

**ALCANCE DE LAS OBLIGACIONES
INTERNACIONALES ASUMIDAS
POR LOS ESTADOS EUROPEOS
EN MATERIA DE DERECHOS Y
LIBERTADES DE LOS NACIONALES
Y EXTRANJEROS A LA LUZ DEL
ARTÍCULO 1 DEL CONVENIO
EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES
FUNDAMENTALES**

Dr. DANIEL GARCÍA SAN JOSÉ

Profesor de Derecho Internacional Público

Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN: UN TRATADO INTERNACIONAL CONCLUIDO EN EL SIGLO PASADO Y CON UNA ENVIDIABLE SALUD DE HIERRO

Adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950 en el seno del Consejo de Europa y completado desde entonces por diversos protocolos adicionales de contenido normativo, el Convenio Europeo para la protección de

los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante “el Convenio Europeo,” BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979), no es un simple tratado que incluye un catálogo de derechos y libertades con el ánimo de protegerlos en los Estados parte en el mismo. Supone además, frente a otros textos internacionales en materia de derechos humanos, un eficaz mecanismo jurisdiccional para garantizar el efectivo cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados parte en él. Dicho mecanismo de garantía colectiva⁽¹⁾ se articula a través de la posibilidad de que cualquiera de los Estados parte o incluso los particulares que dependan de la jurisdicción de alguno de los Estados parte puedan deducir una demanda ante un tribunal internacional con sede en Estrasburgo: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁽²⁾.

En efecto, desde el 1 de noviembre de 1998, fecha de entrada en vigor del Protocolo Adicional nº 11, el mecanismo de garantía jurisdiccional del sistema del Convenio Europeo se caracteriza por ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el único órgano jurisdiccional con competencia para decidir si se han violado los derechos reconocidos en el sistema del Convenio Europeo⁽³⁾. Este órgano jurisdiccional tiene carácter permanente (art. 19 del Convenio), y su jurisdicción es obligatoria tanto respecto de las demandas interestatales como de las individuales (arts. 33 y 34 del Convenio Europeo, respectivamente). Los particulares que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio Europeo directamente pueden deducir una demanda ante Tribunal tras haber agotado los recursos internos previstos en el ordenamiento del Estado presuntamente autor de

(1) De hecho, el primer mecanismo de garantía colectiva instituido en el Derecho internacional de los derechos humanos, como señalaba el profesor Truyol y Serra en su monografía *Los Derechos Humanos*. 4ª edición ampliada y revisada. Tecnos. Madrid. 2000; p.64.

(2) Para conocer cómo se articula este mecanismo de protección véase el excelente trabajo de la letrada del Tribunal Europeo, la Sra. C. Morte Gómez; *El Procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Requisitos de Admisibilidad de la Demanda*. Tirant lo blanch. Valencia. 2004.

(3) Hasta entonces, la tarea de control había recaído en dos órganos: junto al Tribunal Europeo existía la Comisión Europea de Derechos Humanos, que conocía en admisibilidad y emitía una opinión no vinculante en cuanto al fondo del asunto que previamente hubiera declarado admisible, pudiendo trasladar el asunto a conocimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los seis meses siguientes a la fecha de dicha opinión.

la violación del Convenio (art. 35.1 del Convenio Europeo).

El Tribunal Europeo es un tribunal internacional cuya competencia está delimitada por el tratado que lo ha instituido –el Convenio Europeo– y sus sucesivos protocolos adicionales. En otros términos, el Tribunal Europeo está constreñido en su actuación por cuatro parámetros de índole temporal, material, personal y espacial. Salvo el primer condicionante⁽⁴⁾, los demás han sido objeto de una interpretación flexible y dinámica por el propio Tribunal Europeo⁽⁵⁾. Así, por ejemplo, tratándose de los requisitos *ratione materiae*, aun cuando el Tribunal Europeo sólo puede asegurar el efectivo respeto de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo y en sus Protocolos Adicionales de contenido normativo, en la práctica ha garantizado la protección indirecta de derechos que, no figurando expresamente entre los reconocidos en el Convenio, de hecho estaban íntimamente vinculados a alguno de ellos. Tal es el caso del derecho de acceso a un tribunal, que conectó con el derecho a un juicio con las debidas garantías, en el art. 6 del Convenio⁽⁶⁾; o el derecho a un medio ambiente sano, que el Tribunal Europeo ha conectado, entre otros, con el derecho al respeto de la vida privada y familiar en el art. 8 del Convenio⁽⁷⁾.

