

PERFECCIONES E IMPERFECCIONES EN EL PROTOCOLO 11 AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y OTROS COMENTARIOS A PROPOSITO DE SU ENTRADA EN VIGOR (1-XI-1998)

FERNANDO ALVAREZ-OSSORIO MICHEO

SUMARIO: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN.—2. PERFECCIONES EN EL PROTOCOLO 11 AL CEDH.—3. IMPERFECCIONES EN EL PROTOCOLO 11 AL CEDH.—4. OTROS COMENTARIOS SOBRE LA ENTRADA EN VIGOR DEL PROTOCOLO 11 AL CEDH. A MODO DE EPÍLOGO.

1. A MODO DE INTRODUCCION

En el Protocolo 11 el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (en adelante, CEDH) se reconoce al individuo, a las personas físicas, el derecho a presentar una demanda de amparo ante un Tribunal internacional por la presunta violación de uno de sus derechos convencionales atribuibles a uno de los Estados partes en el Convenio. Es éste sin duda su mayor logro.

Como se sabe, hasta la entrada en vigor de este protocolo, el particular o grupo de particulares que quisiera trasladar su queja ante el anterior Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) no podía hacerlo, ya que con la anterior regulación convencional, tenía vetado el acceso directo (1). Para posibilitar dicho acceso al individuo, el citado Protocolo undécimo diseña, frente al Convenio anterior, un marco jurídico de protección que descansará en un único Tribunal con funcionamiento permanente o, dicho de otra forma, el Protocolo 11 al CEDH instituye un mecanismo de garantía internacional de de-

(1) La excepción la había introducido ya el protocolo facultativo núm. 9 al CEDH. Este, durante los tres años y poco más que ha estado vigente, concedió con ciertas restricciones a los particulares el derecho a presentar su caso ante el Tribunal.

rechos de naturaleza estrictamente judicial, eliminando del sistema a la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos.

El derogado Convenio proponía, por el contrario, un sistema de protección que, al descansar sobre tres instituciones de naturaleza diferenciada, conjugaba la garantía judicial con la componenda política (2): *a*) La Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante, ComEDH), a la que tenía acceso el sujeto individual si se aceptaba por el Estado en causa la cláusula facultativa del artículo 25 CEDH y cuya doble función era decidir sobre la admisión y la elaboración de un informe secreto sobre la violación alegada; *b*) el citado TEDH, al que tenía acceso únicamente la ComEDH y los Estados interesados (3), y cuyas sentencias resultaban obligatorias y definitivas para los Estados parte, y *c*) el Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano de naturaleza política que en virtud del derogado artículo 32 CEDH decidiría sobre la eventual violación de un derecho o libertad en los casos en que no se hubiese diferido el caso al TEDH, tras el informe elaborado por la Comisión.

Desde este punto de vista, desde el punto de vista del sujeto individual como sujeto al cual en un Convenio Internacional se le reconocen derechos y se le potesta para su defensa, el Protocolo undécimo representa un punto de llegada en la evolución experimentada por el Derecho Internacional a lo largo del presente siglo. Con el Protocolo 11 la cuestionada titularidad inmediata de derechos por parte de la persona física desde el Derecho Internacional, lo que no es otra cosa que el reconocerle subjetividad internacional, termina por inclinarse en favor de su aceptación. Cómo si no interpretar la existencia de derechos y libertades de carácter internacional en favor del sujeto individual y de un sistema de protección integrado por una única instancia judicial internacional, es decir, por un órgano de naturaleza independiente y cuya actuación vendrá en exclusiva determinada por el imperio de la ley, al que el individuo tendrá acceso directo. Afirmar, pues, que con este Protocolo el individuo entra a formar parte de los sujetos de Derecho Internacional con plena autonomía, confirma la que ha sido y es tendencia de humanización del Derecho Internacional (4). Con

(2) Y siempre que los Estados parte en el Convenio hubiesen aceptado la cláusula facultativa del antiguo artículo 25 CEDH, donde se reconocía el derecho al particular para presentar los recursos ante la Comisión, o el también facultativo artículo 46 CEDH de reconocimiento de la jurisdicción del extinto TEDH.

(3) Otra cosa sería el *locus standi* del individuo ante el TEDH. Como veremos más adelante, éste le fue reconocido por el propio TEDH desde su primera sentencia.

(4) Se podrá afirmar no sin razón que el carácter regional del CEDH reduce en mucho el alcance de nuestras afirmaciones, pero no hay que olvidar los modos de formación lentos y dificultosos del Derecho internacional.

ello no queremos decir que el reformado Convenio Europeo de Derechos Humanos sea el único ejemplo positivo de la existencia de subjetividad internacional del individuo. Lo que sí podemos afirmar es, sin embargo, que dicho Convenio, además de ser pionero en su género, es de entre todos éstos el más evolucionado.

