y ha demostrado ciertos reflejos, 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: Chechenia²²; Turquía: Kurdos)²³. No obstante, numerosos interrogantes surgen acerca de la idoneidad del Tribunal para ejercer estas funciones.²⁴ En todo caso, estas

a superior status to the Constitution of Bosnia and Herzegovina. The European Convention, as an international document, entered into force by virtue of the Constitution, and therefore the constitutional authority derives from the Constitution and not from the European Convention itself....

16. In light of the aforesaid, the Constitutional Court concludes that it falls out of the scope of its competence to decide in the present case on the conformity of certain provisions of the Constitution of Bosnia and Herzegovina with the European Convention and its Protocols.”

18 Algunas similitudes tiene, no obstante, el caso TÂNASE AND CHIRTOACĂ v. MOLDOVA (no. 7/08) sobre la exclusión de ciudadanos con doble nacionalidad para ser elegidos como miembros del Parlamento en las elecciones nacionales. En su decisión del 18 Noviembre 2008, el TEDH ha declarado que había una violación del Artículo 3 del Protocolo 1. El caso ha sido planteado a la Gran Sala, en abril de 2009 (artículo 43.2 del Convenio Europeo).

19 Philip Leach. "The chechen conflict: analysing the oversight of the ECHR". EHRLR, 2008, n. 6, p. 732-761.

20 Philip Leach. "The chechen... op. cit., p. 3-4.

21 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.

22 As. No 7615/02, Imakayeva v. Russia (2006), párrafos 117-119, As. No 21689/93, Ahmet Özkan v. Turkey (2004), parr. 84.

23 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.

24 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. Véase el artículo 38 del Protocolo

La Obra Jurídica del Consejo de Europa

(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

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. Y contribuyen a poner de relieve problemas estructurales, que hay que resolver en el ámbito estatal para lograr que determinadas violaciones sean investigadas suficientemente en los Estados en cuestión.

Hasta aquí hemos constatado la existencia de una clara asimetría en relación con la cantidad de casos graves (y quizás también en relación con la calidad) de los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos en Europa. Se podría llegar a hablar de dos grupos de países, un grupo con un nivel aceptable de protección de los derechos humanos y otro con graves y acuciantes problemas en este terreno. Esta asimetría obliga al Tribunal a combinar dos registros completamente diferentes. Así, mientras que en su jurisprudencia relativa a determinados países puede hacer filigrana jurídica, hilando muy fino para elevar todavía más el grado de protección de los derechos²⁵, en otro tipo de casos se ve obligado a actuar a un nivel mucho más básico para tratar de proteger a la población de ciertos Estados de violaciones muy graves de derechos recogidos en el Convenio Europeo. Parece que el TEDH representa dos papeles diferentes: Por un lado, el TEDH funciona como un "Tribunal Supremo de Europa", con el poder y con la ambición de interpretar los derechos del modo más extensivo posible, y por el otro lado, el TEDH actúa como guardián de los fundamentos democráticos del orden público constitucional de Europa, incluso de derechos muy básicos como el que protege la vida misma.

Esta dualidad de registros no resulta fácil de combinar y puede llevar al Tribunal a situaciones incómodas en algunos países, que puede ir acompañada del cuestionamiento de su propia legitimidad. Ha ocurrido, por ejemplo, con mucha claridad en Rusia²⁶, el único Estado que aún no ha ratificado el Protocolo 14. 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

14. Sobre este tema, véase recientemente: Matthew Smith "The adjudicatory Fact-finding tools of the European Court of Human Rights" EHRLR, 2009, n. 2, p. 206-228.

25 Hay ejemplos múltiples por esa tendencia: Véase, por ejemplo, el caso "Axl": caso Johansson v. Finland (Application no. 10163/02), sentencia del 6 September 2007 (decidiendo que el nombre "Axl" sin "e" es admisible en Finlandia); y el caso Moreno Gómez v. España, Sentencia de 16 de noviembre de 2004 (decidiendo que la ciudad de Valencia tiene que proteger a sus ciudadanos de ruido nocturno de la calle).

26 Pero también en Alemania: véase, por ejemplo, la decisión del Tribunal constitucional federal alemán de 14 de octubre 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 TEDH. Por otro lado, el Tribunal declaraba también que la constitución alemana y sus derechos fundamentales esta superior a los derechos en la Convención, y que hay límites en respecto a la aplicación "mecánica" de la jurisdicción del TEDH.

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 "elites políticas rusas" en contra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁷.

Incluso el Tribunal Constitucional ruso ha matizado recientemente su compromiso con el cumplimiento de las Sentencias del Tribunal europeo²⁸, con ocasión de la revisión de la constitucionalidad del recurso extraordinario de revisión que ha sido declarado constitucional (Sentencia de 5 de febrero de 2007)²⁹.