El requisito de la competencia *ratione personae* se ha visto igualmente modelado gracias a una interpretación teleológica, esto es, conforme al objeto y fin del Convenio Europeo y así “pro derechos humanos,” de manera que el Tribunal Europeo admite hoy día no sólo las demandas deducidas por personas físicas, deducidas individual o colectivamente, así como de las personas jurídicas, que se consideren víctimas de una violación

(4) La exigencia de los compromisos asumidos en virtud del Convenio sólo puede tener lugar desde el momento en el que se hayan hecho efectivos por parte de cada Estado.

(5) Para un análisis detallado de la cuestión me remito a mi trabajo: *Los Derechos y Libertades Fundamentales en la Sociedad Europea del Siglo XXI*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 2001.

(6) *Caso Airey contra Irlanda*, sentencia de 9 de octubre de 1979.

(7) Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 9 de diciembre de 1994 en el caso *López Ostra contra España*, de 19 de febrero de 1998 en el caso *Guerra y otras contra Italia*, y de 16 de noviembre de 2004 en el caso *Moreno Gómez contra España*. Al respecto, mi trabajo *Environmental Protection and the European Convention on human Rights*. Council of Europe Publishing. Estrasburgo. 2005.

del Convenio, sino también las demandas deducidas por personas físicas que guarden un estrecho vínculo familiar con una supuesta víctima, aun cuando tal violación no les afecte a ellas personalmente (víctimas indirectas). La interpretación teleológica del requisito personal ha llevado al Tribunal Europeo, incluso, a declarar admisible las demandas deducidas por particulares respecto de un riesgo de violación del Convenio, esto es, no habiéndose aun materializado el incumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados parte (víctimas potenciales). En este último caso ha de tratarse de una posibilidad próxima a la certeza más que una mera expectativa como, por ejemplo, cuando existe una legislación que puede afectar a un individuo aun cuando todavía no haya desplegado ninguna consecuencia directa y específica respecto del mismo⁽⁸⁾.

El sistema del Convenio Europeo es víctima de su propio éxito. Como dato ilustrativo, baste señalar que desde su creación en 1950 y hasta 1998, la Comisión y el Tribunal Europeo habían producido un total de 38.389 pronunciamientos entre decisiones, opiniones y sentencias. En contraste, desde 1998 y hasta mayo de 2004, sólo funcionando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta cifra casi se había duplicado: 61.633. Para poner remedio a esta situación de colapso del sistema se firmó el 13 de mayo de 2004 el Protocolo Adicional de Enmienda nº 14 al Convenio Europeo, aún no en vigor⁽⁹⁾. En el mismo se contienen importantes modificaciones que afectan a las víctimas de una violación del Convenio Europeo de sus Protocolos Adicionales de contenido sustantivo, siendo la más importante, la prevista en su artículo 12 por el que se modifica la redacción del párrafo 3 del Artículo 35 del Convenio en el siguiente sentido:

“3. El Tribunal declarará inadmisibles las demandas individuales

(8) A. Queralt Jiménez; *El Tribunal de Estrasburgo: una Jurisdicción Internacional para la Protección de los Derechos Fundamentales*. Tirant lo blanch. Valencia. 2003; p.184. Como ejemplo, véanse los casos *Dudgeon* y *Open Door Well Women*, ambos contra Irlanda, sentencias del Tribunal Europeo de 22 de octubre de 1981 y de 29 de octubre de 1992.

(9) Sobre el mismo, L.-Sicilianos; “L’objectif Primordial du Protocole nº 14 à la Convention Européenne des Droits de l’Homme: alléger la Charge de Travail de la Cour” en: Gérard Cohen-Jonathan y Jean-François Flauss, (dir.); *La Réforme du Système de Contrôle Contentieux de la Convention Européenne des Droits de l’homme*. Nemesis-Bruylant. Bruselas. 2005; pp.55-78.

deducida conforme al artículo 34 si considera que:

a) La demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o sus Protocolos, resulta manifiestamente mal fundada o constituye un abuso del derecho a deducir una demanda individual; o

b) El demandante no ha sufrido un perjuicio relevante a no ser que el respeto de los derechos humanos como están definidos en el Convenio y en sus Protocolos requiera un examen sobre el fondo de la demanda, y sólo si el caso ha sido debidamente considerado por un tribunal interno.”