El camino recorrido para poder llegar hasta aquí ha estado plagado de obstáculos y a menudo se tiene la impresión de que todavía queda mucho por recorrer. Desde principios de nuestro siglo y hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial se discutía vivamente sobre la existencia de otros sujetos de Derecho Internacional que no fueran estrictamente los Estados. En concreto, las distintas escuelas doctrinales sostuvieron un enconado debate en torno a la admisión del individuo como sujeto de Derecho Internacional. Hasta que no se aceptase al hombre como sujeto de derechos y deberes del orden jurídico internacional resultaba impensable la existencia de un cuerpo jurídico que viniese a reconocer y garantizar a éste sus derechos y libertades fundamentales. La escuela dualista negaba tal posibilidad: sólo los estados son sujetos del orden internacional y sólo ellos los receptores de los derechos y las obligaciones que de tal ordenamiento derivan (5). En frente de ésta, la corriente sociológica o realista encabezada por el maestro Duguit: sólo el hombre es sujeto de derecho y sólo a éste son imputables las consecuencias jurídicas de los preceptos normativos (6). En medio de ambas, ciertas posturas posibilistas que proponían al hombre como objeto del Derecho Internacional, no como sujeto, sostenidas dogmáticamente a través de las fórmulas del indigenato y de la estipulación en favor de tercero (7). Esta última corriente doctrinal hablaba del hombre como sujeto mediato de Derecho Internacional, siendo el estado el sujeto interpuesto sin el cual era impensable que pudieran atribuírsele o imputársele al individuo derechos y obligaciones (8).

(5) Valgan como ejemplos, H. TRIEPEL: «Les rapports entre le droit interne et le droit international», *RCADI*, vol. 1, 1923, pág. 87, y ANZILOTTI: *Cours de Droit Internationale*, 1929, págs. 132-136.

(6) Véase la obra del decano DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, 1927, pág. 724, y la de su discípulo N. POLITIS: *Les nouvelles tendances de Droit International*, 1927.

(7) Una postura relativista en grado como J. SPIROPOULOS: «L'individu et le Droit international», *RCADI*, vol. V, 1929.

(8) Obviamente el maestro de la escuela de Viena no pudo quedar ajeno al debate. Para Kelsen el Derecho internacional no sólo tiene por regla general a los Estados como sujetos, «c'est-à-dire des individus d'une façon immédiate. Il n'est pas contraire à la nature du droit international que ce qui est aujourd'hui encore une exception (la subjetividad internacional del individuo) devienne un jour la règle», en «Théorie générale du droit international public. Problèmes choisis», *RCADI*, vol. 42, 1932, págs. 169-170.

Más allá del debate doctrinal, ciertos ejemplos del Derecho positivo mostraban la posibilidad de que efectivamente los sujetos individuales tuvieran acceso inmediato al orden jurídico internacional. El Tribunal de presas marítimas de 1907, los Tribunales administrativos mixtos y los Tratados sobre minorías, por citar sólo tres de los numerosos ejemplos, admitían la posibilidad de que a las jurisdicciones creadas al efecto para garantizar dichos tratados pudiesen acudir directamente particulares que pretendiesen hacer valer los derechos que en dichos tratados se les reconocían y que estimaban incumplidos o violados por un determinado Estado (9). Ninguna de las corrientes doctrinales antes mencionadas negaba tal evidencia, pero ni tan siquiera estos ejemplos sirvieron para que se reconociese unánimemente la incorporación como sujeto del individuo al orden jurídico internacional (10). Hasta tal punto eran enconadas las defensas de una y otra postura. Por esta razón, quizá, el único intento de *lege ferenda* que por aquel entonces se propuso de reconocimiento, que no de garantía, a nivel internacional de ciertos derechos del hombre quedó en mero proyecto (11).

La Segunda Gran Guerra y los execrables crímenes que trajo consigo obligaron a reinterpretar un Derecho Internacional que hasta entonces y con notable fracaso se había pergeñado para prevenir los conflictos armados. Se requería, en consecuencia, un Derecho Internacional que actualizase la paz, que la hiciese efectiva. Para la consecución de tal fin, y como queda demostrado en los grandes textos internacionales de postguerra, uno de los pilares en los que habría de descansar la construcción de ese nuevo orden era en la protección del hombre individualmente considerado. Esta motivación de fondo está en el origen de la Carta de las Naciones Unidas y, cómo no, en la Declaración Univer-

(9) Véase sobre todos estos ejemplos el trabajo de S. SEGAL: *L'individu en droit international positif*, 1932.

(10) Permítanme la cita del profesor Pérez Serrano: «La juridificación progresiva, hasta llegar a la judicialización sin tope, sería el *desideratum* de algunas posiciones doctrinales, así, *verbigratia*, KELSEN: *The legal process and international order*, Londres, 1934, llega a sugerir la tesis de un proceso judicial en el Derecho de gentes, pudiendo incluso un ciudadano reclamar contra su propio Estado ante los órganos jurisdiccionales: concepción ciertamente muy jurídica, de refinamiento formalista exquisito, pero que por fuerza ha de provocar malestar íntimo en nuestras conciencias, todavía poco preparadas para ello»; tomo la cita de L. MARTÍN-RETORTILLO: *La Europa de los Derechos Humanos*, 1998, págs. 118-119.

(11) El texto de esta primera declaración de derechos del hombre fue aprobada por la Academia de Derecho Internacional en el transcurso de su trigésimosexta sesión, celebrada en Nueva York en 1929. Bajo el título de «Declaración de derechos internacionales del hombre» se contenía una proclamación en seis artículos de los derechos fundamentales del hombre, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. II, 1929, págs. 298-300.

sal de Derechos del Hombre de 1948 (12). El bagaje de los años precedentes, tanto doctrinal como positivo, había dado sus frutos. Con la nueva función teleológica del Derecho Internacional —garantía para la paz—, con la minusvaloración del concepto de soberanía como atributo absoluto del Estado —el germen de todas las guerras suele ser la violación masiva de derechos fundamentales en el interior de un Estado— y con la posibilidad dogmática y técnica de aceptar a otros sujetos distintos de los Estados como sujetos de derechos y deberes del Derecho Internacional (13), era fruta madura que se reconociesen con carácter internacional los derechos del hombre como obligaciones para los estados. Otra cosa es, sin embargo, que se aceptase en tales declaraciones internacionales la defensa directa por el individuo de los derechos así reconocidos. Es por esta razón por la que se pudo hablar de la Declaración Universal de Derechos como mera declaración programática, como documento sin valor jurídico alguno (14). Dicho de otra forma, si no hay derecho sin garantía, tampoco se puede ser sujeto de derecho sin su existencia. El camino hacia la consolidación del hombre como sujeto internacional de derechos quedaba recorrido en su mitad.

