

**LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL  
EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:  
TEMAS ESCOGIDOS**

Por JOSÉ ANTONIO PASTOR RIDRUEJO

Profesor emérito de Derecho Internacional en la Universidad Complutense.  
Antiguo juez del Tribunal europeo de Derechos Humanos



## I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: GENERALIDADES

1. Ha de quedar claro que en este curso no hablamos del término *jurisprudencia* en el sentido utilizado por los juristas romanos (*divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientiae*) y seguido de un modo general por los juristas anglosajones: ciencia general del Derecho ligada a una cierta cultura general. Empleamos aquí el vocablo *jurisprudencia* en un sentido diferente, que es el que le atribuyen hoy los juristas del Viejo Continente, y entre ellos los españoles, para designar el conjunto de principios o normas que emanan de las sentencias de los tribunales y que se entiende son vinculantes. Es obvio que de las ya muy abundantes sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos resultan buen número de principios o normas, o lo que es lo mismo, una doctrina jurisprudencial consolidada que se caracteriza por su gran calidad y alta originalidad, e incluso como han dicho algunos autores por su elevada sofisticación. Sobre las manifestaciones recientes y más relevantes de esta jurisprudencia van a versar mis enseñanzas.

Pues bien, nada mejor en este pórtico del curso que decir algunas palabras sobre el valor que la Convención europea de derechos humanos y el Tribunal por ella creado atribuyen a la jurisprudencia. Y empiezo para ello con la cita de un *dictum* de la sentencia recaída en el caso *Cossey c. el Reino Unido*, según el cual el respeto al precedente judicial «está en el interés de la seguridad jurídica y en el desarrollo ordenado de la jurisprudencia sobre la Convención». Y es que como ha dicho muy sabiamente el hasta enero de 2007 presidente del Tribunal, el profesor LUZIUS WILDHABER, decidir casos similares de modo diferente puede constituir un atentado al principio de igualdad ante la ley; puede violar las expectativas legítimas de quienes buscan justicia; y puede ser visto como un intento de legislar, tarea encomendada únicamente al legislador elegido de modo democrático. En principio, pues, lo conveniente es que el Tribunal respete y se atenga a su propia jurisprudencia. Ahora bien, como ha puesto de relieve el mismo profesor, no hay nada mecánico en la doctrina del precedente y así, el Tribunal no ha tenido proble-

mas en cambiar su línea jurisprudencial cuando ha encontrado razones imperiosas para no seguirla, y ello sobre todo a fin de reflejar cambios en la mentalidad y en los sentimientos que imperan en cada momento en la sociedad. Se trata del importante principio de interpretación evolutiva de la Convención, corolario de la doctrina del carácter efectivo y no ilusorio de los derechos, del que luego trataremos con alguna extensión y profundidad.

2. Insistiendo en la idea expuesta de que el respeto al precedente refuerza la seguridad jurídica, señalamos a continuación otra de las importantes funciones de la jurisprudencia, que es la de engendrar en casos especialmente importantes y sensibles los principios de naturaleza constitucional que conformarían el llamado orden público europeo. Y es que ante la preocupante situación creada por la incontenible avalancha de demandas que entorpecen el cabal funcionamiento del sistema, agravada además por la timidez e incluso el fracaso de los intentos de reforma, hay quien ha sugerido una modificación radical y de gran calado: privar al Tribunal de su papel reparador, suprimiendo el recurso individual, y asignarle únicamente una función constitucional que se desempeñaría a través de decisiones de principio generadoras de jurisprudencia. Debo decir que una de las personas que ha hecho esta sugerencia no es un jurista audaz o ignorante. Se trata nada menos de quién desde el 1º de noviembre de 1998 hasta el 18 de enero de 2007 ha asumido la responsabilidad del ejercicio de la presidencia, el ya citado eminente juez y profesor suizo LUZIUS WILDHABER.

3. Pero doy otro dato, ciertamente elocuente, acerca de la importancia de la jurisprudencia del Tribunal. Se trata de la manera como los autores del Protocolo undécimo –el Protocolo de reforma de 11 de mayo de 1994, en vigor desde el 1 de noviembre de 1998– concibieron el cambio de la línea jurisprudencial. En efecto, si una Sala de 7 de jueces –que es la que examina normalmente y en primera instancia el fondo de las demandas admitidas– se encuentra en la tesitura de abandonar o cambiar una línea jurisprudencial, no lo puede hacer por sí misma. En virtud de lo prescrito por el artículo 30 de la Convención –tal como quedó redactado tras la enmienda realizada por el Protocolo undécimo– esa Sala debe renunciar a conocer del caso y ha de remitirlo a la Gran Sala de 17 jueces. Consiguientemente, solo esta Sala de composición amplia puede separarse de una línea jurisprudencial consolidada. Nunca una Sala de 7 jueces y por supuesto tampoco los comités de tres jueces que por unanimidad y después de trámites sumamente sucintos están facultados para declarar inadmisibles las demandas. Creo, pues, que estamos ante una muestra de la importancia que la Convención atribuye a su propia jurisprudencia y a la conveniencia de su mayor preservación posible.

4. Es lo cierto que como he dicho al principio, desde los inicios de su funcionamiento en 1959, el Tribunal ha construido una rica, abundante e interesante jurisprudencia, en la que cabe detectar una serie de importantes principios interpretativos de la Convención, de los que enseguida hablaré. El Tribunal (único, se dijo, porque había sido suprimida la Comisión) constituido el 1º de noviembre de 1998 –fecha de entrada en vigor del Protocolo undécimo– contó con la inmensa ventaja de disponer de un importante acervo, a saber, el tesoro de esos principios; esto es, con una jurisprudencia consolidada que, en sus grandes líneas, sigue siendo utili-

zada en las más recientes sentencias. Y aún cuando existen excepciones, cabe hablar por tanto de continuidad jurisprudencial entre el viejo y el nuevo Tribunal. No puede hablarse propiamente de una rígida separación temporal, ni de una ruptura, ni siquiera de un antes y un después. Con todo, y a fin de ser consecuentes con el título del curso, daremos preferencia en él a las sentencias dictadas por el nuevo Tribunal, aunque intelectualmente resulta imposible disociarlas de la doctrina jurisprudencial construida a lo largo de los años por el viejo.

5. Dada la incontenible y abrumadora avalancha de demandas que llegan en los últimos años al Tribunal, y pese a la circunstancia de que parte importantísima de ellas sean declaradas inadmisibles, el número de sentencias dictadas alcanza grandes proporciones. 718 en el año 2004 y 1105 en 2005. Así las cosas, no resulta fácil al analista el seguimiento cabal y completo de la más reciente jurisprudencia. También le es difícil escoger las sentencias más representativas y emblemáticas. Partiendo de estas realidades, eran dos las posibilidades que consideré para el sistema del curso. La primera consistía en el examen de la jurisprudencia artículo por artículo de la Convención, es decir, derecho por derecho, libertad por libertad. La segunda posibilidad implicaba la identificación de los grandes principios de esa jurisprudencia y el estudio en su marco de las sentencias más importantes, las del nuevo y las del viejo Tribunal. La primera opción puede conducir a una exposición tediosa y casi irritante de multitud y multitud de sentencias. Por ello me ha parecido preferible atenerme a la segunda opción, que me parece más científica y de más fácil seguimiento.

Empezaré así mi curso hablando de los más importantes principios interpretativos de la Convención, tal como los ha construido el Tribunal. Estos principios son: primero, autonomía de las nociones convencionales; segundo, carácter efectivo y no ilusorio de la protección y su corolario de la interpretación evolutiva de la Convención; tercero, el uso de la figura de obligaciones positivas; cuarto, el principio de proporcionalidad, y quinto y último, la doctrina del margen de apreciación. Y ofrezco ahora la siguiente reflexión en el marco de la dialéctica entre los dos polos de atracción en la materia, respeto de los derechos humanos uno, protección de la soberanía estatal, otro. Si el primer principio opera con neutralidad por lo que se refiere a la dialéctica mencionada, el segundo, tercero y cuarto conducen a interpretaciones extensivas y teleológicas de la Convención, inclinados por tanto hacia la observancia más amplia posible de los derechos fundamentales. En cuanto al último principio –la doctrina del margen de apreciación– debo decir que tiene en cuenta muy fundamentalmente las particularidades soberanas de cada Estado, aunque no por ello merece, al menos bajo mi punto de vista, una conceptualización desfavorable desde la perspectiva de los derechos humanos.

Completado el análisis de los principios, cambiaré de perspectiva para centrarme en dos temas o cuestiones que condicionan de modo importante el funcionamiento del Tribunal, a saber, las medidas cautelares y su obligatoriedad jurídica, de un lado; y el alcance de la jurisdicción *ratione loci*, o si se quiere *ratione personae*, de otro lado. En el nuevo Tribunal, ambas cuestiones han dado lugar a oscilaciones jurisprudenciales de cierto relieve y, por tanto, de gran interés. Oscilaciones favorables al polo de atracción de los derechos humanos la primera, y cercanas al de la

soberanía de los Estados la segunda. Lo veremos con cierto detenimiento tras el estudio de los grandes principios.

Para finalizar esta introducción, destaco la idea de que la lista de temas y cuestiones que acabo de indicar no agota ni mucho menos todos los puntos de interés tratados por el Tribunal en sus numerosas sentencias de los últimos años. Insisto en que estamos ante una lista de temas y problemas que tiene mucho más de selectiva que de exhaustiva, y ello, irremediablemente, puede comportar una cierta arbitrariedad y la existencia de lagunas importantes. Es este un riesgo que no me queda más remedio que asumir, porque en un curso forzosamente limitado en el tiempo como es el que estoy comenzando, son inevitables algunos e incluso muchos vacíos temáticos.

En cuanto al seminario, debo decir que versará sobre una cuestión de gran actualidad en estos inicios del siglo y del milenio y, consiguientemente, de alto interés. En efecto, analizaremos entre todos una reciente sentencia de la Gran Sala del Tribunal europeo, la dictada el 1 de noviembre de 2005 en el llamado caso del velo islámico (*Sahin contra Turquía*), y nos preguntaremos hasta qué punto la conclusión de no violación de la sentencia contradice el informe del Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas de 5 de noviembre de 2004 en el asunto *Raihon Hudoyberganova contra Uzbekistán*, en que la conclusión fue de violación de la libertad de religión tal y como se proclama en el artículo 18 del Pacto de Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos.

## I. LA AUTONOMÍA DE LAS NOCIONES CONVENCIONALES

1. Es este uno de los grandes principios de interpretación de la Convención, que ha utilizado el Tribunal. Y es que, inevitablemente y como no podía ser de otro modo, muchas de las expresiones utilizadas en ella y en los protocolos adicionales se basan en nociones tomadas de los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Esto ocurre muy particularmente en el artículo 6, que es el que señala las garantías del juicio equitativo. Efectivamente, según resulta del encabezamiento de la disposición, esas exigencias son de aplicación a los «litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil» y «al fundamento de una acusación en materia penal».

Pues bien, es obvio que si estas expresiones fuesen interpretados atendiendo al Derecho interno de cada Estado demandado, y teniendo en cuenta el distinto alcance y amplitud que poseen en cada uno de ellos, el nivel de protección ofrecido por la Convención carecería de uniformidad. Sería distinto para cada Estado demandado, lo cual es incompatible con los principios inspiradores del sistema. Para evitar esta consecuencia indeseable, el Tribunal no solo toma en consideración el Derecho interno del Estado demandado y los de los otros Estados partes en la Convención, sino sobre todo y principalmente el sentido que él mismo atribuye de modo autónomo a las definiciones convencionales. Es decir, el Tribunal se siente obligado a mirar más allá de las apariencias y a profundizar en el análisis de la realidad del procedimiento nacional en cuestión.

2. Así las cosas, y en lo que se refiere a cuestiones civiles, resulta de la jurisprudencia del Tribunal en aplicación del principio que nos ocupa, que no caen bajo

el ámbito de aplicación del artículo 6 de la Convención, y que consiguientemente escapan de la competencia del Tribunal, los litigios concernientes a las siguientes materias: fiscales, pese a su connotación patrimonial; inmigración y nacionalidad, a pesar de su incidencia en el estatuto de las personas; concesión de pasaportes; servicio militar, y patentes.

3. Un problema de particular interés en este orden de consideraciones es el siguiente. ¿Caen bajo el ámbito de aplicación del artículo 6 en tanto que litigios civiles los procedimientos relativos a la función pública?. Estamos ante una cuestión en que la posición del antiguo Tribunal —el anterior a la fecha de entrada en vigor del Protocolo undécimo— no era lo suficientemente precisa. Había soluciones para todos los gustos. Sin embargo, la sentencia dictada por la Gran Sala del nuevo Tribunal el día 8 de diciembre de 1999, en el asunto *Pellegrin c. Francia* ha sentado un criterio claro en la materia y ha reforzado la seguridad jurídica. Se trata de un supuesto de simplificación de la jurisprudencia, en palabras de LUZIUS WILD-HABER. En el caso, el demandante, ciudadano francés, había concertado un contrato con la administración francesa para el desempeño de una misión de cooperación en un país africano, Guinea Ecuatorial. Separado del servicio por motivos de salud, dicho señor demandó a su administración ante la jurisdicción administrativa. Y como ésta tardase en dictar sentencia, el señor Pellegrin acudió al Tribunal europeo de derechos humanos alegando la violación por Francia del párrafo 1º del artículo 6 de la Convención que, entre otras exigencias del juicio equitativo, requiere a las jurisdicciones nacionales que dicten sentencia en plazo razonable. Pero ¿se estaba realmente ante una cuestión relativa a los litigios de orden civil?. El Tribunal de Estrasburgo, superando las anteriores incertidumbres, sienta sobre este punto un criterio funcional, que toma de otra jurisdicción internacional del viejo continente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De acuerdo a este criterio, los litigios entre autoridades administrativas y los funcionarios o empleados que ejerzan prerrogativas del poder público no tienen carácter civil a efectos de aplicación del artículo 6 de la Convención; no caen por consiguiente en su ámbito de aplicación. El Tribunal entendió que el señor Pellegrin desempeñaba esa especie de funciones y no pudo declarar la admisible la demanda. Y señalemos que desde su sentencia en el caso, el Tribunal hace uso constante de la doctrina mencionada, y no solo para declarar inadmisibles las demandas sino también para, en su caso, declararlas admisibles y dictar sentencias de fondo.