Los nuevos criterios de admisibilidad de las demandas individuales, en particular, la exigencia relativa a que el demandante haya sufrido un perjuicio significativo, puede llevar a que algunos casos sean declarados inadmisibles, algo que no hubiera sucedido sin dichos criterios. Para evitar una situación de indefensión para las víctimas de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo, se han previsto dos salvaguardias. La primera es que a pesar de que un particular no haya sufrido un perjuicio significativo, si el respeto de los derechos humanos como están definidos en el Convenio Europeo o en sus Protocolos Adicionales de carácter sustantivo requiere un examen sobre el fondo del caso, la demanda no será declarada inadmisibles, siguiendo un criterio idéntico al previsto en la segunda frase del párrafo primero del artículo 37 del Convenio Europeo. La segunda salvaguardia prevista, a tenor del inciso final del apartado tercero del artículo 35 del Convenio Europeo en su nueva redacción conforme el artículo 12 del Protocolo de Enmienda nº 14, es que en todo caso siempre intervendrá una autoridad judicial, ya sea nacional o europea a través del propio Tribunal. En todo caso, las formaciones de un único juez y los Comités previstos en los artículos 27 y 28 del Protocolo nº 14, no podrán aplicar el nuevo criterio durante un periodo de dos años siguientes a la entrada en vigor del presente Protocolo.

De las consideraciones realizadas hasta ahora pueden extraerse varias conclusiones: por una parte, y da título a este epígrafe, el Convenio Europeo es un tratado internacional que aun habiendo sido concluido en

1950 goza hoy día de una envidiable salud de hierro: con cuarenta y seis Estados parte en el mismo pertenecientes a Europa en un sentido amplio (Eurasia), y con un Tribunal Europeo que, víctima de su propio éxito, protege de modo efectivo⁽¹⁰⁾, a la luz de las condiciones de vida actuales, los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo y en sus Protocolos Adicionales de contenido normativo. Por otra parte y, como corolario de lo anterior, la relevancia de este instrumento internacional de protección de derechos humanos resulta, pues, innegable. Para los profesionales del Derecho en España y para la ciudadanía en general, es importante conocer la jurisprudencia del Tribunal Europeo por dos series de razones. En primer lugar porque los compromisos internacionales asumidos por España como Estado parte en el Convenio Europeo le compelen al cumplimiento del fallo de las sentencias firmes dictadas por el Tribunal Europeo en las que sea parte (efecto *inter partes* de cosa juzgada), poniendo los medios necesarios para remediar la situación contraria al Convenio Europeo y para evitar que vuelva a producirse. En segundo lugar, España, como el resto de Estados parte en este instrumento internacional, debe tomar en cuenta la *ratio decidendi* del Tribunal Europeo en aquellos casos en los que no sea parte (efecto *erga omnes* de cosa interpretada) a fin de que una situación declarada incompatible con el Convenio respecto de otro Estado parte no lo sea repetida, en el futuro, respecto de España en caso de que fuera demandada sobre esa misma base. En las páginas que siguen, presentaré sucintamente la doctrina que el Tribunal Europeo ha elaborado a lo largo de su jurisprudencia en relación con las obligaciones internacionales asumidas por los Estados parte en materia de derechos y libertades de los nacionales y extranjeros a la luz del Artículo 1 del Convenio Europeo⁽¹¹⁾, consciente de que la situación que padece España como receptora de una gran tasa de inmigración ilegal, se hace necesario prestar particular atención a dicha doctrina.

(10) Como ha reiterado el Tribunal Europeo en numerosas ocasiones. Véase, por ejemplo, su sentencia de 7 de julio de 1989 en el caso *Soering contra Reino Unido*, par. 87 y su sentencia de 18 de diciembre de 1996 en el caso *Loizidou contra Turquía*, par. 43.

(11) En la doctrina más reciente, véase sobre esta disposición: P.A. Fernández Sánchez; "El Alcance de las Obligaciones (Art. 1 CEDH)" en: Javier García Roca y Pablo Santolaya; *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 2005; pp.49-65.