Pero la que fuera conquista a medias a nivel universal va a resultar plena a un determinado nivel regional. El requisito que por inexistente fuera impedimento a nivel mundial para munir a los derechos humanos de las necesarias garantías existía a nivel europeo. En este marco geográfico, el patrimonio común de ideales y tradiciones políticas y de respeto a la libertad y a la preeminencia del derecho, permitían adoptar las primeras medidas para garantizar colectivamente algunos de los derechos contenidos en la Declaración Universal (15). El Movimiento Europeo, organización no gubernamental, propuso a la consideración de la Asamblea Parlamentaria (entonces, Consultiva) del recién estrenado Consejo de Europa, un proyecto de Convenio de protección de derechos humanos que incorporaba además de una lista de derechos, un preciso sistema de garantías abierto al individuo una vez éste hubiese agotado las vías que para la defensa de sus derechos existan en el Estado presuntamente infractor. Durante los trabajos preparatorios del que luego sería CEDH ya nadie se atrevería a plantear como imposibilidad teórica la capacidad del individuo para ser receptor de derechos desde el plano internacional y su derecho para proceder por él mismo a la defensa de éstos más allá del

(12) R. CASSIN: «La Declaration Universelle et la mise en oeuvre des Droits de l'Homme», *RCADI*, núm. 79, vol. II, 1951, págs. 241-367.

(13) Recuérdense los procesos de Nuremberg.

(14) H. LAUTERPACHT: *International Law and Human Rights*, 1950, págs. 417 y sigs.

(15) Parafraseo el preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

marco territorial del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra. Fueron otras razones, de menor calado, más peregrinas, las que finalmente edificaron un sistema de protección en el que eran las demandas interestatales las llamadas a garantizar en primer lugar los derechos humanos reconocidos individualmente (art. 24 CEDH) y las que apartaron a un segundo plano, como cláusula facultativa, el derecho de los sujetos particulares a interponer demandas por presunta violación de alguno de sus derechos ante la Comisión Europea de Derechos Humanos.

La aceptación por los Estados europeos de la potestad para el individuo de reclamar ante un órgano jurisdiccional internacional no sería, sin embargo, del todo unánime. Por ello se prefirió, como transaccional, como compromiso intermedio, un mecanismo de protección obligatorio residenciado en un órgano con jurisdicción limitada a la admisión de los casos planteados y a la elaboración de un informe no vinculante, la ComEDH, y en un órgano político, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, a quien una vez remitido el informe de la Comisión, con jurisdicción sobre el fondo, le tocaría decidir por mayoría de tres quintos sobre la existencia o no de violación en cada caso concreto y ante los que sólo podían reclamar los Estados parte en el Convenio. Sólo con carácter facultativo, es decir, sólo contra aquellos Estados que aceptasen la disposición del artículo 25 CEDH, se consentía la demanda interpuesta por un particular ante la Comisión. Si se aceptaba dicha cláusula facultativa el procedimiento que principiaba por demanda individual tenía, *grosso modo*, el mismo tratamiento que el estipulado para las demandas interestatales, es decir, un proceso en el que la última palabra la tenía el órgano político, el Comité de Ministros. Además, mientras que ante este Comité el particular carecía de *locus standi*, el Estado en causa no sólo podría defenderse, sino que conservaría su puesto en el Comité de Ministros que habría de resolver el caso; el Estado en causa como juez y parte, si se quiere decir así.

El sistema de protección perfeñado era desde este punto de vista imperfecto, pero, con la mirada retrotraída a 1950, era quizá el único sistema sobre el que podría existir acuerdo. Se había conseguido, no obstante, por vez primera, que para la defensa de sus derechos humanos, fundamentales, el individuo no requiriese ni la interposición ni la mediación de ningún Estado al modo de la ya paraclitada o al menos criticada y en desuso protección diplomática. Era al sujeto particular, como sujeto pleno de derecho, a quien correspondía defender, *de motu proprio*, los derechos que desde el Derecho Internacional se le reconocían (16). El que la garantía fuese política, frente a la judicial, no desdice para nada este hecho. Jurisdicción existe en cualquiera de los dos casos.

El CEDH también preveía un control judicial, eso sí, de carácter facultativo. Se aceptaba, por tanto, que un órgano independiente viniese a decidir en derecho y en proceso público sobre la violación alegada. Pero una vez más era el titular de los derechos el que iba a pagar los platos rotos del miedo expresado por los Estados a una avalancha de infundados o abusivos recursos ante dicha instancia judicial. En el plazo de tres meses desde la recepción por el Comité de Ministros del informe de la Comisión, esta misma o un Estado interesado podrán diferir el caso al TEDH (art. 48 CEDH). Se le niega al individuo la capacidad para acceder al TEDH y en principio no se le reconoce ni tan siquiera *locus standi in iudicio* (17). El compromiso adquirido en 1950 fue dulcificándose con el paso del tiempo y con diferentes reformas, del Convenio y reglamentarias, el titular de los derechos fue adquiriendo mayor protagonismo en el trámite procesal ante el TEDH.