4. Cuestión de particular interés en el marco del principio de autonomía de las nociones convencionales, es la de determinar si las exigencias del artículo 6º son aplicables a los contenciosos en materia fiscal. Ya hemos dicho que el viejo Tribunal tendía a rehusar esta aplicación, salvo que se tratase de procedimientos fiscales con componente penal. Pues bien, en el caso *Ferrazzini contra Italia*, resuelto por sentencia de la Gran Sala de 12 de julio de 2001, el nuevo Tribunal ha persistido en esta línea jurisprudencial, entendiendo nuevamente que los procedimientos de orden fiscal no caen bajo el concepto de «litigios sobre derechos y obligaciones en materia civil» que aparece en el encabezamiento del mencionado artículo 6º, y ello aunque las nociones autónomas que allí figuran deban ser interpretadas a la luz de las condiciones actuales en las sociedades democráticas. A juicio del Tribunal, las

cuestiones fiscales continúan formando parte del núcleo duro de las prerrogativas del poder público. Estamos, por tanto, ante un caso de confirmación de la vieja jurisprudencia.

5. En relación con el principio que nos ocupa, es interesante señalar que la sentencia de 19 de octubre de 2006, recaída en el caso *Kók contra Turquía*, considera aplicable las garantías del artículo 6 a un litigio en que la demandante pretendía el derecho a continuar con los estudios de una especialización médica, que había iniciado en otro país. La cuestión se consideró, pues, civil.

6. Siguiendo con el examen del principio, recordemos que el artículo 6 de la Convención enuncia también el derecho a un juicio equitativo para los supuestos en que un tribunal examina el fundamento de una acusación en materia penal. Aquí de nuevo el Tribunal ha aplicado la idea de autonomía de las nociones convencionales en relación con las definiciones utilizadas por los Derechos internos de los Estados partes en la Convención, preconizando de un modo general una interpretación amplia de aquella noción; esto es, una concepción sustantiva o de fondo más que formal. Así, en una sentencia del nuevo Tribunal, la dictada el día 5 de octubre de 2000 en el caso *Maaouia contra Francia*, se ha confirmado la doctrina anterior de que los procedimientos de expulsión de extranjeros no entran en el campo de aplicación del artículo 6º de la Convención. Ni se refieren a litigios de carácter civil ni nada tienen que ver con una acusación en materia penal.

7. Es sabido de otra parte que si el artículo 6 de la Convención concede las garantías del juicio equitativo a las personas que sean objeto de una acusación penal, a las víctimas del delito no se les reconocen esas garantías. Quedan desprotegidas desde este punto de vista. Y voy a citar ahora un ejemplo no lejano de desprotección. Se trata de la decisión de 29 de marzo de 2001 en el caso de la *Asociación de víctimas del terrorismo contra España*. La entidad demandante invocaba la violación del artículo 6.1. de la Convención como consecuencia de la puesta en libertad de los miembros de la llamada mesa nacional de Herri Batasuna, alegando como argumento de fondo que no había podido rebatir los motivos que tuvo el Tribunal Constitucional para dictar su sentencia. Más como esa asociación se limitó a ejercer la acusación popular sin pedir responsabilidad civil, el Tribunal europeo se vio precisado a declarar inadmisibile la demanda en cuanto incompatible con la Convención

8. ¿Qué ocurre sin embargo si una querrela penal tiene algún tipo de contenido o coloración patrimonial porque se solicita lo que en España llamamos la responsabilidad civil subsidiaria? ¿Estaremos en tal supuesto ante un litigio civil sometido en todos sus elementos a las garantías del juicio equitativo?. La jurisprudencia sobre esta cuestión no era del todo nítida ni consecuente con las exigencias de la seguridad jurídica, pero el Tribunal la ha clarificado en su sentencia de 12 de febrero de 2004 dictada en el asunto *Pérez contra Francia*. El mayor interés de esta decisión radica en el hecho de que para la determinación de si un litigio es civil y cae bajo el ámbito de aplicación del artículo 6º, el Tribunal atiende por supuesto al principio de autonomía de las nociones convencionales pero tiene en cuenta también el contenido y los efectos que se den al derecho invocado en el sistema jurídico nacional. Y visto que en el Derecho francés se permite a la víctima de un delito



constituirse en «parte civil» a efectos, entre otros, de obtener una indemnización por el daño sufrido, estamos ante un procedimiento que debe gozar de las garantías del artículo 6 de la Convención, y ello aunque en el caso concreto no se hubiese solicitado una reparación. Se trata de una interpretación jurisprudencial extensiva o teleológica, digna del mayor encomio en la medida en que contribuye a aliviar la irritante desprotección de las víctimas.

Todo esto en lo que atañe al principio de autonomía de las nociones convencionales. Y pasamos al análisis de otro principio.

### III. LA PROTECCIÓN EFECTIVA Y NO ILUSORIA DE LOS DERECHOS Y SU COROLARIO DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONVENCIÓN

1. A lo largo de los años, el Tribunal ha puesto un énfasis especial en la idea de que la protección que dispensa de acuerdo a la Convención ha de ser efectiva y real y no ilusoria o quimérica. Se trata de una jurisprudencia plenamente coherente con la filosofía de los derechos humanos y que el nuevo Tribunal no podía menos que seguir teniendo en cuenta.

Como sentencia antigua bien ilustrativa de esta doctrina, podemos mencionar la dictada el día 19 de octubre de 1979 en el caso *Airey contra Irlanda*. Se trataba de una ciudadana irlandesa en situación económica sumamente precaria, a quien la ley de su país no concedía abogado de oficio para iniciar un procedimiento judicial contra su marido. Pues bien, el Tribunal condenó a Irlanda por violación del párrafo 1º del artículo 6 –derecho a un juicio equitativo en su modalidad de derecho a entablar un procedimiento judicial– y ello, fundamentalmente, por entender que la Convención tiene por finalidad la protección de derechos no teóricos o ilusorios sino concretos y efectivos. Sentencia del nuevo Tribunal en la misma línea de consideraciones es la pronunciada el día 11 de abril de 2002 en el asunto *Lallement contra Francia*, concerniente a la violación del artículo 1º del Protocolo adicional I a la Convención (protección del derecho al respeto a los bienes). El demandante había sido expropiado de una parte de sus bienes, y dado que esa expropiación suponía la privación de su herramienta de trabajo, el Tribunal condenó a Francia porque la indemnización nacional concedida, extremadamente parca, había supuesto una carga exorbitante.

2. En íntima relación con el principio de la protección efectiva y no ilusoria está el de interpretación evolutiva de la Convención. Este segundo e importante principio constituye un corolario del primero. Efectivamente, la protección real y efectiva debe tener en cuenta la mentalidad, los sentimientos y las necesidades sociales del momento. Si estas circunstancias han cambiado, la protección efectiva de los derechos ha de amoldarse a la nueva situación. Y para conseguir esta adecuación, una idea clave del Tribunal, abundantemente repetida en la jurisprudencia, es que la Convención constituye «un instrumento vivo que ha de interpretarse a la luz de las condiciones de hoy» (caso *Marckx*, al que me referiré inmediatamente). Esta idea está en la base del cambio en ciertos casos de la jurisprudencia, de su carácter no mecánico, como hemos dicho en el inicio del curso. Si las condiciones sociales

no son las mismas, no hay por qué mantener una jurisprudencia que no se ajusta a ellas. Pero como vamos a ver el principio de interpretación evolutiva es aplicado también con independencia de la idea del cambio jurisprudencial.

2. Así, en el caso *Marckx c. Bélgica* (sentencia de 13 de junio de 1979) el Tribunal consideró que si la diferencia de trato entre hijos legítimos y naturales pasaba por normal y lícita cuando en el año 1950 se adoptó la Convención, no tenía en la fecha de la sentencia una justificación objetiva y razonable. En el caso concreto, tomando en cuenta el hecho de que la Convención constituye un instrumento vivo que debe aplicarse a la luz de las condiciones actuales, el Tribunal condenó a Bélgica por violación del artículo 14 (que es el que prohíbe la discriminación en el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención) en relación con el artículo 8 y artículo 1º del Protocolo I a la Convención.

3. Obviamente, el principio de la interpretación evolutiva no podía ser desconocido por el nuevo Tribunal y de hecho lo tuvo en cuenta en el caso *Selmouni contra Francia*, resuelto por sentencia de la Gran Sala de 28 de julio de 1999. Recordemos que el artículo 3º de la Convención prohíbe la tortura y los tratos y penas inhumanos o degradantes, comportamientos que considera como figuras distintas de los actos de tortura y, por supuesto, menos graves. Pues bien, se trataba de precisar en el caso si una modalidad particular de malos tratos podía llegar a ser constitutiva de la figura más grave de tortura y calificarse como tal. El Tribunal entendió que sí y ello «teniendo en cuenta que la Convención es un instrumento vivo que debe de ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales» de modo que «determinados actos antes calificados de tratos inhumanos y degradantes y no de torturas podrían recibir una calificación distinta en el futuro». La sentencia estima en efecto que el creciente nivel de exigencia en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales implica, de modo paralelo e ineluctable, una mayor firmeza en la apreciación de los atentados a los valores fundamentales de las sociedades democráticas. En suma, por aplicación de la doctrina de la interpretación evolutiva de la Convención, la condena a Francia fue de violación de su artículo 3º en concepto de tortura, no de malos tratos.

Señalemos que la sentencia en el caso *Selmouni* contrasta con la muy anterior de 18 de enero de 1978 dictada en el caso de *Irlanda contra el Reino Unido* en la que ciertas técnicas de «desorientación» o «privación sensorial» empleadas por las autoridades británicas en el marco de la lucha antiterrorista contra el IRA fueron calificadas únicamente como tratos inhumanos o degradantes, no como tortura. Es sumamente probable que en aplicación de la doctrina de la jurisprudencia evolutiva esas técnicas sean calificadas en nuestros días como constitutivas de tortura.

4. La interpretación evolutiva de la Convención efectuada en la sentencia *Selmouni* no significa que el Tribunal sienta siempre la necesidad de diluir en la figura de la tortura hechos que en la realidad de las cosas y por su menor gravedad solo constituyen tratos inhumanos o degradantes. Esta figura sigue existiendo en la jurisprudencia de Estrasburgo. Encontramos en efecto supuestos en que por las circunstancias del caso no se aplica aquel principio y se sigue condenando a los Estados por estas figuras de menor gravedad que la tortura y entre ellos voy a citar dos sentencias, que tienen que ver con la saturación o hacinamiento en los estableci-

mientos penitenciarios rusos. El primer caso es el de *Mayzit contra Rusia*, resuelto por sentencia de 20 de enero de 2005. En él, el Tribunal condena al Estado demandado por violación del artículo 3º de la Convención en concepto de trato degradante, tomando en consideración que el demandante sufrió prisión preventiva durante nueve meses y catorce días, junto a un número de personas comprendido entre 6 y 10, en celdas mal iluminadas, sucias y en condiciones muy deficientes de salubridad, que además solo dejaban para cada uno de ellos un espacio vital inferior a los dos metros y medio cuadrados. Parecido es el caso *Novoselov contra Rusia*, resuelto por sentencia de 2 de junio de 2005. Se trataba de un ciudadano ruso que fue condenado a 6 meses de prisión por comportamiento perturbador. El Tribunal comprobó que el establecimiento penitenciario en el que el demandante purgaba la pena se encontraba en situación de saturación, hasta el punto de que la celda asignada carecía de aire fresco y estaba ocupada por 23 personas más, correspondiendo al interno en cuestión el disfrute de un espacio vital de solo un metro cuadrado, y viéndose obligado a compartir la cama con otro penado. Tras declarar que estas condiciones de la prisión provocaban en el demandante sentimientos de angustia e inferioridad propicios a su envilecimiento, el Tribunal condenó a Rusia por violación del artículo 3º de la Convención, en concepto no de tortura, sino de tratos inhumanos o degradantes.

5. Aunque en un ámbito distinto, otro supuesto interesante de interpretación evolutiva es la sentencia de 26 de octubre de 2000 en el caso *Kudla contra Polonia*, en el que el Tribunal condena a este país por violación del párrafo 1º del artículo 6 de la Convención tomando en consideración la duración excesiva de un procedimiento penal. Pero por vez primera, el Tribunal encuentra en un caso de este tipo una violación adicional, la del artículo 13 de la Convención, que es el que enuncia el derecho a un recurso nacional efectivo en orden a la reparación de la violación en el marco interno. Esta última violación era alegada en demandas anteriores de dilación no razonable de los procedimientos, pero el Tribunal nunca la tomaba en consideración porque a su juicio era suficiente el reconocimiento de la violación del artículo 6. Y si la acoge en el caso *Kudla* es con la finalidad precisa de incitar a los Estados partes a la creación de ese tipo de recursos que, al reparar la violación en el sistema jurídico estatal, alivie la carga de trabajo del Tribunal ya agobiado de demandas en la fecha de la sentencia, octubre del año 2000.

6. Lógicamente, el principio de interpretación evolutiva de la Convención concede al Tribunal un cierto margen de discreción a la hora de apreciar si en el momento de dictar sentencia ha habido algún tipo de cambio de las circunstancias sociales y cuál es exactamente el significado, el peso, la intensidad y la profundidad de ese cambio. En cualquier caso, el principio refleja una tendencia progresista, pro derechos humanos, digna a nuestro entender del mayor encomio. Pero importa señalar que la operatividad del principio tiene un límite importante, porque lo que no permite es la creación y aplicación de derechos no enunciados en la Convención. Es muy significativa a este respecto la sentencia de 18 de diciembre de 1986 dictada en el caso *Jonhston contra Irlanda* en la que el viejo Tribunal no dio razón a los demandantes. Estos pretendían que se les reconociese el derecho al divorcio, invocando la evolución social posterior a la fecha de adopción de la Con-

ención (1950) en orden a la disolubilidad del vínculo matrimonial. El Tribunal no accedió a la pretensión, no solo porque el derecho al divorcio no figuraba en la Convención sino también porque su no inclusión, es decir, su omisión, había sido deliberada.