II. LA LECTURA DEL ARTÍCULO I DEL CONVENIO A LA LUZ DE LAS CONDICIONES DE VIDA ACTUALES Y SUS CONSECUENCIAS

En la actualidad trescientos millones de euroasiáticos que son nacionales de los cuarenta y seis Estados parte en el Convenio Europeo —desde Islandia hasta la Federación Rusa— se benefician del sistema de garantía en el mismo instituido. Lo cierto es, sin embargo, que el ámbito de protección del Convenio Europeo es incluso mayor de lo que *a priori* pueda pensarse pues su artículo primero establece que: "Las Altas partes contratantes reconocen *a toda persona dependiente de su jurisdicción* los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio." (La cursiva es añadida). Como ha observado el Profesor Carrillo Salcedo al analizar esta disposición, "la expresión *dependiente de su jurisdicción* parece limitar el número de beneficiarios del Convenio, pero no hace más que establecer el vínculo necesario entre la víctima de una violación del Convenio y el Estado parte al que se imputa dicha violación. En otras palabras, para que el Convenio sea aplicable, debe ser posible para el Estado asegurar los derechos reconocidos en el mismo; sin embargo, no es necesario que exista un vínculo jurídico estable como la nacionalidad, la residencia o el domicilio porque basta que el Estado pueda ejercer algún tipo de poder sobre el interesado."⁽¹²⁾

Así pues, gracias a la interpretación teleológica y finalista que del término "jurisdicción" ha hecho el Tribunal Europeo, conforme al carácter efectivo y no ilusorio de los derechos reconocidos, un Estado parte es responsable de las violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio que puedan sufrir las personas que sean nacionales o extranjeros, se encuentren en su territorio, conforme a la acepción ordinaria del término jurisdicción.

Igualmente, un Estado parte puede ser considerado responsable por una violación del Convenio que afecte a un particular producida en cualquier otro Estado del mundo al que al que éste haya sido extraditado,

(12) J.A. Carrillo Salcedo; "Commentaire à l'article 1 de la Convention Européenne des Droits de l'homme" en: E. Pettiti; E. Decaux; y P.H. IMBERT; *La Convention Européenne des Droits de l'homme*. Ed. Economica. Paris. 1995; p.135.

expulsado, enviado, transferido, etc., desde ese Estado parte en el Convenio Europeo. En este último supuesto, no es preciso que el Estado autor directo de tales violaciones sea un Estado parte en el Convenio. Basta con que un Estado parte haya consentido en poner bajo la jurisdicción de otro Estado a esos particulares, para que le sean imputables indirectamente tales conductas contrarias al Convenio⁽¹³⁾. Se asiste en este supuesto a una interpretación extensiva del concepto de víctima "potencial" y se realiza la ficción jurídica de que la violación del Convenio comenzó en el territorio de un Estado parte- al autorizar el traslado de ese particular a otro Estado en donde finalmente se materializó la violación invocada⁽¹⁴⁾.

Junto a estos supuestos, el Tribunal Europeo ha considerado situaciones extraordinarias en virtud de las cuales también sería posible considerar la responsabilidad de un Estado parte en el Convenio al considerar dependiente de la jurisdicción de ese Estado a los particulares que resulten afectados por un acto extraterritorial o que se hallen en el territorio distinto al de ese Estado pero que se encuentre bajo su control efectivo⁽¹⁵⁾.

(13) Adviértase la relevancia de este punto a la luz de la práctica recientemente iniciada por el Gobierno español de "transferir" a Mauritania inmigrantes ilegales subsaharianos para hacerlos retornar, desde allí, a sus países de origen (Mali, Senegal, etc.) El que esas personas se hallen en Mauritania recluidas en un campamento gestionado por la Agencia Española de Cooperación Internacional, organismo directamente dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación acentúa el que estas personas puedan considerarse dependientes de la jurisdicción de España incluso fuera del territorio nacional.

(14) Recuérdese las vergonzosas imágenes de los inmigrantes ilegales entregados en la frontera a las autoridades marroquíes con el compromiso de que serían repatriados a sus países de origen y lo que de verdad sucedió: fueron abandonados a su suerte sin comida ni agua en una zona no identificada del desierto del Sahara. Aun cuando no se dedujeron demandas contra España, la situación era tan claramente contraria a los compromisos asumidos por nuestro país como Estado parte en el Convenio Europeo que, prudentemente, no ha vuelto a repetirse el fallido experimento de cooperación hispano-marroquí para la repatriación de inmigrantes ilegales a sus países de origen.