Pero esa es otra historia, la que acaba en el Protocolo 11 y que comienza el día de la entrada en vigor del Convenio originario y que ahora analizaremos. La pretensión de esta introducción no era otra que la de situar al lector frente a una realidad que en el discurso constitucionalista a menudo se olvida: la doble titularidad de derechos, humanos y fundamentales, de la que participan los sujetos individuales bajo nuestra Constitución y bajo el Convenio. Derechos éstos que, necesariamente, por su mismo fundamento y finalidad están llamados a coincidir y sistemas de protección que están condenados a coordinarse.

A continuación expondremos lo que a nuestro parecer son los elementos positivos y negativos de la reforma propiciada por el Protocolo 11 al CEDH. Para ello sirve también esta introducción. La conexión de sentido de todo este contexto pretende situarse en el hombre como doblemente titular de unos derechos, constitucionales e internacionales, que por su contenido podemos englobar en la categoría de fundamentales. Sirvan pues las siguientes páginas para admitir la existencia de un marco europeo de derechos sustentado en el Convenio y las Constituciones.

(16) Dicho esto zanjamos la cuestión relativa al valor interno, dentro de cada Estado parte, del CEDH. Independientemente de su aceptación como norma «estatal» o no, del rango normativo del Convenio, una vez incorporado al ordenamiento interno, el sujeto individual es receptor de los derechos reconocidos en el Convenio. Su recepción, sin embargo, es deseada en la medida que el Convenio es un sistema subsidiario de garantía de derechos, que requiere, por tanto, la aplicación en el interior de cada Estado para perfeccionarse.

(17) Sorprende que aún hoy, incluso en boca de juristas, se oiga la expresión: «... y si el TC no me da la razón, acudiré al Tribunal de Estrasburgo». Todavía no conozco a ninguna persona dependiente de la jurisdicción española que en un caso concreto contra el Reino de España haya accedido por sí misma al TEDH.

2. PERFECCIONES EN EL PROTOCOLO 11 AL CEDH

No cabe duda de que el elemento más destacado del Convenio es, como acaba de verse, la incorporación del reconocimiento obligatorio del derecho de los particulares a presentar directamente sus recursos ante la instancia judicial internacional concretada en el nuevo TEDH (18).

«La Cour peut être saisie d'un requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit» (19).

Por tratarse de un Protocolo de enmienda al Convenio es requisito imprescindible para su entrada en vigor la ratificación por todos los Estados partes en el Convenio, por lo que ratificación del Protocolo implica la aceptación del derecho del recurso individual ante el TEDH. Consecuencia directa y lógica del reconocimiento del derecho de acción en favor del particular es que el proceso que se inicia a su instancia vendrá rodeado de todas las garantías procesales requeridas para hacer del proceso ante el Tribunal un juicio justo. El individuo y el Estado quedan así constituidos ante el TEDH como partes procesales en plena igualdad. El particular, caso de ser admitida su demanda, se encontrará así, frente a frente en igualdad, ante el Estado presuntamente infractor del Convenio (20).

Sin embargo, ni tan siquiera este manifiesto avance resulta del todo novedoso en la historia procesal del Convenio. Comenzando por el último de los as-

(18) Que se trata de un derecho individual de naturaleza procesal lo ha reconocido el propio Tribunal en la sentencia del caso Cruz Varas c. Suecia, A201, de 20 de marzo de 1991: «Il confère de la sorte au réqueant un droit de nature procédurale, à distinguer des droits matériels énumérés au titre I de la Convention et dans les protocoles additionnels. Il résulte toutefois de l'essence même de ce droit que les particuliers doivent pouvoir se plaindre de sa méconnaissance aux organes de la Convention. A cet égard aussi, la Convention doit s'interpréter comme garantissant des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoire», párr. 99, pág. 36.

(19) No insistiremos más en que éste era antes un derecho que se ejercita ante la Comisión y siempre y cuando el estado en causa hubiese aceptado la cláusula facultativa del artículo 25 del antiguo Convenio; «... en el caso en que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia», artículo 25.1, *in fine*, de dicho Convenio.

(20) Si el anterior Reglamento del TEDH ya lo hacía el nuevo Reglamento del Tribunal con más razón. La equidad en el proceso queda manifiestamente asegurada.

pectos que señalamos —la igualdad procesal de las partes— hay que recordar que el antiguo Tribunal, ya desde su primera sentencia, caso *Lawless c. Irlanda* (21), se planteó la posición procesal del particular. Una interpretación estricta del anterior Convenio impedía con carácter absoluto la participación del particular en la instancia judicial que finalmente dictaría la resolución que afectaría al núcleo de sus derechos. Tan sólo tenían la consideración de partes procesales la Comisión y el Estado defensor y sólo a éstas les estaba reconocido *locus standi* ante el TEDH (22). Pero ya desde este primer caso la ComEDH, haciendo uso del artículo 76 de su Reglamento, quiso hacer de intermediario entre el TEDH y el particular. Para ello solicitó que a lo largo de la instancia judicial la Comisión pudiera transmitir al TEDH las opiniones recabadas directamente por la Comisión del particular y para ello solicitaba del Tribunal que se le reconociese su papel de interlocutor entre el particular y el propio Tribunal (23). El TEDH en la segunda sentencia del caso *Lawless* no se opuso a ninguna de las demandas de la Comisión, si bien con la siguiente salvedad: que en ningún caso resulte del rol reconocido a la Comisión, que la persona designada por el particular para representarle ni el particular mismo, podrán ser consideradas como partes en el proceso ante el TEDH (*locus standi in iudicio*) (24). Esta jurisprudencia del TEDH alcanzaría su máxima expresión cuando diez años después, en el conocido caso de los vagabundos belgas, el mismo Tribunal aceptó que entre los delegados de la Comisión ante el TEDH se encontrase el que había sido representante legal de los recurrentes ante la Comisión. Ante la protesta del Estado belga, el TEDH afirmó que según el artículo 29 de su Reglamento, la Comisión puede hacerse asistir de la persona o personas que estimase adecuada en los procesos ante el Tribunal. No obstante, insistiría en su idea inicial de que tal posibilidad no debía alterar el *numerus clausus* de legitimados para diferir un caso ante el TEDH (Estados y Comisión, arts. 44 y 48 CEDH), ni tampoco otorgar la condición de parte en el proceso a quien según Convenio no la tiene (25).