7. También en el campo procesal ha aplicado el Tribunal la doctrina de la protección efectiva y no ilusoria de la Convención y su corolario de la interpretación evolutiva de sus disposiciones. Se trata particularmente de la cuestión de la obligatoriedad de las medidas cautelares, tema en el ha habido un cambio importante (y sumamente discutible a mi entender) en la jurisprudencia y que por su gran interés estudiaremos en profundidad como cuestión autónoma.

#### IV. LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE LOS ESTADOS

1. En el ámbito universal de la Organización de Naciones Unidas y en los regionales del Consejo de Europa y de la Organización de Estados americanos, los instrumentos generales de salvaguarda de los derechos humanos responden a la dualidad de las dos generaciones o categorías clásicas de esos derechos: civiles y políticos, en primer lugar; económicos, sociales y culturales, en segundo lugar. Se han concluido en efecto instrumentos convencionales separados para cada una de ellas. Y sin perjuicio de las interconexiones de todo orden entre esas dos generaciones de derechos fundamentales, una lectura rápida y superficial del articulado de las convenciones en cuestión dejaría la impresión de que las obligaciones de los Estados respecto a los derechos civiles y políticos son negativas o de abstención, mientras que las correspondientes a los derechos económicos sociales y culturales son positivas o de adopción de medidas. Sin embargo, tras una lectura pausada y rigurosa del contenido de las convenciones se llega a la conclusión de que esto no es exactamente así. El artículo 2º del Pacto de Naciones Unidas sobre derechos económicos, sociales y culturales define claramente las obligaciones correspondientes de los Estados como de «adopción de medidas», esto es, de naturaleza positiva. Más el artículo del mismo número del Pacto de Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos indica claramente que las obligaciones de los Estados al respecto son de respeto y garantía. Y ciertamente, si el deber de respeto puede considerarse como de no acción o negativo, la garantía puede conllevar y conlleva de hecho el de adopción de medidas, esto es, una obligación positiva.

2. En la Convención europea de derechos humanos de 1950 y en sus Protocolos adicionales, muchos de los derechos y libertades son definidos en términos tales que implican fundamentalmente obligaciones de respeto o abstención –o si se quiere negativas– para los Estados. Esto ocurre muy particularmente en el artículo 2 (según el cual la muerte no puede ser infligida a nadie intencionalmente), artículo 3 (prohibición de la tortura) y artículo 4 (prohibición de la esclavitud y de los trabajos forzados). Pero incluso en estos supuestos, una interpretación finalista y teleológica de la Convención digna de aplauso, consolidada en una interesante jurisprudencia, ha señalado la existencia de obligaciones positivas, o si se quiere de adopción de medidas. Es una doctrina jurisprudencial del viejo tribunal, que por fortuna ha persistido en el nuevo, y que significa en último análisis que en los su-

puestos en que se aplica se hacen prevalecer los derechos humanos sobre la soberanía de los Estados. Veamos algunas sentencias.

3. En relación con el artículo 2º –derecho a la vida– la sentencia de 27 de septiembre de 1995 dictada en el caso *McCann y otros contra el Reino Unidos*, la condena del Estado demandado se basó fundamentalmente en la violación de una obligación positiva. En efecto, al tratar de la muerte de tres peligrosos terroristas a manos de soldados británicos en territorio de la colonia de Gibraltar, el Tribunal parte del supuesto de que, por su deber de respeto a la vida, las autoridades británicas estaban obligadas a evaluar con la mayor prudencia sus informaciones sobre los terroristas y las circunstancias del caso, antes de transmitir las a soldados que utilizan automáticamente sus armas de fuego. Y añade la sentencia que el acto reflejo del disparo de los soldados no fue ejecutado con las precauciones en el manejo de las armas de fuego que cabe esperar de los responsables de la aplicación de las leyes en una sociedad democrática, incluso si se trata de peligrosos terroristas. Ello implica a juicio del Tribunal una falta de precaución en la organización y el control de la operación de detención. Y fue justamente esta la obligación positiva que no se respetó en el caso: la prudencia en la utilización de armas susceptibles de producir la muerte de personas, incluso si estas son terroristas.

4. La utilidad de la doctrina de las obligaciones positivas sale igualmente a la luz en los casos en que el demandante alega una o varias ejecuciones sumarias o actos de tortura, en violación respectivamente de los artículos 2 y 3 de la Convención. Es que si como ocurre con alguna frecuencia, el Estado demandado ha dejado de investigar y sancionar los hechos, resulta sumamente difícil para el Tribunal de Estrasburgo determinar cómo han ocurrido éstos y, si por consiguiente, se ha conculcado o no la Convención. Y es que siempre transcurre largo tiempo entre la fecha de los hechos y la sentencia del Tribunal y además este no dispone de las facilidades indagatorias que poseen la policía y los tribunales nacionales. Así las cosas, podría resultar relativamente fácil para un Estado eludir el pronunciamiento de una sentencia condenatoria, porque las alegaciones de violación no llegarían al Tribunal europeo con las pruebas adecuadas, esto es, suficientemente investigadas. Pues bien, lo que con muy buen sentido entiende el Tribunal es que esos artículos no solo imponen una obligación de abstención, esto es, el deber de no practicar o tolerar ejecuciones sumarias o actos de tortura; o lo que es lo mismo, que esas disposiciones no solo tienen una dimensión normativa o sustantiva. Para el Tribunal, los repetidos artículos poseen también una dimensión procesal, que consiste exactamente en un deber de adopción de medidas, esto es, en la obligación positiva de investigar y sancionar los hechos de manera eficaz.

En este orden de consideraciones podría traer a colación numerosos casos, pero yo voy a ceñirme al examen de tres sentencias recientes, dos recaídas en demandas contra España y una dictada contra Rusia. Estas sentencias ponen de manifiesto que en materia de obligaciones positivas existe continuidad jurisprudencial entre el viejo y el nuevo Tribunal.

5. Una de las sentencias que voy a analizar es la dictada el día 2 de noviembre de 2004 en el asunto *Martínez Salas y otros contra España*. Se trataba de 15 demandantes, presuntos simpatizantes o participantes en movimientos independen-

tistas catalanes, detenidos en Barcelona en los días anteriores a la apertura de los juegos olímpicos de 1992. Estos demandantes alegaban haber sido objeto de malos tratos policiales en su detención y en sus interrogatorios. Dado que los informes forenses solo daban cuentas de pequeñas lesiones que muy bien podían haber sido infligidas para reducir la resistencia de los demandantes en el momento de su arresto, el Tribunal concluyó que no se podía condenar a España por malos tratos. Pero la jurisdicción de Estrasburgo entendió también que las investigaciones no habían sido suficientemente profundas y efectivas, toda vez que el juez instructor del sumario no había realizado ciertas pruebas pedidas por los demandantes, tales como el oír sus declaraciones y la identificación y audiencia de los agentes que habían practicado las detenciones, evitando de tal modo las posibilidades razonables de arrojar luz sobre los hechos denunciados. La conclusión fue por tanto de violación por parte de España del artículo 2º de la Convención (en su dimensión procesal, claro es).

Me refiero ahora a otra demanda, la que dio lugar a la sentencia de 1 de febrero de 2005 en el caso *Fonseca Mendes contra España*. El problema con el que se enfrentó el Tribunal fue el de dilucidar si la muerte de este señor en una comisaría de policía española después de una fatigosa y larga persecución, constituía una violación del artículo 2º de la Convención (el que proclama el derecho a la vida). Pues bien, desde el punto de vista sustantivo, el Tribunal no encontró indicios de que la muerte en cuestión obedeciese al comportamiento de los policías. Y en cuanto a la dimensión procesal del artículo 2º u obligación positiva de efectuar una investigación profunda, efectiva y suficiente, el Tribunal tampoco encontró indicios en contrario, de modo que dictó una decisión de no admisibilidad de la demanda. El caso es interesante porque demuestra que, aún colocándose el Tribunal en la óptica de las obligaciones positivas, no siempre se llega a una sentencia de condena.

En lo que concierne a Rusia, me ocupo ahora de la sentencia de 24 de febrero de 2005 recaída en el caso *Khashivev y Akayeva contra Rusia*. La demanda alegaba violación de los artículos 2º y 3º de la Convención, y el Tribunal condena al Estado demandado por violación sustantiva o material del derecho a la vida, así como por la vulneración de los dos artículos citados al haber faltado las autoridades a su obligación (positiva) de efectuar una investigación penal profunda y eficaz.

En relación con el comportamientos de las autoridades rusas en Chechenia, podríamos citar casos semejantes de condena por incumplimiento de la obligación positiva similar a la que acabamos de mencionar.

6. También en casos que nada tienen que ver con los artículos 2º y 3º de la Convención, el Tribunal ha tenido en cuenta la doctrina de las obligaciones positivas de los Estados. Así, y por citar sentencias recientes, me refiero al muy interesante asunto *Moreno Gomez contra España*, resuelto por el Tribunal en sentencia de 16 de noviembre de 2004. Asunto interesante porque ante unos hechos de contaminación acústica, el Tribunal condena a España por violación del artículo 8º de la Convención, que es el que consagra el derecho del respeto a la vida privada y familia. Y para llegar a esta conclusión, la sentencia tiene en cuenta dos hechos. Primeramente, los daños causados a la demandante durante varios años por la in-

tensidad del sonido de una discoteca muy próxima a su domicilio, intensidad acústica superior a los niveles autorizados: y en segundo lugar que pese a las medidas adoptadas al respecto por la autoridad municipal valenciana, esa misma autoridad toleró la inobservancia repetida de las mismas; nada hizo para imponerlas en la práctica. Es decir, a la obligación de abstención –respeto a la vida familiar que resulta directa y literalmente del artículo 8º de la Convención–, el Tribunal añade la obligación positiva para el Ayuntamiento (de Valencia) de hacer cumplir la reglamentación en la materia que él mismo había adoptado.

Una utilización novedosa y del mayor interés de la noción de obligación positiva es la que hace el Tribunal en la sentencia de 8 de julio de 2004 en el asunto *Ilascu y otros contra Rusia y Moldova*. Examinaremos esta sentencia con detenimiento al hablar de la jurisprudencia sobre el concepto de jurisdicción del Tribunal.

En suma, y como ya he apuntado, encontramos continuidad jurisprudencial en la idea de las obligaciones positivas de los Estados. Doctrina obviamente más cercana al polo de atracción de los derechos humanos que al de la soberanía del Estado.

Y pasamos ahora al estudio de otro principio.

## V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. El principio de proporcionalidad es otra de las grandes construcciones que inspiraban la jurisprudencia del viejo Tribunal y que ha pasado a la del nuevo. Estamos ante una doctrina que opera en varios campos, muy particularmente cuando se trata de apreciar la conformidad con la Convención de ciertas interferencias, intromisiones y limitaciones de las autoridades nacionales en el disfrute de determinados derechos y libertades. Por ejemplo, en el derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8); en la libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9); en la libertad de expresión (artículo 10); y en la libertad de asociación y reunión (artículo 11). En estos supuestos, según el párrafo segundo de los artículos en cuestión, la interferencia se considera legítima si está prevista por la ley, y constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para la consecución de ciertas finalidades que indican los artículos en cuestión. Pues bien, para considerar legítima la intromisión, el Tribunal exige además de los requisitos que señalan las disposiciones citadas, la existencia de una relación razonable de proporcionalidad entre la medida tomada y la finalidad perseguida.

2. Para entender bien como opera este principio, me voy a referir a una sentencia del nuevo Tribunal, la dictada por la Gran Sala el 13 de febrero de 2003 en el caso *Refah Partisi (Partido de la prosperidad) y otros contra Turquía*. Alegaban particularmente los demandantes que la disolución de ese partido por el tribunal constitucional turco y la restricción temporal de ciertos derechos políticos que se les infligió constituían infracciones de varios artículos de la Convención, en especial del artículo 11, que es el que proclama la libertad de reunión y asociación. Pues bien, dado que se trataba de una ingerencia de las autoridades nacionales en el ejercicio de la libertad de asociación, el Tribunal de Estrasburgo se pregunta si la medida estaba

prevista por la ley, si se podía considerar encaminada a una de las finalidades legítimas previstas en el párrafo 2º del artículo en cuestión y si era necesaria en una sociedad democrática para la consecución de una de esas finalidades, concretamente, la protección de la seguridad pública y la seguridad nacional, la protección de los derechos y libertades ajenos y la prevención de los crímenes. Para responder a estas preguntas, la sentencia toma en cuenta el propósito del *Refah Partisi* de instalar en el país un régimen inspirado en los principios de la *charia*, ideología que considera incompatible con los principios fundamentales de la democracia tal como figuran en la Convención. El Tribunal toma nota además de la ambigüedad del discurso de sus dirigentes en cuanto al recurso a la *djihad* o guerra santa, y en cualquier caso del hecho de que no se excluya el recurso a la fuerza para el acceso al poder y el mantenimiento en él. Por ello, y en el marco del margen de apreciación del que disponen los Estados (principio jurisprudencial del que hablaremos más adelante), el Tribunal estima que la disolución del partido guarda relación de proporción con la finalidad perseguida. La conclusión fue por tanto de no violación.