La actitud de Rusia ante el Tribunal y el Convenio Europeo de Derechos Humanos es una muestra más del nuevo tipo de complicaciones que se le presentan al primero. Queremos destacar, por tanto, que el contexto en que debe actuar el Tribunal es muy complicado, que ahora el Tribunal no lo tiene más fácil, sino más difícil y no se trata tan sólo de que haya aumentado el número de casos, sino de que también se le plantean cuestiones inéditas y en muchos casos violaciones muy graves.

Aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es una pieza clave, fundamental del Sistema europeo de protección de los derechos humanos, no es desde luego la única. En el nuevo contexto, el Tribunal es más necesario que nunca, pero no está sólo a la hora de garantizar el "orden público europeo". En el plano interno, no cabe duda de que se debe reforzar la cooperación entre el TEDH y los Tribunales nacionales, particularmente los Tribunales Constitucionales. En este sentido merece la pena referirse a la propuesta del Comité de Sabios³⁰ en la que se contempla 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

27 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.

28 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 n. 10. Hemos hecho un análisis más exhaustivo de esta cuestión en: Cebada Romero, A; Nickel, Rainer. "El futuro del Tribunal... op.cit.

29 Sentencia del Tribunal Constitucional de la Federación rusa, de 5 de febrero de 2007, No. 2-P, As. relativa 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.

30 Sobre este Informe, véase la sección IV. Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, CM(2006)203 del 15 Noviembre 2006, p. 20-22, no. 76-86.

La Obra Jurídica del Consejo de Europa

(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

sin más al contexto del Convenio Europeo. 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. 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 TEDH³¹. 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 marca la diferencia entre el Dictamen consultivo y 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"³². Pero, en todo caso, el Dictamen consultivo propuesto por el Comité de Sabios sería una buena herramienta, muy audaz, 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. Creemos que la restricción es además necesaria si se quiere mantener el pluralismo constitucional, punto al que nos referiremos más adelante en este artículo.

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 subsidiariedad³³. En cambio, en el plano internacional, la relación con otros órganos internacionales se debe inspirar en el principio de cooperación. Estamos de acuerdo en que otorgar a los particulares acceso directo al Tribunal (Protocolo

31 También es interesante la propuesta de crear un centro europeo de formación de jueces. Véase en este sentido: Paul Mahoney. "A European judicial training institute on human rights" *European Human Rights Law Review*, 2009, n. 2, p. 123-134.

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

33 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.

11) fue una evolución extremadamente positiva del sistema europeo³⁴, 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.

II DESAFÍOS FUNDAMENTALES PARA EL TEDH EN UNA EUROPA ASIMÉTRICA.

Una vez dibujado el contexto en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe ejercer sus funciones, volvemos a la cuestión inicial: ¿qué funciones debe desempeñar el TEDH?

El debate sobre la naturaleza del TEDH sigue abierto y las posiciones varían según que se quiera otorgar relevancia a su función de control constitucional o, en cambio, a la de impartir justicia individual. Creemos que parte de los problemas derivan de un planteamiento incorrecto de la situación. Un Tribunal internacional de las características del TEDH no puede pretender impartir "justicia individual" a unos 800 millones de ciudadanos. 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 europeos de control.

Hasta ahora el debate se ha planteado en los siguientes términos: ¿Debe el Tribunal impartir justicia constitucional o justicia individual? Como bien dice George Ress³⁵: "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 el TEDH 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

34 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".

35 George Ress. "The effect..." op. cit., p. 361.

La Obra Jurídica del Consejo de Europa
(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

rol "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 caso³⁶. 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)³⁷, lo cierto es que se deja un destacable margen de discrecionalidad al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para decidir qué casos le pueden ser planteados³⁸.

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 importancia³⁹. 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. 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

36 Christina G. Hioureas. "Behind the scenes...", op. cit., p. 744.

37 "An idea floated at the time of drawing up Protocol No. 14 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).

38 Véase: Xavier-Baptiste Ruedin. "De minimis non curat the ECHR: the introduction of a new admissibility criterion (art. 12 of Protocol 14)". EHRLR, 2008, n. 1, p. 80-105.

39 Cit. supra. p. 406.

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. Ésta 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.⁴⁰ Su activismo judicial ha generado críticas que denuncian un supuesto “intrusismo” del Tribunal en ámbitos que corresponde regular a los Estados miembros.⁴¹ A pesar de las críticas, en la actualidad 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”.

Estas reflexiones nos llevan a un segundo gran desafío para el Tribunal. Quizás la salida a este dilema que acabamos de plantear en el párrafo precedente se hallaría más fácilmente si el Tribunal aceptara un cierto grado de pluralismo constitucional, en la línea en que lo hace en la Sentencia Odiévre v. Francia (sentencia de 13 de febrero de 2003) a la que luego nos referiremos con mayor detalle, en el apartado de las soluciones, porque creemos que el reconocimiento del pluralismo constitucional podría ser una de las soluciones que aliviara los problemas que atentan al Tribunal. Cuando hablamos de pluralismo constitucional nos estamos refiriendo básicamente al reconocimiento de un verdadero margen de apreciación a los Estados a la hora de legislar y a los Tribunales constitucionales o tribunales superiores a la hora de decidir sobre la compatibilidad de la legislación estatal con las Constituciones o normas supremas del ordenamiento jurídico nacional, interpretadas también a la luz del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales. Significa, en definitiva, que no hay un solo modo de proteger los derechos, ni de resolver los conflictos entre distintos derechos e intereses protegidos por la Convención Europea.