(21) Sentencias de 14 de noviembre de 1960 (A1), de 7 de abril de 1961 (A2) y de 1 de julio de 1961 (A3).

(22) Conforme al anterior Convenio, artículo 44, únicamente los Estados y la Comisión «ont qualité pour se présenter devant la Cour».

(23) El Gobierno irlandés se opuso abiertamente a tal pretensión. A su entender, «... l'individu n'a aucun rôle à remplir, ni devant le Comité des Ministres, ni devant la Cour; qu'un fois le rapport adopté par la Commission, l'individu "disparaît" de la procédure» (*Lawless c. Irlanda*, A1, pág. 12).

(24) Sentencias *Lawless c. República de Irlanda*, 7 de abril de 1961, A2, pág. 24.

(25) A partir de esta sentencia en todos los procesos ante el TEDH la Comisión contó entre sus delegados con el representante designado para tal efecto por el particular que en su día re-

La doble personalidad a la que con este sistema se condenaba a la Comisión, coadyuvante del TEDH en la defensa de orden público europeo e intermediaria del particular, obligó a buscar una solución vía Reglamento del Tribunal, evitando así una reforma del propio Convenio. Así, a partir del 1 de enero de 1983, el artículo 33 RTEDH determinaría que desde la recepción de la demanda por el Tribunal, su secretaría daría traslado de una copia de ésta, entre otros, a la persona física, la organización no gubernamental o al grupo de particulares que hubiesen recurrido a la Comisión en virtud del artículo 25 CEDH. Igualmente, se le invitaría a participar en el procedimiento ante el TEDH y, caso de aceptación, a que designase la persona que la fuese a representar. Desde entonces puede decirse que el particular en el proceso ante el TEDH asume pleno *locus standi*. De hecho, el particular podría aconsejar al Tribunal la adopción de medidas provisionales (art. 36 RTEDH), depositaría, en su caso, una memoria y recibiría las presentadas por las partes en el proceso o por cualquier otra persona o institución que haya intervenido (art. 37 RTEDH), sería consultado para la fijación de las fechas de las audiencias (art. 38 RTEDH), podría proponer a testigos o peritos (art. 41 RTEDH), interrogarlos (art. 45.2 RTEDH) y, en su caso, recusarlos (art. 44 RTEDH). Finalmente, podría el recurrente presentar en su memoria la demanda que considere justa respecto del artículo 50 CEDH. Puede afirmarse, en consecuencia, que todas estas facultades determinaron para el particular un razonable estatuto jurídico de parte en el proceso (26). Todos estos pequeños y lentos pasos en la dirección apuntada por el Movimiento Europeo en 1948, la atracción para el Derecho Internacional de los sujetos individuales, novándolos en sujetos de derechos y actores de su defensa, fueron así, a través de una reinterpretación del Convenio vía jurisprudencia y reglamento, confirmándose, sin que la oposición de los Estados fuera un escollo insalvable (27).

currió vía artículo 25 CEDH. En el caso *Van Oosterwijck c. Bélgica*, Sentencia de 6 de noviembre de 1980 (A40), a la delegación de la Comisión ante el Tribunal se incorporó el propio particular recurrente.

(26) El primer caso en el que el recurrente se personaría ante el Tribunal independientemente de la Comisión, fue en el caso *Goddi contra Italia*, Sentencia de 9 de abril de 1984, A76. Como se hace constar en la publicación de la sentencia se trata del primer caso diferido al Tribunal después de la entrada en vigor del nuevo Reglamento (fue remitido por la Comisión el 6 de enero de 1983 y el Reglamento había entrado en vigor cinco días antes). En virtud del artículo 33.3.d) RTEDH el recurrente aceptó la invitación para intervenir en el proceso cursada por la secretaria del Tribunal. En las audiencias públicas, por vez primera, comparecerían el Gobierno, la Comisión y, entre ambos, el recurrente mediante su representante.

(27) En este sentido, P. MAHONEY: «Developments in the Procedure of the European Court of Human Rights: the revised Rules of Court», *YearBook of European Law*, núm. 3, 1983, págs. 127-167, en concreto, págs. 127-136.