El caso examinado es emblemático, pero podría mencionar muchas más sentencias en que el Tribunal ha aplicado, en relación con los artículos 8, 9, 10 y 11 de la convención, el principio de proporcionalidad. Por lo que se refiere particularmente al artículo 11, debo señalar que sentencias anteriores a la dictada en el caso *Refah Partisi* no vacilaron en condenar a Turquía por la medida de disolución de partidos políticos. Es muy interesante en este sentido la pronunciada el 30 de enero de 1998 en el caso *Partido unificado de Turquía y otros contra Turquía*. En este caso, dado que en el momento de su disolución, el partido no había empezado a funcionar, no cabía presumir vínculo alguno con el terrorismo. Así las cosas, el Tribunal encuentra desproporcionada la medida de disolución y concluye en la violación por Turquía del artículo 11 de la Convención.

3. Pero también con referencia al artículo 6º de la Convención –derecho a un juicio equitativo–, y aunque su tenor literal no prevea intromisiones o limitaciones, ha tenido en cuenta el Tribunal el principio de proporcionalidad. Veamos de qué manera.

Como dijo el viejo Tribunal en una de sus más importantes, conocidas y celebradas sentencias, la dictada el 21 de febrero de 1975 en el caso *Golder contra el Reino Unido*, el derecho de acceso a un juez o tribunal constituye un elemento inherente al derecho a un juicio equitativo tal como lo enuncia el artículo 6º de la Convención, y ello aunque el repetido artículo no haga mención expresa de ese derecho. Derecho, de todos modos y según palabras del Tribunal en la misma sentencia, no absoluto sino sometido a limitaciones. ¿Pero cuándo y en qué medida son compatibles con la Convención esas limitaciones? Encontramos alguna orientación al respecto en algunas sentencias del nuevo Tribunal que se han enfrentado con la cuestión de determinar si las inmunidades de jurisdicción resultantes del Derecho internacional público son compatibles con el repetido derecho a un juez o tribunal. Como vamos a ver, en esas sentencias el Tribunal ha aplicado el criterio de la proporcionalidad.

Me refiero en primer término a la sentencia de 21 de noviembre de 2001 dictada por la Gran Sala en el caso *McElhinney contra Irlanda*. El Tribunal Supremo de



este país había aplicado la norma de la inmunidad del Estado a una querrela por torturas al demandante, presentada contra un mando militar y el Secretario de Estado del Reino Unido para Irlanda del Norte, uno y otro considerados como órganos de un Estado extranjero y beneficiados consiguientemente por la inmunidad de jurisdicción. Pues bien, se recuerda en la sentencia mencionada que el derecho a un juez o tribunal no es absoluto sino que está sometido a limitaciones, siendo estas conformes a la Convención en la medida en que persigan una finalidad legítima y exista además una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Viniendo ya a los hechos del caso, la sentencia de la Gran Sala señala que la finalidad es legítima, a saber el acatamiento del Derecho internacional a fin de favorecer la cortesía y las buenas relaciones entre Estados mediante al respeto a la soberanía de otro Estado. Y se añade que esta limitación guarda proporcionalidad con el fin perseguido, en cuanto es un reflejo de los principios de Derecho internacional generalmente reconocidos en la materia. La conclusión fue, por tanto, de no violación de la Convención por parte de Irlanda, punto de vista que tranquilizó a los especialistas en Derecho internacional público al dejar a salvo principio tan arraigado como el de la inmunidad jurisdiccional de un Estado ante los jueces o tribunales de otro, en un momento en que las Naciones Unidas estaban empeñadas en la adopción de una convención codificadora en la materia. Además, si en este caso la sentencia hubiese sido de violación, hubiesen quedado seriamente comprometidas otras inmunidades de jurisdicción, particularmente las que disfrutaban los agentes diplomáticos y, en menor medida, los funcionarios consulares según principios universalmente aceptados de Derecho internacional público.

4. Ya sentencias anteriores del nuevo Tribunal habían dejado a salvo la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales. Se trata de las dictadas por la Gran Sala el día 18 de febrero de 1999 en dos demandas contra Alemania: el caso *Waite and Kennedy*, de un lado, y el caso *Beer and Reegan*, de otro. Dichos señores eran funcionarios de la Agencia espacial europea, y entablaron contra ella demandas ante la jurisdicción laboral alemana. Pero los tribunales en cuestión se declararon incompetentes en virtud de la inmunidad de jurisdicción estipulada en el tratado instituyente de la organización, tratado que por supuesto era obligatorio para Alemania. Pues bien, invocada por los demandante ante el Tribunal de Estrasburgo la violación del artículo 6º de la Convención —en su manifestación de derecho de acceso a un juez—, el Tribunal europeo dictó sentencias de no violación, considerando fundamentalmente que el derecho alegado tiene limitaciones, y que la resultante en concreto de la inmunidad de jurisdicción de las organizaciones internacionales persigue la finalidad legítima de fomentar la cooperación internacional, existiendo relación razonable de proporcionalidad entre esa finalidad y el medio empleado.

5. En fin, valorado el principio de proporcionalidad en el marco de la dialéctica derechos humanos-soberanía del Estado, cabe decir que ocupa una posición cercana al polo de atracción de los derechos humanos en la medida en que restringe la libertad de los Estados para efectuar intromisiones en el disfrute de determinados derechos y libertades. Con todo, y como hemos visto, hay sentencias de no

violación porque se han considerado proporcionadas a los fines perseguidos las medidas de intromisión.

## VI. LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN

1. Para aclarar lo mejor posible la significación profunda de este importante y sofisticado principio jurisprudencial, partimos de la naturaleza subsidiaria del Derecho internacional de los derechos humanos.

Efectivamente, la responsabilidad principal y primordial de respetar y hacer respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales recae sobre los Estados. Son los Estados y no las instituciones de la comunidad internacional, los guardianes supremos de los derechos fundamentales. Y ello es así porque son sus instituciones las más cercanas a los titulares de esos derechos y libertades: los ciudadanos. Desde la mitad del siglo XX, la comunidad internacional asume también la responsabilidad de la tutela de los derechos humanos, pero esta responsabilidad únicamente entra en juego cuando las instancias nacionales fallan en el desempeño de su cometido principal. Quiere decir ello que el Derecho internacional de los derechos humanos está marcado por el principio de la subsidiariedad.

Esta subsidiariedad tiene manifestaciones procesales e institucionales, de una parte, y sustantivas o normativas, de otra parte. Las primeras consisten en la obligación de las víctimas de las violaciones de agotar los recursos internos del Estado demandado para que la institución internacional admita las reclamaciones y examine su fondo; y en el deber –corolario de la anterior obligación– que pesa sobre los Estados de instaurar esos recursos. Se trata en suma de dar oportunidad a los Estados de que reparen ellos mismos, en el marco de sus ordenamientos, las violaciones. En cuanto a la manifestación normativa o sustantiva del principio es precisamente el principio del margen de apreciación que estudiamos seguidamente. Se trata de una sabia y sofisticada doctrina jurisprudencial construida por el Tribunal europeo de derechos humanos.

Efectivamente, si la definición convencional de un derecho ofrece espacios de indefinición, y para colmarlos en un caso concreto no existe consenso o posición común entre los Estados partes en el sistema, el Tribunal concede a los Estados un margen de apreciación a fin de adoptar la solución adecuada. Se trata de una concesión que no parece exorbitante en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos si se tiene en cuenta que la jurisdicción del Tribunal se aplica a Estados democráticos que se supone respetan el principio del imperio de la ley o *rule of law*. En cualquier caso, la doctrina que nos ocupa conduce a conclusiones de no violación de la Convención, y ello ha motivado críticas de parte de algunos sectores de opinión, los que se tienen por más progresistas en el respeto de los derechos humanos. Lo que hay que dejar claro es que en la medida en que la aplicación de la doctrina supone delegar la solución del caso en las autoridades nacionales, se está reconociendo el carácter subsidiario del Derecho internacional de los derechos humanos.

Teniendo en cuenta esta consideración, entiendo personalmente que se trata de una doctrina sabia y acertada, siempre, claro es, que el margen de discreción dejado

a los Estados se utilice por estos no de modo abusivo sino con la debida ponderación de todas las circunstancias del caso, esto es, de forma moderada y razonable.

2. La doctrina jurisprudencial del margen de apreciación viene de lejos en la historia del Tribunal. Construida por el antiguo, el nuevo —el establecido tras la entrada en vigor del Protocolo 11 el 1º de noviembre de 1998— se ha servido de ella en buen número de ocasiones.

Fue en efecto con ocasión del caso *Handyside contra el Reino Unido*, resuelto por sentencia de 7 de diciembre de 1976 cuando el Tribunal hizo uso por vez primera de la doctrina que nos ocupa. Se trataba de determinar si la confiscación por las autoridades británicas de un libro considerado obsceno y la imposición de una multa al editor vulneraba el artículo 10 de la Convención, que es el que consagra la libertad de expresión, y cuyo párrafo 2º admite de todos modos restricciones y limitaciones siempre que estén previstas por la ley y sean necesarias en una sociedad democrática para la consecución de ciertos fines, entre otros, la protección de la moral. Pues bien, para examinar la conformidad con la Convención de las medidas adoptadas por las autoridades británicas, el Tribunal estimó que el examen de los Derechos internos de los Estados partes no le permitía llegar a una concepción europea común de la moral; y que el párrafo 2º en cuestión concede a los Estados un margen de apreciación que les permite decidir lo que es o no contrario a la moral. La conclusión fue que el Reino Unido no había violado el artículo 10 de la Convención.

3. Es de señalar que para la aplicación del artículo 15 de la Convención —que autoriza a las autoridades nacionales la derogación parcial la suspensión en situación de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación— el Tribunal concede un amplio margen de apreciación a los Estados. Así lo hizo en la sentencia de 18 de enero de 1978 en el caso interestatal *Irlanda contra el Reino Unido*.

4. Son muchas más las sentencias del viejo Tribunal que aplican la doctrina del margen de apreciación. Y con bastante frecuencia las del nuevo Tribunal se han servido de la misma. Analizaré como muy interesante e ilustrativa la dictada por una Sala de 7 jueces el día 26 de febrero de 2002, confirmada más tarde por la Gran Sala en el caso *Fretté contra Francia*, relativo a la prohibición que pesa sobre los homosexuales de adoptar a menores. El demandante, un ciudadano francés de orientación homosexual, alegaba esencialmente que las autoridades de su país habían negado a él y su compañero el derecho a adoptar a un menor, lo que constituiría una violación del principio de no discriminación (artículo 14 de la Convención) en el ejercicio del derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8). En su sentencia el Tribunal dejó constancia de la ausencia de una comunidad de opiniones al respeto, no solo entre los Estados miembros del Consejo de Europa sino también en los medios científicos y en la opinión pública del país demandado. Ello le aconsejaba no interferir en decisiones de las autoridades nacionales que estaban en contacto directo con las fuerzas vitales del país. El Tribunal estimó en suma que en materias sensibles y delicadas como la que estaba examinando, tenía que conceder un alto margen de apreciación a las autoridades nacionales. La conclusión fue de no violación de la Convención.

6. No menos interesante que la anterior es la sentencia dictada por la Gran Sala el día 1 de noviembre de 2004 en el caso *Sahin contra Turquía* concerniente a la prohibición de portar la *hiyab* o el velo turco en los recintos universitarios del país. La sentencia, en efecto, aplica la doctrina del margen de apreciación para llegar a una conclusión de no violación. Tendremos ocasión de analizar la sentencia en profundidad durante la sesión de seminario y de contrastarla con una decisión del Comité de derechos humanos de las Naciones Unidas.

7. No puedo dejar de mencionar ahora un caso de alto interés en que el nuevo Tribunal considera de modo combinado la doctrina del margen de apreciación y el principio de interpretación evolutiva de la Convención, para hacer prevalecer este último. Se trata del caso *Goodwin contra el Reino Unido*, resuelto por sentencia de 11 de julio de 2002. La demandante había sido declarada de sexo masculino cuando nació pero, llevando vida de mujer durante cierto tiempo, había sufrido una operación de conversión sexual, a cargo del servicio nacional de la salud. Y como las autoridades británicas no le reconociesen la identidad femenina ni el derecho a casarse con un varón, la interesada recurrió ante el Tribunal europeo alegando violación de los artículos 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) y 12 (derecho a contraer matrimonio). Ante demandas idénticas presentadas anteriormente, el Tribunal aplicó la doctrina del margen de apreciación y llegó a conclusiones de no violación de la Convención. Pero en el caso *Goodwin*, aún reconociendo que perdura entre los Estados europeos una cierta falta de consenso o posición común en la materia (discrepancias cada vez menores), el Tribunal da mayor peso al hecho de que en el siglo XXI el derecho al desarrollo personal y a la integridad física y moral de los transexuales ha dejado de ser en la opinión pública internacional una cuestión controvertida. El Tribunal descarta por tanto en el caso la aplicación de la doctrina del margen de apreciación y sienta la conclusión de la violación por el Reino Unido de los artículos 8 y 12 de la Convención.

8. Como ya hemos apuntado, teniendo en cuenta que la toma en consideración de la doctrina del margen de apreciación lleva al Tribunal a conclusiones de no violación, no es extraño que haya sido objeto de críticas acervas en ciertos sectores de opinión, que hablarían de una interpretación regresiva o retardataria de la Convención dado que se daría preferencia a la soberanía del Estado sobre el respeto a los derechos humanos. Con todo, yo soy partidario personalmente de la doctrina, pues hay que contrapesar esta conceptualización negativa del principio con otras dos ideas. La primera es que el margen de apreciación de que hacen uso los Estados es objeto de control por el Tribunal. La segunda, en relación íntima con la anterior, es que la doctrina se aplica a Estados en que imperan patrones democráticos, en los que rige la idea del imperio de la ley (*rule of law*) y que son habitualmente respetuosos de los derechos fundamentales. Estados, pues, en los que el Tribunal tiene confianza. Dicho de otro modo, la solución al caso concreto no se deja en manos de Estados autoritarios o dictatoriales, sin credibilidad alguna en materia de derechos humanos y proclives a su violación, y en los que de modo alguno es posible confiar.