III- SOLUCIONES EN EL PROTOCOLO 14 Y PROTOCOLO 14 BIS

40 JOHANSSON v. FINLAND (no. 10163/02), Sentencia de 06 Septiembre 2007. Los padres obviamente eran fans del grupo de rock “Guns and Roses”, cuyo vocalista tiene el nombre Axl Rose.

41 Uno de los casos más famosos es el caso VON HANNOVER, véase sobre este caso más adelante Sección V, p. 28.

La Obra Jurídica del Consejo de Europa
(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

El Protocolo 14, adoptado en 2004, fue la respuesta que los Estados Parte dieron a los problemas planteados, que amenazaban seriamente con asfixiar al TEDH. En los años transcurridos desde entonces 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 su Informe en 2006.

Para superar parcialmente la situación de bloqueo impuesta por Rusia se acaba de firmar en Madrid (12 de mayo de 2009) el Protocolo 14 bis, que incorpora parte de las soluciones recogidas en el Protocolo 14. Una vez que entre en vigor el primero, se creará la formación de juez individual que conocerá de las demandas manifiestamente inadmisibles (competencia ahora de los comités de tres jueces). Los comités de tres jueces podrán conocer del fondo en asuntos repetitivos (de los que ahora se ocupan las Salas de siete jueces).⁴²

Las propuestas recogidas por el Protocolo 14 se pueden situar en cuatro órdenes: filtrado más eficaz de las demandas, promoción del arreglo amistoso, nueva condición de admisibilidad y mejora de la inserción del Convenio en los ordenamientos jurídicos nacionales.

1. Un mejor proceso de filtrado:

En el marco del primero de los órdenes citados, 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 individual un juez no podrá decidir sobre la admisibilidad de asuntos referidos al país que ha propuesto su nombramiento.

El que un sólo juez pueda bloquear el acceso al Tribunal, mediante una declaración de inadmisibilidad, es una fórmula que ha recibido muchas críticas. No se debe perder de vista, 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

42 Council of Europe, CM(2009)58 final, 12 Mayo 2009.

inadmisibilidad en la demanda 62414/00, *Palusinski v. Polonia*, en un asunto relativo a la libertad de expresión). 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.

De acuerdo con el Protocolo 14, 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.⁴³ Sin embargo, casos como *DH v. República Checa*, relativo a la existencia de una discriminación indirecta contra los niños roma en relación con la educación, demuestran lo necesario que puede ser este recurso⁴⁴.

En relación con la posible introducción de cambios en el futuro con respecto a la organización del Tribunal, el Protocolo 14 atribuye al Comité 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 14 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. Sería bueno incrementar el número de jueces⁴⁵, cuya nacionalidad se podría definir de acuerdo con un turno rotatorio. En esta línea va la propuesta de crear un Comité Judicial, incluida en el Informe del Grupo de Sabios.

43 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.

44 En la República Checa, los niños roma eran enviados sistemáticamente a escuelas especiales destinadas a niños con "dificultades de aprendizaje". La escolarización en estos centros les privaba de oportunidades para acceder a niveles de educación superiores. El envío de los niños roma a estas escuelas se basaba en informes psicológicos y se hacía con el consentimiento de los padres. El resultado era que entre el 80 y el 90% de los niños escolarizados en estos centros especiales eran roma. Y un niño de esta etnia tenía un 50% de probabilidades de ser enviado a estas escuelas, mientras que la probabilidad en el caso de un niño no roma era inferior a un 2%. En este caso la Gran Sala estimó el recurso presentado contra la Sentencia de la Sala pequeña en la que se había sostenido que no había discriminación.

45 Antonio Pastor Ridruejo. "El Protocolo 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿estamos ante la reforma que necesita el Tribunal? Vol. LVI (2004), REDJ, p. 143.

La Obra Jurídica del Consejo de Europa
(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

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.

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 improrrogables⁴⁶. En la actualidad es de 6 años y prorrogable. Se trata de un cambio de cierto calado que está destinado a garantizar la independencia judicial, independencia que se puede poner en conexión con la eficacia del Tribunal⁴⁷.