Sobre el derecho de acción como derecho de los particulares para diferir su caso ante el TEDH también existe un precedente. En esta ocasión se trataba de la reforma introducida por el Protocolo 9 al Convenio y en la que, mediante reforma de los artículos 44 y 48 CEDH se le concedía al particular el derecho para recurrir ante el TEDH (28). Se trataba de un protocolo facultativo (29), por lo que, en consecuencia, su entrada en vigor en 1994 sólo afectó a los estados que lo ratificaron (30). El informe explicativo a este Protocolo traduce de forma elocuente las pretensiones de la reforma:

«Le fait de permettre à l'individu lui-même de décider de porter son affaire devant la Cour —plutôt que de le laisser continuer à dépendre de la Commission ou d'un État à cette fin— complète simplement la structure existante. La situation par laquelle l'individu a obtenu la reconnaissance de droits mais non la possibilité d'exploiter pleinement le mécanisme de contrôle prévu pour les faire respecter pourrait être aujourd'hui considérée comme une incohérence par rapport à l'esprit de la Convention, sans même mentionner le problème de sa compatibilité avec les procédures juridiques dans le droit interne des Etats parties» (31).

Mas dicha reforma no era tan perfecta y plena como a simple vista pudiera parecer. De la reforma introducida por el Protocolo 9 se deduce que lo que al particular se le concede no es el derecho a recurrir, sino el derecho a diferir. Y la diferencia entre ambas instituciones es significativa. Mientras que los Estados y la Comisión obligan al TEDH a resolver el caso que se le plantea cuando le plantean un caso *ex* antiguo artículo 48 CEDH, el particular, vía la reforma introducida por dicho protocolo nono, podrá ver como su caso, pese a ser diferido al TEDH, es devuelto por éste al Comité de Ministros, quien definitiva-

(28) Lógicamente también resultaron reformados los artículos 31 y 48 CEDH; por el primero se obligaba a la Comisión a dar traslado de su informe definitivo al particular; por el segundo se incorporaba al elenco de legitimados para recurrir ante el TEDH al particular.

(29) Por tratarse de un protocolo facultativo y de una reforma de este género, apartir de su entrada en vigor, 1 de enero de 1994, el sistema de protección del Convenio era doble. Uno aplicable a los procedimientos en los que los Estados defensores no hubiesen ratificado el protocolo nueve y otro para los Estados que si lo hubiesen ratificado. También obligó al TEDH a regirse por dos reglamentos de funcionamiento (a partir de entonces reglamento A —para los procesos sometidos al reglamento originario— y reglamento B —para los procesos en los que se haya de aplicar el CEDH tras su reforma por el Protocolo 9—).

(30) El Reino de España no lo ratificó. Por tanto, ningún particular pudo diferir una demanda al TEDH contra dicho Estado.

(31) Informe explicativo del Protocolo 9 al CEDH, en ediciones del Consejo de Europa, 1992, págs. 8-9. Igualmente, puede encontrarse una reproducción del Protocolo 9 y de su informe explicativo en RUDH, 1990, núm. 11, págs. 442-443.

mente será el que decida sobre la presunta violación del Convenio. Para que este rechazo por el Tribunal a conocer del caso presentado a instancia únicamente del particular recurrente fuera posible, el Convenio reformado introdujo la institución anglosajona del certiorari. El TEDH contaría así con un amplio margen de maniobra para decidir sobre si entrar a conocer o no de un caso a él diferido a la sola instancia del particular recurrente.

«Si l'affaire ne soulève aucune question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention, et si elle ne justifie pas, por d'autres raisons, un examen par la Cour, le comité peut décider, à l'unanimité, qu'elle ne sera pas examinée par la Cour. En pareil cas, le Comité des Ministres décide, dans les conditions prévues par l'article 32, s'il y a eu ou non violation de la Convention».

La experiencia ha demostrado la utilidad de la institución para rechazar *ad limine* la casi totalidad de las demandas diferidas por particulares al TEDH. Los Comités de filtro —instituidos para esta función por el Protocolo 9 al CEDH (32)— sólo han considerado que siete casos de las más de cien remisiones realizadas por particulares, planteaban alguna cuestión grave relativa a la aplicación o interpretación del Convenio (33).

A diferencia del Protocolo nono, el undécimo no puede acoger la figura del

(32) «Si une affaire n'est déférée à la Cour que sur la base de l'alinéa e du paragraphe 1, l'affaire est d'abord soumise à un comité composé de trois membres de la Cour. Fera partie d'office du comité le juge élu au titre de la Haute Partie contractante contre laquelle la requête a été introduite ou, à défaut, une personne de son choix pour siéger en qualité de juge. Si la requête a été introduite contre plus d'une Haute Partie contractante, le nombre de membres du comité sera augmenté en conséquence» (art. 48.2 CEDH tras la reforma del protocolo nueve).

(33) En concreto, los siete casos son los siguientes: Sentencia de Sala Gaygusuz c. Austria, núm. 14, 1996, v. IV, de 16 de septiembre; Sentencia de Sala Ceteroni c. Italia, núm. 21, 1996, v. V, de 15 de noviembre; Sentencia de Sala Nsona c. Países Bajos, núm. 23, 1996, vol. V, de 28 de noviembre; Sentencia de Sala Telesystem Tirol Kabel TV c. Austria, núm. 39, 1997, vol. III, de 9 de junio; Sentencia de Sala Rolf Gustafson c. Suecia, núm. 41, 1997, v. IBV, de 1 de julio; Sentencia de Sala Oberschlick, núm. 2 c. Austria, núm. 42, 1997, vol. IV, de 1 de julio y, por último, Sentencia de Sala K. B. D. c. Países Bajos, núm. 68, 1998, vol. II, de 27 de marzo. Resulta en extremo complejo analizar aquí brevemente cuáles han sido esas razones graves de interpretación o aplicación del Convenio que a juicio de los Comités de filtro requerían que el TEDH entrase a conocer los casos, causas por lo demás no expresadas en la sentencia y que sólo pueden extraerse analizando sus textos; por esta razón remitimos al lector a la lectura de las sentencias. A *sensu contrario*, sí resulta comprensible el abultado número de inadmisiones. Más del 90 por 100 de los casos rechazados por los Comités de admisión eran relativos al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 6.1 CEDH), aspecto del derecho a un juicio justo sobre el que el TEDH tenía ya una jurisprudencia muy asentada.