9. Con todo, resulta imposible ignorar que en el contexto de la dialéctica universalidad-particularismo de los derechos humanos, el principio del margen de

apreciación supone una concesión al particularismo. Concesión controlada por un órgano jurisdiccional, aplicable como hemos dicho a Estados democráticos, pero concesión a fin de cuentas. Y para medir el alcance de esta concesión, hay que tener en cuenta con reputados especialistas, que el Tribunal nunca ha aplicado el principio en el marco del artículo 2º de la Convención (derecho a la vida), ni en el del artículo 3ª (prohibición de la tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes), ni en el párrafo 1º del artículo 4ª (prohibición de los trabajos forzados). Y curiosamente, el párrafo 2º del artículo 15 de la Convención excluye estos tres derechos de la suspensión o derogación temporal que se autoriza a las autoridades nacionales en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación. Lo cual da idea de que, al menos en el contexto de la Convención europea, hay una gradación de los derechos humanos puesto que encontramos un núcleo duro formado por los no susceptibles de suspensión ni de aplicación de la doctrina del margen de apreciación; y un núcleo menos duro formado por los restantes. Consecuentemente, en lo que concierne a los derechos que integran el núcleo duro, sí puede hablarse de la universalidad de los derechos humanos.

10. Termino este análisis del principio del margen de apreciación con una reflexión puramente personal. Es la siguiente. Un componente subjetivo de cierto peso –no de peso total ni definitivo– en la decisión de los jueces de aplicar la doctrina para llegar a una conclusión de no violación es, a mi entender, el deseo de no legislar en materias especialmente sensibles y delicadas que dividen a los Estados partes en el sistema y que pueden enfrentar a las opiniones nacionales. En estos temas, de modo acertado, los jueces son conscientes de la fuerza expansiva de su jurisprudencia y lo que no desean es convertirse en legisladores. Y me explico con dos ejemplos. Si en el caso *Fretté contra Francia*, el Tribunal se hubiese pronunciado por la violación de la Convención, es sumamente probable que en demanda similares contra otros países, las sentencias hubiesen sido idénticas, esto es, de violación del derecho a la vida privada y familiar. Se hubiese iniciado así una línea jurisprudencial que acabaría muy probablemente en jurisprudencia consolidada. Y lo mismo hubiese acontecido en el asunto *Sahin contra Turquía*, relativo al velo islámico relativo a la libertad de religión. Insisto en la idea de que esta reflexión es puramente personal, y que por supuesto no vincula a ningún juez.

## VII. ACERCA DE LA OBLIGATORIEDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Las jurisdicciones nacionales e internacionales poseen la facultad de adoptar decisiones en indicación de medidas provisionales o cautelares, cuya razón de ser es precisamente la de salvaguardar los derechos de las partes y, en definitiva, asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional que dispensan. En el plano internacional, la facultad en cuestión dimana expresamente en algunos casos de los tratados instituyentes de las jurisdicciones; en otros supuestos se apoya en disposiciones de sus reglamentos. Existe de todos modos un debate doctrinal acerca de la eficacia, vinculante jurídicamente o no, de esas medidas provisionales cuando no se apoyan en disposiciones convencionales o si estas disposiciones no atribuyen claramente tal efecto obligatorio a las medidas en cuestión.

2. En lo que concierne al Tribunal europeo de derechos humanos, es sabido que el tratado instituyente –la Convención de Roma de 1950, enmendada particularmente por el Protocolo 11 de 9 de mayo de 1994 en vigor desde el 1 de noviembre de 1998– no contiene la menor referencia a tales medidas, siendo hoy el artículo 39 del Reglamento el que autoriza al Tribunal a indicirlas. Antes de la reforma, cuando aún existía la Comisión, era el artículo 36 de su reglamento y una disposición paralela del reglamento del Tribunal, las que facultaban a esos órganos para la adopción de las decisiones en cuestión. Digamos por lo demás que, según la práctica del referido Tribunal, las medidas provisionales se refieren en la gran mayoría de los casos a situaciones en que se alega por el demandante que, de ser extraditado o expulsado de un país, correría en el país de llegada un peligro inminente de muerte o el riesgo grave de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, en violación todo ello de los artículos 2 y 3 de la Convención. Señalemos también que, a diferencia de lo que ocurre en la Corte Internacional de Justicia, en que las medidas provisionales se adoptan tras un sumario procedimiento contradictorio, esto es oyendo a las dos partes, (artículos 73 y siguientes del Reglamento, especialmente artículo 74), no ocurre lo mismo en el Tribunal europeo de derechos humanos. En este, las medidas se acuerdan por el presidente de la Sala o del Tribunal antes, por supuesto, del examen de la cuestión de la admisibilidad de la demanda, y desde luego, sin escuchar al Estado demandado. No podría ser de otro modo, pues si hubiera que esperar a un pronunciamiento declarando admisible la demanda, o si se hubiese que dar audiencia al Estado demandado, las medidas provisionales no tendrían objeto ni sentido: la extradición o la expulsión se habrían efectuado con los riesgos consiguientes de violación de la Convención. Lo que pretendo decir con esto es que el argumento basado en la falta de audiencia del Estado demandado no es relevante a la hora de determinar los efectos jurídicos de la medida en cuestión. En cualquier caso, y como es lógico, lo que sí puede hacer el Estado demandado es solicitar el levantamiento de las medidas cautelares y ello, normalmente, mediante la aportación de las garantías y seguridades pertinentes de que no se va a producir el daño irreparable alegado. Añadamos, en fin, que en la mayor parte de los supuestos, el Tribunal no indica las medidas solicitadas porque, de un modo general, los demandantes tienden a invocar de modo abusivo el artículo 39 del reglamento. La práctica así lo demuestra.

3. Antes y después de la entrada en vigor, el 1.º de noviembre de 1998, de la reforma operada por el Protocolo 11, el hecho de que las repetidas decisiones carezcan de apoyo convencional y tengan una base puramente reglamentaria, podría llevar a pensar que las medidas cautelares decretadas por el Tribunal no son vinculantes desde el punto de vista jurídico; esto es, que se trataría de meras recomendaciones, con valor político y moral, cuya inobservancia no implicaría en rigor la violación de la Convención. A esta conclusión ayudarían los propios términos utilizados por las disposiciones reglamentarias: **indiquer, indicate**, «indicar» esas medidas. Se trataría obviamente de un punto de vista favorable a la idea de la soberanía del Estado. Pero en materia tan importante y sensible como la protección de los derechos humanos, esta rápida conclusión deja un cierto regusto de insatisfacción, porque, en ese ámbito, la observancia de las medidas cautelares puede

tener carácter decisivo. En efecto, si las sentencias del Tribunal europeo no reparan más que de modo imperfecto las violaciones de los derechos humanos –por medio de una satisfacción equitativa que en la inmensa mayoría de los casos consiste en el abono de una suma de dinero, muy difícilmente a través de la **restitutio in integrum** o reparación en naturaleza–, el acatamiento de una medida cautelar puede tener efectos muchos más interesantes, como son los de carácter preventivo. Esa observancia puede impedir, en efecto, que tenga lugar la violación y para ilustrar esta idea, voy a examinar dos casos de la práctica de los órganos de Estrasburgo. Uno es de no acatamiento y el otro de observancia de la indicación de medidas cautelares.

4. El primero es el caso *Mansi* contra Suecia, en el que el presidente de la Comisión había pedido al Gobierno sueco, al amparo del artículo 36 del reglamento, la suspensión del procedimiento de expulsión a Jordania del demandante, que había alegado la posibilidad de ser torturado en aquel país. No acatada la indicación por Suecia y efectuada la expulsión del demandante, se supo más tarde que sus temores no eran infundados, ya que había sufrido torturas en Jordania. La cuestión fue finalmente objeto de presentación de excusas por Suecia y de la conclusión de un arreglo amistoso, pero lo acaecido al demandante pone de relieve el interés de la observancia de las medidas cautelares para el respeto de los derechos humanos así como la importancia de atribuirles carácter jurídicamente obligatorio. Es indudable que si Suecia hubiese acatado la medida cautelar se hubiese evitado la tortura de una persona.

Otro supuesto que quiero recordar para subrayar la importancia de las medidas provisionales es el asunto *Peñafiel Salgado* contra España. En este caso, el demandante era un ciudadano del Ecuador que se encontraba en nuestro país a efectos de una extradición en tránsito a su país de origen. Y como las imprudentes declaraciones de algunas altas autoridades ecuatorianas hicieron surgir temores fundados de que el demandante podría ser tratado de modo contrario a los artículos 2 y 3 de la Convención (derecho a la vida y prohibición de la tortura) en caso de llegar a ser extraditado, el señor Peñafiel Salgado demandó a España, al tiempo que solicitaba del Tribunal, al amparo de lo previsto en el artículo 39 del reglamento, que adoptase una decisión cautelar tendente a suspender la extradición. Así lo acordó el 12 de febrero de 2001 el presidente de la sección cuarta, y en acatamiento de la orden, España procedió a suspender la extradición. Pero en los días siguientes, el Gobierno español pidió la revocación de la medida e hizo llegar al Tribunal en apoyo de tal solicitud una serie de garantías que demostraban la firme voluntad de las autoridades ecuatorianas de respetar la vida y la integridad física del señor Peñafiel y que aseguraban en definitiva el respeto de la Convención. Así las cosas, la Sala levantó la medida cautelar y desde entonces nada se ha sabido de violación de los derechos fundamentales del señor Peñafiel. Es decir, las medidas cautelares surtieron el efecto preventivo deseado, que no era otro que la obtención de seguridades de observancia de la Convención.

5. Tras el somero análisis de estos dos supuesto me parece que queda clara la extraordinaria importancia de las medidas provisionales acordadas por el Tribunal. Pues bien, la cuestión de si las decisiones que indican tales medidas son o no obli-

gatorias desde el punto de vista del Derecho internacional, se mueve entre dos polos de atracción: la soberanía de los Estados es uno de esos polos; el respeto a los derechos humanos es el otro. De hecho, como vamos a ver, a lo largo del tiempo, la práctica de la Comisión y la jurisprudencia del Tribunal han oscilado entre los dos polos mencionados.

En efecto, y por lo que respecta a la Comisión, hay que decir que en su decisión de 18 de diciembre de 1964 precisó que no tenía la facultad de «ordenar» medidas provisionales, sino tan de «recomendarlas». En otros casos, la Comisión pensó de la misma manera. Sin embargo, en el asunto *Cruz Varas y otros* contra Suecia, la institución de Estrasburgo cambió de parecer. En efecto, habiendo decidido el Gobierno sueco la expulsión del ciudadano chileno Cruz Varas, y ante la posibilidad de que este demandante fuese objeto de torturas en su país de origen en contravención del artículo 3 de la Convención, el presidente de la Comisión hizo uso de la facultad que le confería el artículo 36 del Reglamento, pidiendo al mencionado Gobierno que suspendiese el procedimiento de expulsión. No lo hicieron así las autoridades suecas, y en su informe de fondo, de 7 de junio de 1990, la Comisión, inspirándose en la doctrina interpretativa del efecto útil de las disposiciones convencionales, estimó que el incumplimiento de la indicación de medidas provisionales constituía una violación del derecho del recurso individual ante ella, previsto en el párrafo 10 del artículo 25 de la Convención (en la redacción anterior a la reforma de 1994) Ello equivalía en definitiva a declarar que las medidas provisionales eran obligatorias, punto de vista inspirado en último análisis en la idea de la superioridad del respeto a los derechos humanos sobre la soberanía del Estado. Pero en ese mismo caso fue otro el punto de vista del Tribunal, que en su sentencia de 20 de marzo de 1991 concedió mayor peso a dicha soberanía, entendiéndolo —por la débil mayoría de 10 votos contra 9— que si bien el derecho de recurso individual debía de ser interpretado «de manera práctica y efectiva, no teórica e ilusoria», ello no consentía forzar el sentido del párrafo 1 del artículo 25 de la Convención. El Tribunal atribuyó asimismo importancia al hecho de que la facultad de indicar medidas provisionales figurase en una disposición reglamentaria y no en otra de carácter convencional, y subrayó también que la obligatoriedad de tales medidas no encontraba apoyo en el Derecho internacional general de naturaleza consuetudinaria ni en los principios generales del Derecho.

6. Ya hemos dicho que la reforma del sistema operada por el Protocolo undécimo no ha tenido incidencia convencional en el tema de las medidas cautelares, que solo siguen siendo contempladas en el nuevo reglamento, concretamente en su artículo 39. Pero veamos las líneas generales de la práctica del Tribunal a la luz de esta disposición.

En el asunto *Conka y otros contra Bélgica* el Tribunal se mantuvo fiel a su doctrina anterior y, así, por decisión de 13 de marzo de 2001, estimó que la facultad de indicar medidas provisionales no podía deducirse de una interpretación **in fine** del artículo 34 de la Convención (que es el que instaura el derecho de recurso individual), señalando que no consta que las dificultades que encontraron los demandantes tras su expulsión a Eslovaquia alcanzasen entidad suficiente como para perjudicar el disfrute del derecho que les reconoce aquél artículo.



Sin embargo, la sentencia de la Sala primera de 15 de enero de 2003, dictada en el caso *Mamatkutlov y Abdurasulovic* contra Turquía» ha estimado, por seis votos contra uno, que la desobediencia del Gobierno turco a una indicación de medidas provisionales constituye violación del tantas veces citado artículo 34 de la Convención. Ciertamente, este importante **dictum** está en contradicción con lo dicho en la sentencia *Cruz Varas y otros* y en la decisión *Conka y otros*, y justamente por ello, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 de la Convención, el asunto debía haber sido decidido por la Gran Sala del Tribunal. De hecho, la Sala primera se inhibió en valor de esta Gran Sala, pero la inhibición no fue aceptada por una de las partes –Turquía– de modo que, de acuerdo con lo dispuesto en el citado artículo, la Sala primera hubo de continuar conociendo del asunto.