2. Revigorizando el arreglo amistoso

El segundo orden de soluciones recogidas en el Protocolo 14 apunta en la dirección de promover el arreglo amistoso como mecanismo alternativo de solución de diferencias (artículo 39)

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 2005⁴⁸. 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. H.R. (2001); Akbay v. Turkey, App.No. 32598/96, Eur. Ct. H.R. (2001); I.I. v. Turkey,

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Laurence R. Helfer; Anne-Marie Slaughter. "Why States create.... Op. cit. p. 899. Michael O'Boyle propone medidas para mejorar la independencia de los jueces de Estrasburgo. Destaca, por ejemplo, que el TEDH es el único tribunal internacional que carece de un plan de pensiones para sus jueces. Michael O'Boyle. "On reforming... op. cit., p. 1-11.

⁴⁸ 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.

App. No. 30953/96, Eur. Ct. H.R. (2001))⁴⁹. 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 “[a]lthough 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.”⁵⁰

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.

3. El criterio del “perjuicio importante” (“significant disadvantage”/ “préjudice important”)

En un tercer orden de medidas se encuadraría la nueva condición de admisibilidad que se regula en el Protocolo 14: el perjuicio importante. Consideramos que este nuevo criterio puede llegar a ser más que una condición de admisibilidad, pues puede ayudar a definir el papel del TEDH y a perfilar sus funciones.

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 europeo⁵¹. En el

49 Sobre 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.

50 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.

51 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 este 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

La Obra Jurídica del Consejo de Europa
(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

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? Así pues, 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.

Aunque la referencia a esta nueva condición de admisibilidad nos ha permitido entrar tangencialmente en la cuestión de la naturaleza del Tribunal, lo cierto es que ésta es la asignatura pendiente del Protocolo 14 que la deja sin abordar.

4. La internalización e integración de la jurisprudencia del TEDH en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Por último, hay un cuarto orden de medidas con las que el Protocolo 14 también aspira a mejorar la inserción del Convenio Europeo 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 law⁵²".

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

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.

52 George Ress. "The effect... op. cit., p. 375-375.

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 Unido⁵³ o Italia, no tiene por qué influir en el grado de cumplimiento de la Convención. En este sentido, basta 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 nacionales⁵⁴. 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 (está por ver, si incluso para el poder constituyente), 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 para

⁵³ El Reino Unido ha incorporado el Convenio en la Human Rights Act 1998.

⁵⁴ Patricia Egli. "Protocol...", op. cit., p. 16.

La Obra Jurídica del Consejo de Europa
(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

ejecutarlas. Sin embargo, hay algunos casos recientes⁵⁵ 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.⁵⁶ En algunos casos ha llegado a indicar la necesidad de reformas legislativas para evitar futuras violaciones⁵⁷. Algunos ejemplos: Assanidze c. Georgia: 2004-II 221; (2004) 39 EHRR 653; (2006) 43 EHRR 1 ; y Sejdivic c. Italia: (2006) 42 EHRR 360; y Sejdivic v Italy (Gran Cámara), Sentencia de 2 Marzo 2006, As. No. 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. 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 solo 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"⁵⁸ que afectan un gran número de personas⁵⁹.

55 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 Sejdivic Cases". 7 (2007) Human Rights Law Review, p. 396.

56 En el caso SCORDINO v. ITALY (Application no. 36813/97), 29 Marzo 2006, la Gran Sala de la Corte dijo que "...domestic courts must...be able, under domestic law, to apply the European case-law directly and their knowledge of this case-law has to be facilitated by the State in question", n. 239.

57 Patricia Egli. "Protocol n. 14 to the European Convention for the protection..." op. cit., p. 5.

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

59 (2006) 42 EHRR 360; and Sejdivic 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

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.

El Protocolo 14 se refiere en su artículo 46 al carácter vinculante y la ejecución de las Sentencias del Tribunal europeo, reconociéndole al Comité de Ministros de acudir a la Corte para plantar un recurso por incumplimiento de una Sentencia (párrafo 4) o plantear dudas de interpretación (párrafo 3)⁶⁰.

Si un país 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 Europa⁶¹.

IV. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA: EL INFORME DEL GRUPO DE SABIOS

Ya hemos mencionado que las propuestas del Protocolo 14 han sido analizadas y "superadas" por nuevas recogidas en el Informe del Grupo de Sabios, al que ya nos hemos referidos.

Por razones de espacio no podemos analizar aquí en detalle las propuestas que se pueden encontrar en el informe del Grupo de Sabios⁶², pero sí podemos hacer una referencia sucinta a algunas de ellas.

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, a la que ya nos hemos referido. Además se recomienda que 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 se de mayor difusión a las Sentencias de principios, proponiendo medidas concretas como la traducción a lenguas no oficiales, la publicación en formato electrónico, entre otras.

El Comité de sabios también aconseja mejorar los remedios domésticos para evitar violaciones del Convenio, por ejemplo, tomando las medidas necesarias para reducir la dilación en la administración de justicia. Así mismo, recomienda que no sean ni el Tribunal ni el Comité judicial quienes determinen qué cantidad

of the Assanidze, Broniowski and Sejdovic cases" 7 (2007) Human Rights Law Review, 396.