certiorari, al menos en primera instancia. El TEDH es, a partir del 1 de noviembre de 1998, el único órgano de garantía del Convenio por lo que no puede declinar la toma de decisión en favor de otro. Las causas de inadmisión con las que cuenta el Tribunal son, por tanto, las mismas que existían bajo el anterior Convenio y de las que, por su posición en el anterior mecanismo de protección, hizo uso preferentemente la extinguida Comisión. El nuevo y exclusivo órgano de garantía, el TEDH, asume en este sentido la competencia del que fuera entonces órgano de admisión. Entre las causas de inadmisión se encuentran por un lado los requisitos formales propios de un mecanismo de garantía subsidiario: agotamiento de la vía interna previa y recurso presentado en el plazo máximo de seis meses desde la última decisión interna definitiva (art. 35.1 CEDH); por otro, la inadmisión por causas atribuibles a la identificación de la persona que reclama —la demanda no puede ser anónima— y la imposibilidad de replantear ante el TEDH casos examinados por esta instancia o por cualquier otra instancia internacional (art. 35.2 CEDH). Finalmente, el nuevo Tribunal, como antes la Comisión, podrá inadmitir aquellas demandas que estime incompatibles con las disposiciones del Convenio o que estén mal fundamentales o sean abusivas (art. 35.3 CEDH) (34).

Con el Protocolo 11, en definitiva, el individuo tiene acceso directo a una instancia jurisdiccional internacional de naturaleza judicial que resolverá tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo. En el sistema anterior, y salvo durante la corta vida del Protocolo 9 al CEDH, al particular le estaba vetado el acceso directo al TEDH. Normalmente su caso tenía que ser decidido por la mayoría de dos tercios —exigida en el antiguo art. 32 CEDH— de los Estados miembros del Comité de Ministros del Consejo de Europa. La diferencia entre uno y otro modelo es lo sustancialmente relevante como para no reconocer que con este nuevo sistema colectivo de garantía se hacen realidad las aspiraciones de los que en 1948 propusieron un control judicial internacional para la defensa de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo.

Como consecuencia directa de lo expuesto —un TEDH como única instancia de control del cumplimiento de las obligaciones del Convenio para los Estados y ante el cual el particular detenta acceso directo—, y entramos así en la que sería segunda gran perfección del Protocolo 11, la competencia del Comité de Ministros del Consejo de Europa para decidir por mayoría cualificada (35) sobre la existencia o no de la violación alegada desaparece. El Comité

(34) Véanse los artículos 26 y 27 del anterior Convenio.

(35) Dos tercios concretamente. El Protocolo 10 de reforma al CEDH que no entraría nunca en vigor, pues se requería para ello la aceptación de todos y cada uno de los Estados parte en el Convenio, pretendía reducir esa mayoría de cualificada a simple.

de Ministros del Consejo de Europa sale despedido del sistema de garantías ante la fuerza ejercida por los dos pilares del nuevo sistema de protección, único Tribunal y acceso directo del recurrente.

En la lógica del antiguo sistema colectivo de garantía, la intervención del Comité de Ministros resultaba ineludible. Dos circunstancias ya conocidas así lo requerían; primera: la Comisión europea de Derechos Humanos era un órgano con jurisdicción limitada a la admisibilidad de las demandas. Su informe sobre el fondo (antiguo art. 31 CEDH) no tenía carácter vinculante y, por tanto, tras su intervención se requería el conocimiento por un segundo órgano con jurisdicción sobre el fondo; segunda: no todos los casos admitidos a trámite, por diversas razones, tenían por qué llegar al TEDH. El Comité de Ministros era también un órgano dentro del mecanismo de protección (36) y ni la Comisión ni el Estado defensor estaban obligados a diferir su caso ante el Tribunal. El antiguo sistema de protección iba a caballo entre la protección diplomático-política y la judicial. El que fuese una u otra y salvo durante el período de vigencia del Protocolo 9 no dependía del particular que ante la Comisión había planteado la presunta violación de uno o varios de sus derechos reconocidos.

El Comité de Ministros devenía competente para decidir sobre la violación planteada si en el plazo de tres meses desde la recepción por este Comité del informe de la Comisión nadie había diferido el caso al TEDH. Lo que pudiera hacer el Comité de Ministros no venía en ningún caso determinado por el informe de la Comisión, permaneciendo libre, en consecuencia, para decidir en un sentido contrario al de la Comisión (37). Que la práctica haya deparado un alto porcentaje de decisiones coincidentes con la opinión de la Comisión es una muestra de lo dicho. Como ejemplo valgan igualmente las no decisiones del Comité, es decir, aquellos casos en los que por distintos motivos el Comité no llega a decidir sobre el caso (38).

(36) Así lo ha venido a reconocer el TEDH cuando un particular le ha diferido su caso en virtud del Protocolo 9 alegando el carácter político del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

(37) En 1950 se intentó por la Conferencia de Altos funcionarios que el Comité de Ministros viniese obligado a aceptar o rechazar en bloque el informe de la Comisión; tal propuesta fue rechazada motivando que convenía dejar al Comité de Ministros entera libertad de decisión. Ver *Rec. Trav. prép.*, t. III, pág. 649.