Desde mi punto de vista, a este importante viraje jurisprudencial no fue ajena la gravedad de los hechos del caso. Dicho de otro modo, se trataba de un asunto particularmente bien escogido para sustentar la tesis de la obligatoriedad de las medidas provisionales. Ello es así porque los demandantes, naturales de la República de Uzbekistan y perseguidos en tanto que miembros de un partido de oposición al Gobierno, consiguieron huir de su país y entrar en Turquía en 1999. Solicitada su extradición por Uzbekistan, uno y otro presentaron demanda contra Turquía ante el Tribunal de Estrasburgo, pidiendo al tiempo la indicación de medidas provisionales en suspensión del procedimiento de extradición, dados los riesgos de tortura y (o) muerte que pesaba sobre ellos en caso de ser extraditados. La presidenta de la Sala primera acordó la medida cautelar, que sin embargo y lamentablemente no fue acatada por las autoridades turcas. Devueltos por estas a su país de origen, se supo que los demandantes habían sido condenados a penas de prisión, pero sus abogados no pudieron entrar en contacto con ellos.

En la sentencia mencionada de la Sala primera, se declara por unanimidad que Turquía no ha violado el artículo 3 de la Convención, y ello por falta de pruebas. Se dice también que el artículo 6 –que como sabemos es el que consagra el derecho a un juicio equitativo– no se aplica al procedimiento de extradición seguido en Turquía; y que ninguna otra cuestión surge respecto a ese artículo. Pero –y esto es lo realmente novedoso y lo relevante en la jurisprudencia del Tribunal– se añade que Turquía ha violado el artículo 34 de la Convención (ya hemos dicho que es el que instaura el derecho de recurso individual), conclusión esta última que se adoptó por el voto mayoritario de 6 jueces, con el voto en contra del juez nacional señor Turmen.

Para llegar a esta conclusión, la Sala dice en primer término que va a situarse en el terreno de los principios generales del Derecho internacional, del Derecho de tratados y de la jurisprudencia internacional, para concluir que a la luz de esos elementos de juicio la interpretación del alcance de las medidas provisionales no puede ser dissociada del procedimiento en que se han adoptado y de la decisión sobre el fondo que aquellas tratan de proteger (párrafo 105). Y tras subrayar la importancia del derecho de recurso individual –«clave de bóveda del sistema», en sus palabras–, declara que ese derecho comprende no solo el ejercicio eficaz del recurso, sino también –cuando el demandante invoca la violación del artículo 3– el examen eficaz de la demanda. Así las cosas, dice la sentencia que la imposibilidad

para los demandantes de participar en el procedimiento y de reunirse con sus abogados a los fines de ese examen ha obstaculizado la refutación de la tesis del Gobierno sobre cuestiones de hecho, así como la reunión de los elementos de prueba. Se refiere luego la Sala al artículo 46 de la Convención (el que establece la fuerza obligatoria de las sentencias), del que deduce el deber de todo Estado parte de abstenerse de cualquier acto u omisión que pudiera perjudicar la integridad y efectividad de la sentencia, para sentar en el párrafo 110 la siguiente conclusión:

«Por consiguiente, el Tribunal concluye que todo Estado parte en la Convención al que se haya presentado una petición de medidas provisionales indicadas para evitar que se cause a la víctima de la violación alegada un perjuicio irreparable, debe respetar estas medidas y abstenerse de todo acto u omisión que pudiese causar perjuicio a la integridad y efectividad de la sentencia final»

Y por si estos términos no fuesen suficientemente claros, dice la Sala en el párrafo 111:

«Por tanto, al no conformarse a las indicaciones dadas por el Tribunal en virtud del artículo 39 de su reglamento, Turquía no ha respetado las obligaciones que le incumben respecto al artículo 34 de la Convención».

Hasta aquí, pues, las palabras de la Sala, tal como resultan del voto mayoritario de seis de sus componentes. Y entiendo que la *ratio decidendi*, o si se quiere el *iter* intelectual de la sentencia, tiene algún punto débil o, dicho de otro modo, no ofrece la consistencia jurídica deseable. La Sala dice, en efecto, que el examen de la cuestión no puede ser dissociado del procedimiento en que se han adoptado las medidas provisionales y de la decisión de fondo que esas medidas intentan proteger. Ello hace pensar al analista que para la sentencia el valor, jurídicamente vinculante o no, de la indicación de medidas provisionales depende de las circunstancias del caso concreto. Por ejemplo, el académico puede imaginar que si se trata de proteger derechos tan importantes como el derecho a la vida o el derecho a la integridad física (prohibición de la tortura) habría obligación de acatar las medidas provisionales. Pero, en mi modo de ver las cosas, el hecho de relativizar en la *ratio decidendi* el efecto obligatorio de las medidas no solo se presta a críticas sino que debilita también una conclusión que se redacta en términos absolutos. En efecto, la sentencia se pronuncia más adelante en términos de este tipo, dando a entender que las repetidas medidas son obligatorias en todos los supuestos, sin que haya que distinguir entre los derechos convencionales cuya violación se alegue. Además, si en este asunto concurrió la circunstancia de que los abogados de los demandantes no pudieron reunirse con estos para la continuación de los trámites procesales subsiguientes a la presentación del recurso —en particular, para la prueba de las violaciones alegadas—, no siempre ni muchos menos tiene lugar esta imposibilidad. Por tanto, el argumento de que el derecho de recurso incluye el examen eficaz de la demanda es relativo. No tiene valor absoluto.

Queda claro en cualquier caso, y es este un punto que me interesa recalcar, que la sentencia ha hecho prevalecer la idea del respeto a los derechos humanos sobre la de la soberanía del Estado.

7. Justamente en la óptica contraria se sitúa el punto de vista sustentado en la opinión parcialmente disidente del juez Turmen, elegido a título de Turquía, y que actuó en el caso como juez nacional. Vamos a examinar y valorar esta opinión.

El juez turco comienza diciendo que puede ser necesario atribuir efectos obligatorios a la indicación de medidas provisionales a fin de asegurar la protección de los derechos enunciados en la Convención, para adelantar a continuación lo que va a ser el núcleo duro de sus argumentos: el sistema convencional actual no suministra la suficiente base legal en apoyo del carácter obligatorio de las medidas provisionales.

Las jurisdicciones internacionales –dice la opinión disidente– funcionan en el marco de la competencia jurisdiccional que les confiere el tratado instituyente. Si este marco no prevé la facultad de indicar medidas provisionales con efecto obligatorio, tal poder no existe. Y añade que los trabajos preparatorios de la Convención y del Protocolo 11 confirman este punto de vista; de ellos resulta la intención clara de las partes contratantes de rehusar eficacia obligatoria a las medidas provisionales indicadas por el Tribunal. Así –continúa diciendo el juez Turmen–, el proyecto de Convención de 12 de julio de 1949 contenía una cláusula sobre las medidas provisionales idéntica a la del artículo 41 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, pero la disposición fue rechazada por los Estados negociadores. En 1971, la Asamblea Parlamentaria recomendó al Comité de Ministros la redacción de un protocolo adicional que enunciase explícitamente la facultad de acordar medidas provisionales, pero la recomendación no fue aceptada por el Comité. Tal fue de otro lado la postura de los Estados partes en la elaboración del Protocolo 11, el que rige en la actualidad el funcionamiento del Tribunal. Y cuando a primeros de 1994 se reúne el Comité de expertos para mejora de los procedimientos de protección de los derechos humanos, se recibieron de la Comisión y del Tribunal propuestas según las cuales habría de incluirse en la Convención una disposición que concediese al nuevo Tribunal la facultad de dictar medidas provisionales con efecto jurídico obligatorio. La delegación suiza propuso por su parte que el Protocolo 11 facultase al nuevo Tribunal el poder de adopción de las medidas provisionales necesarias. Estas tres propuestas fueron rechazadas por los expertos gubernamentales. Estos hechos, concluye el juez Turmen en esta parte de su opinión disidente, «constituyen la expresión de una intención clara de las partes contratantes. Estas no deseaban que se crease un régimen de medidas provisionales que tuviese fuerza obligatoria».

No hace falta decir que esta opinión se inspira plenamente en el principio de la soberanía estatal. A los Estados no se les puede obligar por unas medidas que no solo no han consentido sino que, además, han rechazado.

8. Hemos dicho que Turquía no consintió que la Sala 1ª se inhibiese del conocimiento del asunto a favor de la Gran Sala. Pero como la sentencia de la Sala 1ª fue condenatoria, Turquía se vio en la tesitura de interponer recurso al amparo de lo previsto en el artículo 43 de la Convención, de modo que el asunto llegó finalmente a la Gran Sala, justamente a la instancia habilitada para cambiar la jurisprudencia. Y en sentencia de 4 de febrero de 2005, la Gran Sala de 17 jueces vuelve a declarar la obligatoriedad de la indicación de medidas provisionales, y ello, funda-

mentalmente, por concluir que al desobedecer Turquía esa indicación, ha obstaculizado el derecho de recurso individual en vulneración del artículo 34 de la Convención, que es el que se refiere al *ius standi* de las víctimas de las violaciones. La sentencia se adoptó por 4 votos contra 3, siendo los discrepantes los jueces Caflisch (suizo, elegido a título del Principado de Liechtenstein), Kovler (ruso) y de nuevo el juez nacional Turmen.

9. Es lo cierto que sobre la misma *ratio decidendi*, parece estar consolidándose una línea jurisprudencial a favor de la obligatoriedad de las medidas provisionales, pues en el caso *Olaechea Cahuas contra España*, la sentencia de la Sala V de 10 de agosto de 2006 declara nítidamente que la fuerza de la medida provisional es obligatoria, por lo que condena a nuestro país por no haber respetado las obligaciones que dimanaban del artículo 34 de la Convención. La sentencia se dictó por unanimidad. Se trataba de la extradición a Perú por parte española en el mes de agosto de 2003 de un presunto miembro de la organización terrorista « Sendero Luminoso » desobedeciendo la indicación de medidas provisionales.

10. El académico no solo ha de describir e informar. Tiene también y sobre todo la obligación de analizar y valorar los datos y, en la medida de lo posible, tomar partido en caso de divergencias o discrepancias. Pues bien, el punto de arranque de mi opinión es que existen razones sostenibles e incluso legítimas a favor de una y otra tesis: la que se inspira en el respeto de los derechos humanos y la que se apoya en la idea de la soberanía del Estado. Creo consiguientemente que ninguna de ellas debe ser objeto de incomprensiones o descalificaciones globales. Desde los puntos de vista científico y axiológico, una y otra postura merecen el debido respeto.

A favor de la primera tesis, cabe recordar ante todo el argumento de que, en materia de salvaguarda de los derechos humanos, el interés primordial es la prevención de las violaciones, más que el de su reparación, sobre todo si se trata de derechos tales como los reconocidos en los artículos 2º (derecho a la vida) y 3º (prohibición de la tortura) de la Convención. Las enseñanzas que se desprenden de los dos asuntos que he citado al comienzo de este trabajo –los casos *Mansi* contra Suecia y *Peñañiel Salgado* contra España– son bien ilustrativas.

En apoyo de la segunda opinión hay que decir que la soberanía del Estado es hoy por hoy una piedra angular del Derecho Internacional y que el hecho de exigir a un Estado obligaciones que no ha consentido convencionalmente y que no emanan de principios de *ius cogens* o de normas consuetudinarias generales e indiscutidas, atenta contra los principios básicos del ordenamiento internacional, y también y desde luego contra las exigencias de la seguridad jurídica. Y es indiscutible que estas exigencias constituyen un valor de primer orden en cualquier ordenamiento jurídico, y también y por supuesto en el Derecho internacional de los derechos humanos.

Justamente en relación con esta última idea, y en una óptica realista y pragmática que querría tomar en cuenta el futuro, me permito recordar el principio de la subsidiariedad de este Derecho internacional de los derechos humanos. Es bien sabido, en efecto, que este sector del Derecho internacional parte de la idea de que el garante natural y primordial de esos derechos es el Estado y que, consiguientemente, el juez natural en la materia es el juez nacional. Los mecanismos interna-

cionales de protección –jurisdiccionales o intergubernamentales– solo entran en juego cuando los Estados fallan en el desempeño de aquel cometido y –esto es importante– en la medida y en los supuestos en que, por vía convencional, los Estados han consentido las competencias y funciones de esos mecanismos. Resulta cierto asimismo que es sumamente largo el trecho que debe recorrer la comunidad internacional para crear nuevas medidas e instaurar procedimientos más eficaces de orden internacional. Y esta tarea de creación está en manos de los Estados, a los que –a mi juicio– no conviene inquietar ni preocupar mediante la asunción por los mecanismos internacionales de poderes que esos mismo Estados les han rehusado o no les han atribuido. Porque entiendo que el riesgo de esa asunción es el exceso de prudencia e incluso de cicatería en los actores de las relaciones internacionales en cuyas manos está ese proceso de mejora del Derecho internacional de los derechos humanos. Esos actores son los Estados. Creo en definitiva que el progreso real de este sector del Derecho internacional depende mucho más de la actitud de los Estados soberanos que de las interpretaciones extensivas de las instituciones internacionales de control y garantía. Y de ahí –repito– la necesidad de una razonable prudencia y de una actitud de medida autocontención por parte de estas últimas. En lo que a mi concierne, el hecho de haber servido a España durante más de once años como asesor jurídico internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores y de haber participado en esta condición en numerosos foros intergubernamentales, me reafirma en esta idea.

11. En suma, tras larga y profunda reflexión, y sin rasgarme las vestiduras ni escandalizarme ante opiniones contrarias y sin descalificar por tanto a sus autores, me decanto por las exigencias de la seguridad jurídica. Y no creo que los criticables argumentos de la sentencia *Mamatkutlov y Abdurasulovic* destruyan o anulen esas exigencias. Esto es, y por sentar una afirmación clara, opino que las medidas cautelares acordadas por el Tribunal europeo de derechos humanos no son obligatorias desde el punto de vista jurídico. Me atrevo a pensar por tanto que en su sentencia de 4 de febrero de 2005, al arrogarse el Tribunal unas competencias que los Estados le negaron expresamente cuando adoptaron y enmedaron la Convención, no ha hecho a medio y largo plazo un favor al Derecho internacional de los derechos humanos.