60 Patricia Egli. "Protocol..." , op. cit., p. 8

61 Si analizamos las estadísticas sobre ejecución observaremos que, el país con mayor porcentaje de Sentencias pendientes de ejecución (con un 17% del total) es Turquía (http://www.coe.int/t/e/human_rights/execution/04_statistics/StatisticsExecutionJudgments_July07.asp#TopOfPage).

62 Ya hemos hecho un análisis en profundidad de dichas propuestas en: Cebada Romero, A; Nickel, Rainer. "El futuro del Tribunal.... Op. cit.

La Obra Jurídica del Consejo de Europa
(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

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 adicional⁶³, "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). 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 Tribunal⁶⁴. 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.

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

63 Véase Patricia Egli, "Protocol... op. cit., p. 14. Este Comité recuerda a la antigua Comisión de Derechos Humanos.

64 Alastair Mowbray "United Nations...", op. cit., p. 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".

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 Cámara⁶⁵. 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 recalcado la importancia que conferimos a la cooperación del Tribunal con otros órganos internacionales de control, por lo que consideramos muy oportuna esta referencia expresa al Comisario Europeo.

Por último el Comité 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 Partes. 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 hay que hacer, por todos los medios es incrementar los recursos a disposición del Tribunal.

Además el TEDH también ha rechazado la propuesta de reducir el número de jueces. En su "Opinion of the Court on the Wise Person's Report"⁶⁶ la Corte declara que esta cuestión es "a particularly sensitive matter". Y se refiere no sólo a la carga de trabajo, sino que el Tribunal subraya que el principio de un juez por país miembro "is an important safeguard of legal pluralism" porque "its role under the Convention entails more intense scrutiny of domestic laws than is usual for an international tribunal".⁶⁷ Esto nos lleva a la búsqueda quizás

65 Christina G. Hioureas. "Behind... op. cit., p. 729.

66 La Opinión fue adoptada por el Pleno el 02 de abril de 2007, véase: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/26457EAB-2840-4D71-9ED7-85F0F8AE0026/0/OpinionoftheCourtontheWisePersonsReport.pdf>.

67 Opinión del TEDH, op. cit. p. 5.

La Obra Jurídica del Consejo de Europa
(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

a pensar de manera diferente sobre el colapso del Tribunal. ¿Es tal colapso el resultado también de una "hiper-constitucionalización" del Convenio y de la realización de un escrutinio demasiado exhaustivo de los ordenamientos jurídicos nacionales? Nos referiremos ahora a la cuestión de si y cómo el TEDH puede tomar en consideración el pluralismo constitucional y la asimetría de la Europa en que tiene que realizar su labor.

V. TRIBUNAL EUROPEO Y PLURALISMO CONSTITUCIONAL: UN DIFÍCIL EQUILIBRIO.

¿Es posible compatibilizar la existencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el reconocimiento del pluralismo constitucional en el terreno de protección de los derechos humanos? ¿Qué consecuencias tendría tal reconocimiento en la definición de las funciones que correspondería desempeñar al Tribunal Europeo?

Ninguna de estas dos cuestiones encuentra una solución sencilla. Pero creemos que es legítimo formularlas. Nos vamos a referir a cierta jurisprudencia del Tribunal, la que precisamente nos ha suscitado estos interrogantes, confesando -desde el principio- que no tenemos una respuesta definitiva para ninguno de ellos, pero que sí estamos convencidos de que plantean aspectos sobre los que hay que reflexionar a la hora de responder a la gran cuestión que queda pendiente: la definición de las funciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ya hemos declarado a lo largo de este artículo que una de las funciones primordiales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debería ser la de tratar de garantizar un grado de protección uniforme de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el continente europeo, pero el reto consistiría en conseguir tal objetivo preservando al mismo tiempo la variedad constitucional existente en los países miembros, es decir, respetando el pluralismo constitucional europeo.⁶⁸

También hemos puesto en relación la idea de pluralismo constitucional con un criterio que sí ha utilizado el Tribunal en su jurisprudencia: el margen de apreciación de los Estados. Entendemos que este criterio permite reconocer a los Estados una cierta libertad a la hora de legislar y a los Tribunales constitucionales o tribunales superiores a la hora de decidir sobre la compatibilidad de la legislación estatal con las Constituciones o normas supremas del ordenamiento jurídico internacional, interpretadas también a la luz del Convenio Europeo de Derechos y Libertades Fundamentales. Significa, en definitiva, que no hay un solo modo de proteger los derechos, ni de resolver los conflictos entre distintos

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

derechos e intereses protegidos por la Convención Europea.