(15) Así, en el supuesto de que alguno de estos inmigrantes ilegales sufrieran alguna situación que pudiera ser considerada como violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo (por ejemplo, unas condiciones de hacinamiento e insalubridad contrarias al artículo 3 que reconoce el derecho a no sufrir un trato inhumano o degradante) podrían deducir una demanda contra España. La situación puede parecer *a priori* más teórica que real pero, nada impide pensar que alguna de las numerosas ONGs que colaboran por la plena integración en nuestra sociedad de los inmigrantes ilegales, facilite a alguno de ellos los medios jurídicos

1. EL TERRITORIO COMO SENTIDO ORDINARIO DE LA JURISDICCIÓN

Cuando el Tribunal Europeo afirma, entre otras, en su sentencia de 26 de junio de 1992 en el *caso Drożdż y Jannousek contra Francia y España* que "el término *jurisdicción* no se limita al territorio nacional de las Altas Partes contratantes: su responsabilidad puede generarse en razón de actos que emanan de sus órganos y despliegan sus efectos fuera de su territorio"⁽¹⁶⁾, no está negando que el artículo 1 del Convenio alude a su dimensión territorial, en su sentido ordinario. Sin embargo, siguiendo una interpretación dinámica, evolutiva y teleológica del Convenio Europeo, el Tribunal Europeo acepta la existencia de supuestos excepcionales de jurisdicción al margen de cualquier vínculo territorial, en particular, a la luz de las doctrinas de los actos extraterritoriales y del control efectivo. Con todo, como el propio Tribunal Europeo ha reconocido en el parágrafo 80 de su decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001 en el *asunto Banković y otros contra diecisiete Estados*: "El Convenio no fue diseñado para ser aplicado a lo largo de todo el mundo, incluso respecto de la conducta de los Estados parte."

Se deriva, en consecuencia, que el sentido ordinario de la jurisdicción ha de asociarse con el territorio de los Estados parte en el Convenio Europeo. En otros términos, en principio y con carácter general sólo las personas que se encuentren físicamente en el territorio de un Estado parte, con independencia de su situación jurídica (nacional, extranjero, en situación irregular, apátrida, etc.) estarían legitimadas para considerarse víctimas de una eventual violación del Convenio Europeo o de sus Protocolos Adicionales de contenido normativo que hubieran sido ratificados por el Estado en cuyo territorio se hallen.

necesarios para instar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español y una vez desestimado éste -casi con toda seguridad por el Alto Tribunal- deducir una demanda ante el Tribunal Europeo que, previsiblemente sería declarada admisible y cuyo resultado en cuanto al fondo, como mínimo, sería incierto.

(16) Parágrafo 91 de la sentencia.

2. LAS EXCEPCIONES A LA JURISDICCIÓN TERRITORIAL: LOS ACTOS EXTRATERRITORIALES Y EL PRINCIPIO DEL CONTROL EFECTIVO

Como antes se ha indicado, al margen del sentido ordinario y tradicional que se da término "jurisdicción" como sinónimo de territorio, el Tribunal Europeo ha reconocido la existencia de supuestos excepcionales que pueden asimilarse (en una ficción jurídica) a la presencia física en el territorio de un Estado a fin de considerar a un particular "dependiente de la jurisdicción de un Estado" a los efectos del artículo 1 del Convenio Europeo.

Así, en primer lugar, se trataría del supuesto de un particular que sin ser nacional de un Estado y sin encontrarse en el territorio de éste alega ser víctima de una violación del Convenio como resultado de un acto extraterritorial de dicho Estado que le afecte de modo directo. En segundo lugar, y más controvertida, resulta como excepción a la dimensión territorial de la jurisdicción la doctrina del control efectivo según la cual, en ocasiones, un particular podría considerarse sujeto a la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio Europeo, a los efectos del artículo 1, cuando se encontrara en el territorio distinto al de dicho Estado y que ocupa militarmente ejerciendo sobre el mismo un control efectivo. Aquí no importa si el territorio ocupado pertenece a un Estado parte o no del Convenio Europeo, ni tampoco la nacionalidad del particular que invoca su condición de víctima. Lo relevante es la existencia de un nexo de facto entre el Estado parte que ocupa un territorio distinto al suyo y el particular que, estando en ese territorio alega ser víctima de una violación del Convenio Europeo.