12. Dicho esto, y para concluir el examen de la cuestión, me pronuncio rotundamente por la alta conveniencia de que en un Protocolo adicional de urgente adopción se hagan coincidir los intereses del mayor y más amplio respeto a los derechos humanos con las exigencias de la seguridad jurídica. Esto es, como el Tribunal en los asuntos *Cruz Varas y otros* y *Conka y otros*, abogo por que en futuros protocolos de reforma se incluyan unas normas en las que los Estados partes en el sistema asuman la obligatoriedad de cumplimiento de las medidas cautelares. Pero me temo que hoy por hoy, y dadas las penosas vicisitudes por las que pasa el proceso de mejora del sistema por la negativa de la Duma rusa a autorizar la ratificación de una reforma tan timorata e insuficiente como la prevista en el Protocolo 14 de 13 de mayo de 2004, ese pronunciamiento no pasa de ser un *wishful thinking*, una mera y piadosa ilusión, porque retornando al terreno del realismo, debo decir que no confío por ahora en la adopción de esa disposición.

13. No quiero que falte en el momento de cierre del examen de este tema otra consideración, que me parece de suma importancia, y es que todas las normas y reglas de Derecho internacional, y también y por supuesto las que integran el capítulo que se ocupa de la protección de los derechos humanos, se asientan en el principio cardinal de la buena fe. Y este principio postula sin duda la existencia de una obligación moral y política de acatar y cumplir las medidas provisionales del Tribunal europeo de derechos humanos, deber cuyo desconocimiento conlleva para el Estado responsable un serio deterioro de imagen y una considerable pérdida de prestigio en un campo tan sensible a estos efectos como el del respeto de los derechos humanos.

### VIII. EL ALCANCE DEL TERMINO «JURISDICCIÓN» DEL ARTÍCULO 1º DE LA CONVENCIÓN

1. Dice el artículo 1º de la Convención lo siguiente:

*Las altas partes contratantes reconocen a toda persona que dependa de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I de la presente Convención*

Este artículo es de suma importancia por ser la expresión, en primer término, de la subsidiariedad del sistema protector de la Convención, toda vez que declara de la manera más nítida que la responsabilidad principal y primordial de respetar y hacer respetar los derechos humanos recae sobre los Estados y no sobre la comunidad internacional. Y el artículo es de suma e incluso crucial importancia, en segundo término, porque, como vamos a comprobar, es el que define los ámbitos de aplicación *ratione personae* y *ratione loci* del sistema protector de Estrasburgo, esto es, algo tan importante como el alcance personal y territorial de la Convención.

*Ratione personae*, en primer lugar, como hemos dicho, porque de acuerdo a un principio general del Derecho internacional de los derechos humanos, este sistema normativo impone obligaciones a los Estados no solo respecto a sus ciudadanos sino también en lo que concierne a los que no ostentan su nacionalidad. En este sentido, cabe demandar a un Estado ante el Tribunal no solo por sus nacionales sino también por los extranjeros, en la medida en que unos y otros dependan de su jurisdicción. Esto, claro es, salvo en el caso de que se trate de derechos concedidos únicamente a los nacionales, por ejemplo el de no expulsión o prohibición de entrada al territorio propio (artículo 3º del Protocolo adicional 4º) o cuando se permitan restricciones a la actividad política de los extranjeros (artículo 16 de la Convención). Esta obvia consideración figura en una sentencia del Tribunal, la dictada el 8 de julio de 1986 en el asunto *Littgow contra el Reino Unido*.

Pero dado el carácter polivalente de la palabra «jurisdicción» en Derecho internacional público ¿cuándo se puede afirmar que una persona, nacional o no, depende de la jurisdicción de un Estado a efectos del citado artículo 1º y de aplicación de la Convención?. O formulada la pregunta de otro modo con referencia a un ejemplo verosímil, ¿sería competente el Tribunal para conocer de una demanda de una ciudadana iraquí al que el fuego del ejército británico en territorio del Irak le ha deja-

do viuda y ello en alegación del artículo 2º de la Convención?. Es esta una cuestión en la que tanto los trabajos preparatorios de la Convención como la jurisprudencia del Tribunal han hecho entrar consideraciones ligadas al territorio. De ahí que pueda afirmarse que el artículo contempla no solo la jurisdicción *ratione personae* sino también la *ratione loci*.

2. Pero antes del estudio de la jurisprudencia, y para entender mejor sus oscilaciones, parece oportuno hacer un poco de historia, analizando de manera sucinta los trabajos preparatorios de la Convención. Y podemos comprobar en ellos que, dentro del Consejo de Europa, el Comité (de la llamada entonces Asamblea consultiva) sobre cuestiones jurídicas y administrativas propuso un texto de artículo 1º de connotación nítidamente territorial en lo concerniente al ámbito de aplicación de la Convención, toda vez que, literalmente, ese ámbito alcanzaba únicamente a las personas residentes en el territorio de los Estados partes. Pero el Comité de expertos intergubernamentales entendió que era preciso suprimir por excesivamente restrictivo el requisito de la residencia y ensanchar consiguientemente aquél ámbito de aplicación. El texto propuesto por el Comité, aprobado luego por la Asamblea consultiva, suponía la aplicación del instrumento a todas las personas que se encontrasen bajo la jurisdicción de un Estado parte. Y cuando finalmente se adopta la Convención, existía claro consenso entre los negociadores de que el término jurisdicción, tal como figuraba en el artículo 1º, tenía una connotación territorial. Los derechos y libertades fundamentales enunciados se aplicaban a todas las personas bajo el control de un Estado parte en su territorio. Interpretación que conducía a considerar como elemento decisivo el lugar del Estado demandado donde se hubiesen realizado las actividades. Tenía que tratarse de su propio territorio y no la residencia del demandante.

3. En lo que concierne a la práctica, podemos decir que la inmensa mayoría de las demandas llegadas a los órganos del sistema –a la Comisión antes de la entrada en vigor del Protocolo undécimo, 1º de noviembre de 1998, y después al Tribunal– no planteaban problemas respecto a la interpretación del término «jurisdicción» empleado por el artículo 1º de la Convención. Ello es así porque las demandas se referían en su gran mayoría a actos realizados por los Estados partes en el interior de sus territorios.

4. En 1974, sin embargo, la Comisión tuvo que ocuparse directamente del problema con ocasión de la demanda interestatal *Chipre contra Turquía*. La doctrina sentada respecto a la interpretación del artículo 1º de la Convención fue que

*el término jurisdicción.....no está limitado al territorio nacional de la alta parte contratante involucrada. Resulta claramente del lenguaje, en particular del texto francés, del objeto de este artículo y de la finalidad de la Convención en su conjunto, que la Alta parte contratante está obligada a asegurar los derechos y libertades mencionadas a todas personas que estén bajo su autoridad y responsabilidad efectiva («actual authority and responsibility»), se ejerza esta autoridad dentro del territorio o fuera de él.*

Se comprueba, pues, que en esta decisión de 1974, la Comisión se separó de la connotación territorial del artículo 1º, esto es, de lo que parecía había sido el con-

senso de los Estados negociadores cuando adoptaron el texto de la Convención. El elemento decisivo para interpretar el artículo era ahora el del *control efectivo*.

5. Este criterio del *control efectivo* fue aceptado e incluso desarrollado más tarde por el Tribunal en el conocido caso *Loizidu contra Turquía*, resuelto en lo que concierne a las excepciones preliminares del Estado demandado por sentencia de 23 de marzo de 1995. Se quejaba fundamentalmente la demandante de la imposibilidad de acceder a sus propiedades, sitas en la parte norte de la isla de Chipre ocupada por Turquía, en violación continuada de los artículos 8 de la Convención (derecho a la vida privada y familiar) y 1 del Protocolo I (derecho al respeto a los bienes). Pues bien, suscitada por Turquía la excepción preliminar de incompetencia *ratione loci*, toda vez que su declaración de aceptación de la competencia del Tribunal no cubría la parte norte de Chipre, el Tribunal dice que la noción de jurisdicción en el sentido del artículo 1º de la Convención no se circunscribe al territorio nacional de las altas partes contratantes. Cabe que una de ellas vea comprometida su responsabilidad –sigue diciendo la sentencia– cuando como consecuencia de una acción militar –legal o no– ejerza en la práctica *control efectivo* sobre una zona situada fuera del territorio nacional. Decantándose por ese criterio, el Tribunal se declaró competente en el caso y en su sentencia de fondo, dictada el 18 de noviembre de 1996, concluyó que Turquía había violado del artículo 1º del Protocolo adicional I a la Convención, aunque no el artículo 8º.

En la medida en que el criterio del *control efectivo* ensancha el ámbito de aplicación de la Convención y la competencia del Tribunal, estamos ante un pronunciamiento que desde mi personal punto de vista merece una valoración muy favorable. Y es que el repetido criterio está más cerca del ideal de la protección lo más amplia posible de los derechos humanos que de el de la preservación de la soberanía de los Estados. Sin embargo, como vamos a ver, el Tribunal constituido al amparo del Protocolo 11 el 1º de noviembre de 1998 –el nuevo Tribunal– ha cambiado esa línea jurisprudencial, aproximándose más al polo de la defensa de la soberanía estatal.

6. Esta tendencia que pudiéramos tildar de más restrictiva y conservadora se manifiesta particularmente en el asunto *Bankovic' y otros contra Bélgica y otros*, resuelto en trámite de admisibilidad, y justamente para denegarla, por decisión de 12 de diciembre de 2001. Dada la importancia de la decisión en lo que significa de cambio relevante de la línea jurisprudencial en sentido restrictivo, vamos a analizar el caso con cierto detenimiento.

Se trataba del bombardeo que en la primavera de 1999 realizó la fuerza aérea de la OTAN en el curso del conflicto de Kosovo de instalaciones de radio y televisión sitas en Belgrado. El resultado fue la muerte de 16 personas y de heridas graves en otras tantas. Los demandantes eran parientes de las víctimas o víctimas y alegaban fundamentalmente la violación de los artículos 2 (derecho a la vida), 10 (libertad de expresión) y 13 (obligación de crear recursos eficaces para reparar las violaciones). Los demandados eran todos los Estados de la OTAN partes en la Convención.

Dado que los hechos habían tenido lugar fuera del territorio de estos Estados, para fundamentar la competencia del Tribunal los demandantes invocaban en lo



fundamental el criterio del *control efectivo* sustentado en el caso *Loizidu*. Pero el Tribunal dictó una decisión de inadmisibilidad de las demandas, fundada en los siguientes argumentos:

1º) Que aplicando a la palabra «jurisdicción» del artículo 1º de la Convención, los criterios interpretativos del sentido corriente de los términos y de toda práctica ulteriormente seguida, tal como se establece en el artículo 31 de la convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de tratados, la jurisdicción de los Estados es primordialmente «territorial». Cualquier otro fundamentos de la jurisdicción tiene carácter excepcional y requiere una justificación particular en las circunstancias especiales del caso.

2º) Que la jurisprudencia del Tribunal demuestra que el reconocimiento del ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por un Estado parte es excepcional, ya que únicamente se ha aceptado cuando el Estado demandado ha ejercido en un territorio ajeno y de modo efectivo todas o parte de las prerrogativas del poder público mediante una ocupación militar. Otros reconocimientos del ejercicio extraterritorial de la jurisdicción han tenido que ver con el desempeño de funciones diplomáticas y consulares o a bordo de un buque o aeronave, es decir, en situaciones específicas en que el Derecho internacional reconoce la jurisdicción extraterritorial.

3º) Si los redactores de la Convención hubiesen deseado dar a la palabra «jurisdicción» un sentido tan amplio como el que invocan los demandante, hubiesen empleado un texto idéntico o similar al que figura en el artículo 1º de las Convenciones de Ginebra de 1949 sobre protección a las víctimas de la guerra. Allí se emplea, en efecto, una fórmula extremadamente amplia, puesto que se dice que la obligación que se impone a los Estados contratantes de respetar y hacer respetar las Convenciones tiene lugar «en todas las circunstancias».

4º) En lo que concierne a la alegación de los demandantes de que la declaración de inadmisibilidad de las demandas significaría un incumplimiento de la función de «orden público» asignada a la Convención, el Tribunal puso el énfasis en que el instrumento es un tratado multilateral que opera esencialmente en un contexto regional y que la entonces República Federal de Yugoslavia —en cuyo territorio habían ocurrido los hechos— no formaba parte de este espacio jurídico.

En suma, y quien habla ahora es el juez CRISTOS ROZAKIS con palabras que yo comparto, la decisión *Bankovic* parece haber regresado a lo que fue la intención y el pensamiento originarios de los Estados que en 1950 negociaron la Convención, a saber, la adopción de un instrumento de naturaleza predominantemente regional, anclado en la jurisdicción territorial de los Estados partes. Y en este orden de ideas, encontramos un elemento que distingue el caso *Bankovic* de los hechos subyacentes a la sentencia *Loizidu*, y es que en este último se aplicó la Convención a un territorio en el que su régimen había sido ya aplicable (antes de la ocupación de la zona norte de Chipre por fuerzas armadas turcas). En la República Federal de Yugoslavia, por el contrario, nunca se había aplicado la Convención. Y otro punto a señalar en la decisión de inadmisibilidad en el caso *Bankovic* es el empeño del Tribunal en dar la sensación de coherencia jurisprudencial. Tomando en cuenta los continuos distinguos que se hacen entre esta última decisión y la sentencia *Loizidu*,

cabe pensar que el Tribunal quería evitar cualquier impresión de ruptura de la línea jurisprudencial anterior. Su intención sería más bien de precisar esa línea profundizando en los conceptos de regionalidad y control efectivo.