El TEDH aplica el criterio del margen de apreciación, que está en línea con el carácter subsidiario de la protección que ofrece el Convenio Europeo, con una diversidad sorprendente. A veces el TEDH se refiere al margen de apreciación, pero después en el análisis del caso el criterio se desvirtúa, de manera que la Sentencia resultante termina siendo difícilmente reconciliable con la noción del *margen* de apreciación.⁶⁹ En otras ocasiones el Tribunal no solo aplica, sino que define claramente los resultados de una aproximación a cuestiones jurídicas muy complejas desde una aproximación pluralista. Un caso en que el TEDH aplica verdaderamente este tipo de enfoque es: *Odièvre v. Francia*.⁷⁰

En este caso, el Tribunal reconoce un conflicto de intereses entre el hijo dado en adopción por su madre biológica en el momento de nacer y que quiere conocer su filiación, y el de la madre biológica que ha solicitado expresamente que su identidad se mantenga oculta. La madre no puede ser obligada a salir de su anonimato, la información sobre su identidad sólo puede ser facilitada al hijo con su consentimiento. El Tribunal establece que "The child's vital interest in its personal development is also widely recognized in the general scheme of the Convention (...) On the other hand, a woman's interest in remaining anonymous in order to protect the health by giving birth in appropriate medical conditions cannot be denied"⁷¹. El Tribunal admite que "[t]here is also a general interest at stake, as the French legislature has consistently sought to protect the mother's and child's health during pregnancy and birth and to avoid abortions, in particular illegal abortions, and children being abandoned other than under the proper procedure. The right to respect for life, a higher-ranking value guaranteed by the Convention, is thus one of the aims pursued by the French system".

Y sigue el Tribunal: "In these circumstances, the full scope of the question which the Court must answer - does the right to know imply an obligation to divulge? - is to be found in an examination of the law of 22 January 2002, in particular as regards the State's margin of appreciation (...) there are different ways of ensuring "respect for private life" and the nature of the State's obligation will depend on the particular aspect of private life that is at issue."

El párrafo donde el Tribunal desarrolla más el alcance que tiene la aplicación del criterio del "margen de apreciación" es el 47: "The Court observes that most of the Contracting States do not have legislation that is comparable to that applicable in France, at least as regards the child's permanent inability

69 Vease, por ejemplo, el caso *Axl*, supra n. 25 y 40.

70 Sentencia de 13 de julio de 2003.

71 Párrafo 44.

La Obra Jurídica del Consejo de Europa
(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

to establish parental ties with the natural mother if she continues to keep her identity secret from the child she has brought into the world. However, it notes that some countries do not impose a duty on natural parents to declare their identities on the birth of their children and that there have been cases of child abandonment in various other countries that have given rise to renewed debate about the right to give birth anonymously. In the light not only of the diversity of practice to be found among the legal systems and traditions but also of the fact that various means are being resorted to for abandoning children, the Court concludes that States must be afforded a margin of appreciation to decide which measures are apt to ensure that the rights guaranteed by the Convention are secured to everyone within their jurisdiction.”

Y finalmente, el Tribunal señala que “[t]he French legislation thus seeks to strike a balance and to ensure sufficient proportion between the competing interests. The Court observes in that connection that the States must be allowed to determine the means which they consider to be best suited to achieve the aim of reconciling those interests”. Para terminar concluyendo que no había violación del artículo 8 de la Convención.

Hemos reproducido literalmente algunos de los párrafos de la Sentencia porque consideramos que en ellos se desarrolla perfectamente el enfoque que preconizamos⁷². El eje es el reconocimiento del margen de apreciación a los Estados, lo que garantiza la preservación de un cierto pluralismo constitucional. Se acepta que diversas combinaciones de las distintas variables en juego pueden producir el mismo resultado: un grado aceptable de protección de los derechos recogidos en el Convenio Europeo⁷³. Como se dice en la Opinión Disidente conjunta presentada por los jueces Bratza, Bonello, Loucaides, Cabral Barretto, Tulkens y Pellonpää, parece deducirse de esta Sentencia que el margen de

72 En esta misma línea podemos citar también el asunto Mikulić v. Croacia (Sentencia de 7 de febrero de 2002), aunque en este caso el Tribunal acabó condenando a Croacia por violación del artículo 8, hay algunos párrafos de la Sentencia que convendría recoger aquí: “However, the boundaries between the State’s positive and negative obligations under Article 8 do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In determining whether or not such an obligation exists, regard must be had to the fair balance which has to be struck between the general interest and the interests of the individual; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation (see, for instance, Keegan, cited above, p. 19, § 49, and M.B. v. the United Kingdom, no. 22920/93, Commission decision of 6 April 1994, Decisions and Reports 77-A, p. 116). The States parties to the Convention have different solutions to the problem that arises when a putative father refuses to comply with court orders to submit to the tests which are necessary to establish the facts. In some States the courts may fine or imprison the person in question. In others, non-compliance with a court order may create a presumption of paternity or constitute contempt of court, which may entail criminal prosecution. A system like the Croatian one, which has no means of compelling the alleged father to comply with a court order for DNA tests to be carried out, can in principle be considered to be compatible with the obligations deriving from Article 8, taking into account the State’s margin of appreciation.”