La importancia del nexo de facto que pueda equipararse a un vínculo de carácter jurisdiccional es evidente. Como señaló en su decisión de inadmisibilidad de 7 de febrero de 2001 en el *asunto McElhinney contra Irlanda y Reino Unido*, "cualquier acto de un Estado fuera de su territorio, por el mero hecho de que afecte a un particular, no convierte a éste en dependiente de la jurisdicción de dicho Estado"⁽¹⁷⁾. En idéntico sentido se pronunció en la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001 en

(17) Parágrafo 73 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001.

el *asunto Banković y otros contra diecisiete Estados*. En este asunto, el Tribunal Europeo debía responder a la cuestión de si los demandantes, familiares de fallecidos y supervivientes heridos en un bombardeo en Belgrado por aviones de la OTAN, podían o no considerarse como dependientes de la jurisdicción de los Estados demandados (Estados miembros de la OTAN) y todos ellos Estados parte en el Convenio Europeo sobre la base de un pretendido control efectivo (del espacio aéreo) por parte de la República Federativa Yugoslava de Serbia y Montenegro.

De entre los argumentos utilizados por el Tribunal Europeo para desestimar la demanda en el *asunto Banković y otros*⁽¹⁸⁾, resulta especialmente relevante el referido al control efectivo de un Estado parte en el Convenio Europeo de un territorio distinto al suyo. Observó al respecto el Tribunal Europeo que "El Convenio no fue diseñado para ser aplicado a lo largo de todo el mundo, incluso respecto de la conducta de los Estados parte. En consecuencia, el deseo de evitar un vacío o desprotección en materia de derechos humanos ha llevado al Tribunal a estar a favor de establecer la jurisdicción sólo cuando el territorio en cuestión sería uno que, por específicas circunstancias, estaría normalmente cubierto por el Convenio."⁽¹⁹⁾

Las precisiones anteriores sirven para comprender mejor la distinción que el Tribunal Europeo realiza entre *jurisdicción e imputación* a los efectos del artículo 1 del Convenio⁽²⁰⁾.

(18) Véase al respecto mi comentario a la sentencia: "Cuestiones Relacionadas con las Jurisdicción de los Estados Parte en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales a Propósito de Actos Extraterritoriales". *Anuario de Derecho Europeo* nº 1/2001; pp.182 a 186.

(19) Parágrafo 80 de la decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001. El Tribunal Europeo, claramente tenía en mente los casos relativos a la ocupación de una parte de Chipre por Turquía, al que imputaba la responsabilidad de garantizar los derechos reconocidos en el Convenio Europeo a los particulares residentes en el territorio ocupado. De no haber sido por tal ocupación esas personas disfrutarían de los derechos reconocidos en el Convenio en la medida en que Chipre es Estado parte en el mismo. Esta situación causaba desprotección a esos particulares ante la negativa de Turquía (Estado igualmente parte en el Convenio) a conferirles protección alguna alegando que se encontraban bajo la jurisdicción de otro Estado que no es parte en el Convenio: la República Turcochipriota del Norte.

(20) Vid. par. 75 de la Decisión de inadmisibilidad de 12 de diciembre de 2001 en el *asunto Banković y otros*.

Con carácter previo a la exigencia de responsabilidad a un Estado parte por incumplimiento de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, habrá que establecer si dicho Estado tenía la obligación de asegurar el disfrute de tales derechos a las personas concretas que invoquen en su contra una quiebra en el cumplimiento de este deber. Este parece ser el razonamiento que el Tribunal Europeo emplea en relación con la cuestión del control efectivo como base excepcional de la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio a los efectos del artículo 1. De este modo, cuando el Tribunal Europeo emplea el principio del control efectivo en los casos contra Turquía en relación con la situación en el norte de Chipre, lo hace teniendo presente la finalidad de solventar una situación de anómala desprotección de los derechos reconocidos en el Convenio respecto de particulares que los disfrutarían en circunstancias normales, sino sobre todo, en la convicción de que Turquía podía realmente garantizar el disfrute de dichos derechos puesto que servía de sostén a las autoridades locales y al Gobierno de la ficticia República Turcochipriota del Norte, gracias al control efectivo del territorio por parte de sus tropas allí emplazadas. En consecuencia, la responsabilidad de Turquía al no haber asegurado el disfrute de esos derechos se derivaría de la posibilidad que tenía de asegurarlos. La conclusión lógica que se extrae es que la exigencia de asegurar el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio se limita sólo a aquellas situaciones en las que un Estado pueda realmente cumplir con tal obligación.