7. Sin embargo en la sentencia de 14 de diciembre de 2006 (caso *Bankovic c. Italia*), relativa a una solicitud de indemnización que presentaron a las jurisdicciones italianas diez ciudadanos de la antigua Serbia y Montenegro por la muerte de personas a consecuencia de los bombardeos de la OTAN de abril de 1999, el Tribunal se declaró competente, porque a partir del momento en que se había formulado una acción civil ante aquellas jurisdicciones internas existía indiscutiblemente un vínculo de jurisdicción entre Italia y los demandantes en el sentido del artículo 1º de la Convención. Con todo, el fallo fue de no violación porque la petición de los demandantes ante las jurisdicciones italianas se había tramitado conforme a las exigencias del juicio equitativo. Esta sentencia puede interpretarse en el sentido de que tratándose de la invocación del artículo 6º de la Convención (derecho a un juicio equitativo), el Tribunal siempre tiene jurisdicción.

8. Analizamos a continuación la sentencia de 8 de julio de 2004, dictada en el caso *Ilescu y otros contra Moldavia y Rusia*, en la que el Tribunal adoptó una interpretación novedosa del término «jurisdicción» del artículo 1º de la Convención. Interpretación como vamos a comprobar, mucho más amplia que la efectuada en el caso *Bankovic*'.

Se trataba de cuatro ciudadanos de Moldavia, que habían sido condenados por tribunales de la llamada República moldava de Transnistria, una entidad que proclamó su independencia en 1991 en acto no reconocido por la comunidad internacional. Los demandantes alegaban que su condena y la prisión subsiguiente constituían medidas violatorias de la Convención, y que las autoridades centrales de Moldavia eran responsables de esta violación, y ello porque nada habían hecho para impedirlo. Sostenían que Rusia era asimismo responsable de las violaciones, dado que a su entender el territorio de la República de Transnistria estaba *de facto* bajo el control de este último país. Así las cosas, la primera pregunta que se hizo el Tribunal fue si los demandantes estaban sometidos a la jurisdicción de los Estados demandados –Moldavia y Rusia– en el sentido del tan repetido artículo 1º de la Convención.

Para responder, el Tribunal comienza recordando los principios sobre la cuestión ya antes enunciados por su jurisprudencia, a saber, que se presume que la jurisdicción es primariamente territorial, si bien cabe exceptuar esta presunción en circunstancias excepcionales, particularmente si se impide a un Estado el ejercicio de su autoridad en una parte del territorio, bien por ocupación de fuerzas militares extranjeras bien por la ayuda de un Estado extranjero a la instalación en esa parte del territorio de un gobierno separatista. Respecto al caso en estudio, el Tribunal toma nota del hecho de que desde el 21 de julio de 1992, Moldavia se limita ejercer competencias sumamente limitadas en el territorio de una entidad separatista, el de la República de Transnistria, hasta el punto de no desempeñar en él una autoridad efectiva. Pero añade la sentencia un elemento de juicio importante y es que la precariedad de esos poderes no implica la pérdida de jurisdicción en el sentido del artículo 1º de la Convención, jurisdicción que, en el caso concreto, ha de entenderse como una obligación positiva de Moldavia respecto a las personas que se en-

cuentren en su territorio. Consiguientemente, el Tribunal concluyó que Moldavia había incurrido en una serie de violaciones de la Convención. Está claro en cualquier caso que en esta sentencia y respecto a este último país, el Tribunal se separó del criterio del control efectivo sustentado en el asunto *Loizidu*.

Pero como hemos dicho la demanda se presentó también contra Rusia, y sobre este punto el Tribunal tuvo que admitir, en tanto que elemento de hecho, que eran las instancias de este último país las que ejercían autoridad efectiva o al menos influencia decisiva en el territorio de Transnistria, y que la República separatista sobrevivía gracias al continuo apoyo ruso (militar, financiero, económico y político), de manera que los demandantes dependían de la jurisdicción de Rusia en el sentido del repetido artículo 1º de la Convención. Y como las autoridades de este régimen *de facto* nada habían hecho para poner fin a las violaciones denunciadas por los demandantes, el Tribunal concluyó que Rusia había incurrido en una serie de vulneraciones de la Convención.

9. Me refiero ahora a una decisión más reciente del Tribunal sobre la interpretación de los términos del artículo 1º de la Convención. Se trata de la dictada el 11 de diciembre de 2006 en el caso *Ben El Mahi y otros contra Dinamarca*, en el que los demandantes, un ciudadano marroquí y dos asociaciones igualmente marroquíes residentes todos en Maruecos, se quejaban de la pasividad de las autoridades danesas ante la publicación de viñetas humorísticas de Mahoma. El Tribunal no admitió la demanda por no encontrar ningún vínculo jurisdiccional entre los demandantes y el Estado demandado. Está claro que en esta decisión se mantiene un criterio estrecho sobre el alcance de la jurisdicción del Tribunal.

10. Para cerrar este repaso de la jurisprudencia del Tribunal sobre el alcance de su jurisdicción, quiero mencionar una sentencia que aparentemente tendría relación con el tema al hacer acto de presencia un ordenamiento jurídico de un Estado no parte en la Convención, pero que en rigor solo toma en consideración una violación potencial de uno de sus artículos. Es la dictada el 7 de julio de 1989 en el caso *Soering contra el Reino Unido*. El problema planteado era el de si la extradición del demandante por el Reino Unido a los Estados Unidos de América, donde corría seriamente el riesgo de ser condenado a la pena capital y de sufrir subsiguientemente una larga espera en el llamado corredor de la muerte, suponía una violación de la Convención por el Estado demandado. El Tribunal concluyó que la extradición violaría el artículo 3º de la Convención (prohibición de la tortura o de tratos crueles, inhumanos o degradantes) sin plantearse cuestión alguna de jurisdicción. El elemento decisivo para la sentencia fue la potencial violación de la Convención por un acto –la extradición– ocurrido en el Reino Unido.

11. Hemos visto, pues, que existen oscilaciones o vacilaciones jurisprudenciales de algún relieve cuando el Tribunal interpreta el artículo 1º de la Convención. Los criterios han ido desde el de territorialidad al de las obligaciones positivas, pasando por el del control efectivo y el de la naturaleza regional del instrumento. Desde mi personal punto de vista esas vacilaciones no son del todo extrañas si se parte de la idea de que el vocablo «jurisdicción» que figura en el artículo 1º de la Convención no tiene una acepción única ni nítida en el Derecho internacional público. Veámoslo muy brevemente.

La jurisdicción implica primeramente en todos los ordenamientos, y también y por supuesto en el plano internacional, la facultad de solucionar los litigios con arreglo a Derecho, tras procedimiento contradictorio y por decisión vinculante desde el punto de vista jurídico. En el plano interestatal, ejercen ese tipo de jurisdicción los tribunales internacionales y los órganos arbitrales. Pero evidentemente no es este el sentido del término tal y como figura en el artículo 1º de la Convención.

Ciñéndonos ahora al campo del Derecho internacional público, debemos decir que a la suma o conjunto de los poderes del Estado se le denomina soberanía. Y tenemos que añadir que la manifestación más relevante de la soberanía es la de carácter territorial. No obstante, en el párrafo 2º del artículo 7 de la Carta de las Naciones Unidas se emplea el término «jurisdicción» en otro sentido, pues lo que se hace es impedir a la Organización la intervención en los asuntos que sean esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados. Desde el punto de vista jurídico estamos ante cuestiones en que no existen normas internacionales, dejándose a los Estados libertad soberana de acción y regulación. De otro lado, en algún importante instrumento codificador de naturaleza universal se distingue entre soberanía y jurisdicción. Se trata de la Convención de 1982 sobre el Derecho del mar. En ella, el artículo 56 concede al Estado ribereños derechos de soberanía para unos fines y jurisdicción para otros relativos a materias que se suponen menores. Sirvan estos ejemplos para poner de relieve el carácter multívoco o polivalente de la palabra «jurisdicción». Y a mi entender, ello puede explicar los titubeos y oscilaciones del Tribunal en la interpretación de esa palabra. Yo, personalmente, si hubiese podido intervenir en la elaboración de la Convención, me hubiese inclinado por establecer la jurisdicción más amplia posible del Tribunal, utilizando una fórmula similar a la de los instrumentos modernos del Derecho internacional humanitario que, como sabemos, indican que su obligatoriedad tiene lugar «en todas las circunstancias». Debo añadir que a la hora de interpretar el artículo 1º de la Convención, tal como está redactado, es el criterio del control efectivo el que me parece más en línea con el mayor ámbito posible de aplicación de sus disposiciones.

## IX. RECAPITULACIÓN: ENTRE LA SOBERANÍA DEL ESTADO Y EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. Hemos venido hablando a lo largo de este curso de dos polos de atracción en la interpretación jurisprudencial de la Convención: la mayor y mejor protección de los derechos humanos, es uno de esos polos : y la preservación de la soberanía estatal es el polo opuesto. De manera breve y sucinta, queremos recapitular ahora la exposición y el análisis a través de una apreciación de conjunto, no sin señalar antes dos puntos que me parecen importantes. Primero, que aún con alguna excepción, existe continuidad jurisprudencial entre el viejo y el nuevo Tribunal. Segundo, que en temas de tanto interés como el de la obligatoriedad jurídica de las medidas cautelares y el relativo al alcance de la jurisdicción, encontramos vacilaciones y rectificaciones en las sentencias del nuevo Tribunal.

2. El principio jurisprudencial de las obligaciones positivas se sitúa indiscutiblemente en la órbita de atracción del polo de la protección más amplia posible de

los derechos humanos, y ello porque implica la existencia de obligaciones de los Estados que no se mencionan de manera expresa y directa en el articulado de la Convención. El principio merece una valoración favorable. Es clara asimismo la proximidad al mismo polo de atracción de la doctrina de la protección efectiva y no ilusoria de la Convención y de su corolario de la interpretación evolutiva, ideas que inspiran sin duda la más reciente jurisprudencia en la cuestión de la obligatoriedad jurídica de las medidas cautelares. También esta doctrina debe ser objeto de una valoración positiva, por más que en el tema particular de las medidas cautelares haya llegado demasiado lejos por haber violentado parámetros fundamentales del Derecho internacional. En esa misma zona aunque a distancia mayor del polo de atracción de los derechos fundamentales cabe ubicar al principio de proporcionalidad, toda vez que limita la libertad de los Estados a la hora de efectuar intromisiones en el disfrute de determinados derechos o libertades. Ello es así porque cuando el Tribunal controla la conformidad con la Convención de esas intromisiones, requiere una relación razonable de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y los fines señalados en el artículo que enuncia el derecho o libertad en cuestión. Estamos ante una toma de postura jurisprudencial que, desde mi punto de vista y al igual que las explicadas, resulta acertada.

3. Por su parte, lo que persigue el principio de autonomía de las nociones convencionales es algo conveniente, a saber una interpretación uniforme de la Convención que quede sustraída a los conceptos de los ordenamientos internos. Pero el principio conlleva tanto criterios extensivos como restrictivos. Interpretación nítidamente extensiva es, por ejemplo, la utilizada por el nuevo Tribunal en el reciente caso *Perez contra Francia*, toda vez que permite que la víctima de un delito pueda invocar las garantías del juicio equitativo en un procedimiento penal. Pero la exclusión del ámbito de aplicación del principio de otro tipo de procedimientos, como por ejemplo los de naturaleza fiscal o los relativos a la extradición, están en la línea de interpretaciones restrictivas. Entiendo por tanto que estamos en presencia de un principio que escapa a la dialéctica derechos humanos-soberanía estatal; o si se quiere, que opera de modo neutral en el marco de esa dialéctica.

4. En fin, doctrina indiscutidamente cercana al polo de atracción de la preservación de la soberanía estatal, aunque no por ello recusable, es la del margen de apreciación. Si el Tribunal estima que el principio es aplicable al caso por concurrir en él las condiciones requeridas —espacios de indefinición en la formulación de un derecho y falta de consenso entre los Estados partes en el sistema para llenar ese vacío—, lo que hace es dar por buena la interpretación de la Convención efectuada por las autoridades nacionales. Y consiguientemente la conclusión del fallo es de no violación.

5. Hemos visto en definitiva que son más abundantes los principios jurisprudenciales proclives al polo de atracción del mayor respeto posible de los derechos humanos que al que tiende a la preservación de la soberanía de los Estados. Creo que no se podía esperar otra cosa de la institución internacional más antigua, adelantada y eficaz en la protección internacional de los derechos humanos y libertades fundamentales.

## BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN CONSULTADAS

V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 2000

J.A. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio europeo de derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003

J. CALLEWAERT, «Is there a margin of Appreciation in the Application of articles 2,3 and 4 of the Convention?», *Human Rights Law Journal*, 1998, Vol. 19, pp. 6 ss

*Collected Edition of the «Travaux préparatoires» of the Convention on Human Rights*

J. DUTERTRE y J. VAN DER VELDE, *Extraits clés d'une sélection des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1999

D. GOMIEN, D. HARRIS y L. ZWAAK, *Convention européenne des Droits de l'homme et Charte sociale européenne : droit et pratique*, Conseil de l'Europe, Estrasburgo, 1997

P. MAHONEY, «Marvellous Richness of Diversity or Individious Cultural Relativism», *Human Rights Law Journal*, 1998, vol. 9, No. 1, pp. 1 ss

J.A. PASTOR RIDRUEJO, «Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme», en *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress zum 70 Geburtstag am 21. Januar 2005*, Carl Heymanns Verlag, 2005, pp 1077 ss.

C.L. ROZAKIS, «How far can we go? Recent developments of Strasbourg Case-Law on the Concept of Jurisdiction», en *El Derecho internacional. Normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, 2005, pp. 209 ss.

L. WILDHABER, «Precedent in the European Court of Human Rights»; en *The European Court of Human Rights, 1998-2006, History, Achievements, Reform*, pp. 154 ss., N.P. Engel Publisher, Kehl, 2006; y «Constances, évolutions et revirements dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», en *El Derecho internacional, Normas, Hechos y Valores, Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Madrid, 2005, pp. 225 ss.

Las sentencias del Tribunal en el sitio HUDOC de la *Cour européenne des droits de l'homme*