73 En su voto concurrente el Juez Rozakis critica, en cambio, el peso que el Tribunal había reconocido al “margen de apreciación”, tratando de demostrar que en realidad el criterio había jugado un papel marginal a la hora de tomar la decisión.

apreciación que se reconoce a los Estados “was greater in the instant case in view of the diversity of practice to be found among the legal systems and traditions...”⁷⁴.

En claro contraste con el caso Odièvre podemos citar el caso Von Hannover c. Alemania (Sentencia de 24 de junio de 2004) en que se plantea la necesidad de encontrar un equilibrio entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la vida privada. En este caso, el Tribunal constitucional alemán siguió una dirección opuesta a la que se había impuesto en Francia, donde en este tipo de casos se había dado preferencia al derecho a proteger la vida privada. “In doing so the Federal Constitutional Court took account of two criteria under German law, one functional and the other spatial. It considered that the applicant, as a figure of contemporary society “*par excellence*”, enjoyed the protection of her private life even outside her home but only if she was in a secluded place out of the public eye to which persons retire “with the objectively recognisable aim of being alone and where, confident of being alone, they behave in a manner in which they would not behave in public” (párrafo 54). El TEDH (párrafo 74) considera que estos criterios no eran suficientes para proteger el derecho a la vida privada de la demandante. Además, el TEDH concluye que “it considers that the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general interest. It is clear in the instant case that they made no such contribution, since the applicant exercises no official function and the photos and articles related exclusively to details of her private life” (párrafo 76). Finalmente, el TEDH declara que había habido violación del artículo 8.

En nuestra opinión, en este caso, el Tribunal podría haber aplicado el criterio del margen de apreciación y aceptar la solución establecida por el Tribunal constitucional alemán. En vez de ello el Tribunal hace una especie de alegato contra la “prensa rosa”. El Tribunal limita el “margen de apreciación”, aplicando el test de la necesidad democrática⁷⁵.

74 Párrafo 10. Ellos critican este enfoque favorable a la pluralidad, después de haber puesto en cuestión que tal pluralidad existiese realmente: “by relying on the alleged diversity of practice among the legal systems of traditions (...) as a justification for the margin of appreciation and for declaring the mother’s absolute right to keep her identity secret compatible with the Convention, the majority have stood the argument concerning the European consensus on its head and rendered it meaningless. Instead of permitting the rights guaranteed by the Convention to evolve, taking accepted practice in the vast majority of countries as the starting point, a consensual interpretation by reference to the virtually isolated practice of one country (...) is used to justify a restriction on those rights”.

75 Sobre las relaciones entre el margen de apreciación y el “test de necesidad de una sociedad democrática”, véase: TV TEST AS & ROGALAND PENSJONISTPARTI v. Noruega, Sentencia de 11 de diciembre de 2008. También se hace este test en: Egeland y Hanseid v. Noruega, Sentencia de 16 de abril de 2009, aunque en este caso el Tribunal considera que se aplica el margen de apreciación y que, por tanto, Noruega no incumple el artículo 10 del Convenio europeo.

La Obra Jurídica del Consejo de Europa
(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

La existencia de una pluralidad de modelos de protección o en otras palabras la inexistencia de un consenso europeo sobre esos modelos, es la clave para aplicar el margen de apreciación de manera más o menos amplia⁷⁶. Un caso que debe ser mencionado es *Vo v. Francia*, Sentencia de 7 de marzo de 2006, en la que el Tribunal estableció que “in the absence of any European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere”⁷⁷.

Estos ejemplos muestran que el Tribunal está tratando de definir su propia metodología y, de algún modo, también su propio papel. Aunque el margen de apreciación encuentra acomodo en su jurisprudencia, el Tribunal acaba apartándose con frecuencia de este criterio de dos modos. Primero porque en algunos casos quiere ofrecer justicia individual y segundo porque en ocasiones el Tribunal no tiene realmente en cuenta el pluralismo constitucional existente en Europa y quiere establecer su propia jurisprudencia constitucional, como una solución ‘one size fits all’. Al final, la jurisprudencia resulta tremendamente impredecible y acaba contribuyendo a incrementar el volumen de trabajo del Tribunal. Cada solución individual inspira nuevas demandas en casos similares, y cada decisión “constitucional” provoca demandas procedentes de todos los Estados cuyas normas constitucionales no establecen el mismo tipo de solución elegido por el TEDH. La trayectoria, en cierta medida errática del TEDH lo ha forzado a tomar medidas con las que trata de evitar confusiones: Se ha establecido una oficina de control interno diseñada para evitar decisiones contradictorias.

V) CONCLUSIONES. UN NUEVO ENFOQUE: HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO CONSTITUCIONAL EN UNA EUROPA ASIMETRICA

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 Tribunal de Derechos Humanos. Ha habido tiempo para reflexionar y concluir que las soluciones recogidos en el citado Protocolo ya eran insuficientes en el momento en que se adoptó, y ahora lo son todavía con mayor claridad. El efecto del Protocolo 14 bis será todavía más imperceptible.