Este límite contrasta con la responsabilidad más amplia y genérica que pesa sobre los Estados parte en el Convenio Europeo en relación con las previsibles vulneraciones que puedan sufrir particulares que sujetos a órdenes de extradición o a medidas de expulsión en otros Estados, incluso aquellos que no sean parte en el Convenio y que responde al hecho, ya señalado, de que en este caso, esos particulares sí disfrutarían de los derechos reconocidos en el Convenio al estar dependiente de la jurisdicción (en su sentido ordinario de base territorial) de un Estado parte en el Convenio. Por esta razón, la medida de expulsión o de extradición decidida por las autoridades del Estado parte, si conlleva una violación de los derechos reconocidos en el Convenio a esos particulares imputable a las autoridades de otro Estado, generará indirectamente la responsabilidad del Estado parte que consintió la extradición u ordenó la medida de expulsión.

Así pues, la concepción jurisprudencial de la cláusula “dependiente de su jurisdicción” presente en el art. 1 del Convenio Europeo que el Tribunal realiza a través de las doctrinas de los actos extraterritoriales y del control efectivo no es una interpretación hiperextensiva del Convenio, asumiendo funciones de legislador que no le corresponden. Es a los Estados a los que corresponde, si así lo estiman conveniente, completar el Convenio Europeo con un Protocolo Adicional de enmienda en el que reconozcan una jurisdicción universal para los Estados parte a los efectos de los beneficiarios de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo. Hoy por hoy, los supuestos excepcionales de jurisdicción están limitados a situaciones anómalas que aluden a supuestos en los que en circunstancias normales los particulares se beneficiarían de la protección del sistema del Convenio Europeo y no cubre, por tanto, cualquier situación en la que pueda ser imputado a un Estado parte una acción u omisión que pueda ser contraria al Convenio si no se trata de un supuesto de violación que, como acaba de indicarse, tal Estado estaría normalmente obligado a asegurar que no se produjera⁽²¹⁾.

(21) Aplicado al caso español, la situación que sufran inmigrantes ilegales una vez hayan pasado a estar bajo la jurisdicción de las autoridades del Estado (sea en territorio español, sea en territorio de un tercer Estado al que sea transferido desde España o sea en el campamento gestionado en el territorio de otro Estado por funcionarios españoles) es bien distinta de la que sufran otros inmigrantes ilegales que, aun encontrándose en condiciones muy similares, no podrían considerarse dependientes de la jurisdicción de nuestro Estado por cuanto las autoridades españolas no habrían estado en condiciones de asegurarles el Convenio Europeo respecto de ellas (así, por ejemplo, la suerte que corran extranjeros inmigrantes en el lado marroquí de la valla que separa Ceuta y Melilla del Estado marroquí, o las condiciones que sufran los inmigrantes ilegales que en Mauritania no estén bajo el control de la Agencia Española de Cooperación Internacional en el campamento habilitado para acoger temporalmente a aquellos transferidos desde España a la espera de su repatriación a sus países de origen)

III. LA CRITICABLE CONSOLIDACIÓN DE VARIOS NIVELES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS Y LIBERTADES EN EUROPA PARA LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN REGULAR O IRREGULAR A LA LUZ DEL DEL ARTÍCULO I DEL CONVENIO⁽²²⁾

De los principios jurisprudenciales en relación con el artículo 1 del Convenio Europeo presentados en el epígrafe anterior se derivan unas obligaciones internacionales para los Estados parte en el Convenio Europeo de las que no se exige cualquier otra obligación internacional, ni siquiera tratándose de Estados miembros de la Unión Europea, el cumplimiento del Derecho comunitario. Así lo ha recordado el Tribunal Europeo en su sentencia de 18 de febrero de 1999, en el caso *Matthews contra Reino Unido*, declarando la responsabilidad de dicho Estado por no permitir -¡aún cumpliendo disposiciones de Derecho Comunitario primario!- participar a los residentes en Gibraltar en las elecciones al Parlamento Europeo. Igualmente puede citarse la demanda nº 56672/00, en el asunto *DSR-Senator Lines GmbH contra los quince Estados Miembros de la Unión Europea*, admitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 4 de julio de 2000 y resuelta mediante acuerdo amistoso entre las partes, en relación con una posible violación de los artículos 6 (derecho a un proceso equitativo) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio, como consecuencia del procedimiento sancionador aplicado a esta empresa por la Comisión Europea.

Queda, pues, claro que los compromisos asumidos por un Estado Miembro de la Unión Europea no le eximen de las obligaciones contraídas como Estado parte en el Convenio Europeo. Lo cual hace aún más injustificado el desconocimiento que de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha dado, con notables excepciones, en nuestro país, en relación con el artículo 1 del Convenio.