No se trata tan sólo, 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

76 *Vgt v. Suiza* (24699/94), margen reducido; frente a *Murphy v. Ireland*, (44179/98) con un margen muy amplio.

77 En la misma línea, véase *Evans v. UK*, Sentencia de 10 de abril de 2007.

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 sus funciones. 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 interno⁷⁸, sus problemas se agravarán.

La salida a esta situación se podría encontrar en la propia jurisprudencia del Tribunal. El enfoque en el caso *Odievre v. Francia* va en la dirección correcta. Otra situación interesante se produjo cuando el TEDH tuvo que definir sus relaciones y su competencia para supervisar el Derecho de la Unión Europea, recurrió en esta tesitura a la idea de "general trust", bien conocida en el ámbito del control constitucional en Alemania.⁷⁹ En su Sentencia en el caso *Bosphorus*⁸⁰ 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",

78 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 Septiembre 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.

79 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 07 Junio 2000, http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20000607_2bvl000197.html.

80 Caso *BOSPHORUS HAVA YOLLARI TURİZM VE TİCARET ANONİM ŞİRKETİ v. IRELAND*, Application no. 45036/98, decisión de 30 de Junio 2005.

La Obra Jurídica del Consejo de Europa
(En conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)

se comprometía 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."⁸¹ 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, el Tribunal debería mostrarse más proclive a aplicar de manera más relajada el criterio del margen de apreciación.

No obstante, esta jurisprudencia no abandona la idea general de la protección individual porque la Sentencia Bosphorus se diferencia en un aspecto relevante de la jurisprudencia "as long as" del Tribunal Constitucional alemán. En Bosphorus, el TEDH se reserva expresamente el derecho a examinar casos individuales cuando la "confianza general" se quiebra.⁸² En palabras del juez Ress: "One would conclude that the protection of the Convention right would be manifestly deficient if, in deciding the key question in a case, the ECJ were to depart from the interpretation or the application of the Convention or the Protocols that had already been the subject of well-established ECHR case-law".⁸³ Si convertimos este criterio en una especie de regla general de admisibilidad, resultaría que un denunciante solo tendría que demostrar que el órgano estatal de que se trata se ha apartado de la jurisprudencia bien establecida del TEDH. En claro contraste, el Tribunal constitucional alemán considera que no es suficiente con demostrar que hay un perjuicio en el caso individual concreto, sino que exige que el denunciante demuestre que ha habido una reducción significativa del grado de protección en la Unión Europea,⁸⁴ una tarea extremadamente difícil de cumplir.

Es obvio que una extensión de la doctrina Bosphorus a otros ámbitos sería objeto de críticas y no sólo por parte de aquellos que apoyan firmemente que el Tribunal Europeo debe impartir justicia individual, o ven la convención como una verdadera Constitución. Por ejemplo, la introducción de diferentes clases o ligas de Estados con respecto a los que se permitiría un mayor o menor margen de apreciación, produciría tensiones dentro del Consejo de Europa. Una estigmatización positiva conlleva también una estigmatización negativa

81 Caso BOSPHORUS, supra, no. 155-156.

82 Vease el voto concurrente del Juez Ress, en el que se subraya que hay lugar para el examen individual „The judgment should not be seen as a step towards the creation of a double standard. The concept of a presumption of Convention compliance should not be interpreted as excluding a case-by-case review by this Court of whether there really has been a breach of the Convention" (Concurring opinion of Judge Ress, no. 2).

83 Concurring opinion of Judge Ress, supra, no. 3.

84 Supra, nota 81.

del resto de Estados.

Estas objeciones pueden ser acertadas, pero no anulan las ventajas de este tipo de enfoques. Primero porque la mera adopción de la doctrina de la "confianza general" - apoyada en la presunción de que existe un nivel de protección equivalente - no establecería en ningún caso un ranking estático, sino un concepto fluido que indicaría el progreso en la protección de los derechos humanos. En segundo lugar, porque como ya hemos dicho, el Tribunal en realidad no renuncia a impartir justicia individual. Y en tercer lugar porque de esta manera estaríamos tomándonos seriamente la realidad de una Europa asimétrica. Las estadísticas anuales del Tribunal, y su técnica de identificar problemas estructurales en los Estados miembros, también tienen un efecto estigmatizante, pero nadie sugiere que deberían ser descartados por este motivo. Finalmente, sería una medida con un efecto inmediato. Una extensión del concepto de "confianza general" no tendría que recogerse en un protocolo adicional porque ya es parte de la jurisprudencia 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 no sólo un nuevo Protocolo con posibilidades reales de resolver la crisis existencial en la que ahora se encuentra, sino también un nuevo enfoque en un Europa asimétrica. Nosotros creemos que el Tribunal Europeo se merece un Protocolo 15 y un paso adelante hacia el reconocimiento del pluralismo constitucional.