Al margen de los supuestos excepcionales de jurisdicción que, hasta

(22) Cuestión que he desarrollado en extenso en mi trabajo: "Situaciones Especiales de Extranjería Privilegiadas, Agraciadas y Desfavorecidas en el Nuevo Reglamento Ejecutivo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social", Capítulo IV, en: C. Sánchez-Rodas Navarro (dir.); *Aspectos Puntuales del Nuevo Reglamento de Extranjería*. Laborum. Murcia.; 2005; pp.115-134.

la fecha, no se han planteado en nuestro país en relación con los inmigrantes ilegales, la situación en España -como en otros Estados miembros de la Unión Europea- deja que desear en cuanto a la protección de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo a la luz del sentido ordinario (territorial) de la jurisdicción. En efecto, la distinción entre extranjeros que se encuentran en situación regular o irregular en el territorio español es contraria al artículo 1 del Convenio Europeo si de ello se deriva, como sucede en la práctica, una distinción en cuanto al ejercicio de derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo.

A título de ejemplo, la actual ley española de extranjería⁽²³⁾ recoge esta desigualdad de trato en diversas disposiciones⁽²⁴⁾: derechos tales como el derecho a la educación no obligatoria (art. 9.3); el derecho a ayudas en materia de viviendas (art. 13); el derecho a las prestaciones y servicios de la seguridad social (art. 14.1.2); el derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar (art. 16); el derecho a la reagrupación familiar (art. 17) y el derecho a la asistencia jurídica gratuita para cualquier tipo de proceso (art. 22.2), sólo son reconocidos a los extranjeros residentes. Otros derechos aparecen reconocidos sólo a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España: el derecho de reunión y manifestación (art. 7.1); el derecho de asociación (art. 8); la libertad de sindicación (art. 11.1) y el derecho de huelga (art. 11.2), respecto del cual es preceptivo haber obtenido previamente un permiso de trabajo en España.

Estos derechos no están reconocidos a los extranjeros que se hallen en situación irregular en España y, a pesar de que se ha previsto respecto de aquellos que estando en situación irregular y se hayan empadronado, el

(23) Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE de 12 de enero de 2000), de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (BOE de 23 de diciembre de 2000), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

(24) Véase al respecto: E. López Barba y D. García San José; "El Derecho de Reagrupamiento Familiar en el Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones Asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: un Análisis Crítico". Revista del Poder Judicial nº 64/2001 (IV) pp.43-64. Asimismo: T. Gómez Álvarez y D. García San José; "Los Derechos Sociales y Sindicales en el Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones Internacionales asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: Un Análisis Crítico". Estudios Financieros nº 228/2002; pp.59-78.

derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.1), resulta criticable esta distinción en el reconocimiento de derechos que claramente tienen reflejo entre los garantizados en el Convenio Europeo. El fundamento para nuestra crítica se sustenta en el hecho de que los inmigrantes en situación irregular en España, al hallarse bajo la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio Europeo, son también titulares de los derechos reconocidos en este instrumento internacional de protección de derechos humanos. En este sentido, la distinción introducida por el legislador supone una violación de las obligaciones internacionales asumidas como Estado parte en el Convenio sin que pueda invocarse el artículo 14 del Convenio Europeo. Este artículo protege frente a un trato diferenciado sin una justificación objetiva y razonable, de personas en situación similar, en el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo. Aun cuando el Tribunal reconoce un cierto margen de apreciación a los Estados en el cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del artículo 14 a la hora de considerar si se ha perseguido un fin legítimo y se da una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin pretendido⁽²⁵⁾, no debe olvidarse que el parámetro de control del Tribunal Europeo es siempre el Convenio y no la legislación nacional de cada Estado. En consecuencia, el disfrute de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo deben ser garantizados a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados parte en virtud del artículo 1 del Convenio Europeo que expresamente recoge el término "dependiente de su jurisdicción" sin añadir matización alguna respecto a su estatus legal. Este es el parámetro que debe enmarcar la interpretación y aplicación del artículo 14 a cada caso concreto.

(25) Como observó el Tribunal Europeo desde sus primeras sentencias de 28 de julio de 1968, caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica, par. 10, y sentencia de 13 de junio de 1979, caso Marckx contra Bélgica, par. 33.