(38) Un primer grupo serían los cinco casos en los que el Comité de Ministros no alcanzó la mayoría de los dos tercios exigida por el Convenio: Huber c. Austria [Resolución DH (75) 2], *Asiatiques d'Afrique orientale c. Reino Unido* [Resolución DH (77) 2], *Dores y Silveira c. Portugal* [Resolución DH (85) 7] y *Warwick c. Reino Unido* [Resolución DH (89) 5]; otro grupo lo constituyen aquellos casos en los que el Comité de Ministros no ha tomado ninguna decisión por razones políticas: *Habitants des Fourons c. Bélgica* [Resolución DH (74) 1] y *Eggs c. Suiza* [Resolución DH (79) 7].

Estas razones, más las ya anunciadas como la carencia absoluta de *locus standi* para el particular ante el órgano de decisión o la presencia del estado defensor en las deliberaciones y toma de decisión del Comité de Ministros, son suficientes como para felicitarse por la entrada en vigor del Protocolo 11. La pretendida plena judicialización del sistema de garantía colectiva de protección de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio requería la eliminación de la competencia jurisdiccional atribuida a un órgano político con el que siempre se corría el riesgo de adoptar decisiones definitivas huyendo del Derecho.

Otras perfecciones de menor rango son, por ejemplo, la consolidación del TEDH como un Tribunal permanente (art. 19 CEDH), lo que es posible que conlleve una rebaja del tiempo empleado para resolver los recursos. En el mismo sentido, al desaparecer la Comisión, se elimina del sistema la doble instancia, Comisión-Comité de Ministros o Comisión-Tribunal, que hacía en ocasiones demasiado lenta la instancia europea. La concentración de todo el proceso ante un único Tribunal puede favorecer esta pretensión de ajustar el tiempo del proceso a la exigencia del artículo 6 CEDH, juicio justo sin dilaciones indebidas. Esta pretensión enlaza con el capítulo dedicado a las imperfecciones.

3. IMPERFECCIONES EN EL PROTOCOLO 11 AL CEDH

Cuando por vez primera se planteó la conocida como fusión de la Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos en un único Tribunal, ya se arguyó la razón que, a la postre, haría las veces de *leitmotif* en el proceso de gestación del Protocolo undécimo al Convenio (39): el sistema europeo de control del orden público instaurado por el Convenio había sido víctima de su propio éxito. Se trataba, como resulta evidente, de una cuestión cuantitativa que, sin embargo, iba más allá de la mera consideración numérica. Hacia 1985 tanto la Comisión como el Tribunal comenzaron a verse desbordados en su trabajo. Los factores que propiciaron este efecto de bola de nieve paralizante sobre la maquinaria de protección del Convenio provenían de los planos político, sociológico y jurídico.

A nivel político el número de Estados miembros del Consejo de Europa y

(39) Efectivamente, se le atribuye al tándem Frowein-Trechsel, antiguos miembros de la Comisión, la idea de la fusión de ambos órganos. Desde entonces en sus escritos aparece la idea que comentamos. Véanse a este respecto las actas de la conferencia de Neuchatel de 1985 publicada en *HRLJ*, vol. 9, núm. 1, 1987, págs. 1 y sigs., donde son precisamente los dos profesores citados los autores de las dos primeras ponencias.

partes en el CEDH no dejaba de crecer y con él, consiguientemente, el número de potenciales y efectivos recursos individuales. Además ya por aquel entonces la mayor parte de los estados habían reconocido tanto la cláusula facultativa del recurso individual como la de la jurisdicción del TEDH (antiguos arts. 25 y 46 CEDH). Sociológicamente, el Convenio iba siendo cada día más conocido. La calidad de las sentencias del TEDH y el efecto amplificador de la prensa, eran un buen escaparate para dar a conocer un mecanismo de protección que además de accesible resultaba eficaz. En el plano jurídico, los ejercientes de la profesión jurídica comenzaban a tener en cuenta la vía subsidiaria que Estrasburgo les abría, con lo que el número de demandas individuales presentadas por abogados y consiguientemente, más complejas, aumentaban progresivamente; a la par crecía también el número de demandas admitidas a trámite y, por ende, el número de demandas que por la Comisión eran, tras informe *ex* antiguo artículo 31 CEDH, remitidas al TEDH (40).

Las consecuencias que sobre los órganos de garantía del Convenio traería un aumento del número de demandas son las mismas que padecen similares instancias jurisdiccionales internas, con un añadido. Conforme al antiguo Convenio tanto la Comisión como el Tribunal no eran órganos permanentes. Comisarios y Jueces podían compatibilizar sus cargos con funciones profesionales que no fueran incompatibles con la independencia debida. Comisión y Tribunal se reunían en contadas y fijas sesiones semanales que a pesar de que cada año fueron en aumento no podían llegar al límite de impedir esta compatibilidad. Nótese que ni unos ni otros cobraban un sueldo fijo por su labor, sino que sus haberes se devengaban por día de trabajo concluido.

(40) En el conocido coloquio de Neuchatel de 1986, Trechsel, a la sazón miembro de la Comisión Europea de Derechos humanos aportaba los siguientes datos, tomando como referencia los períodos 1955-1972, 1973-1980 y 1981-1985 de actividad del sistema de protección. Durante la primera fase el número de demandas registradas por la Comisión fue de 330, en el segundo período 407 y en el tercero 535. En los tres citados períodos el número de demandas admitidas a trámite que contaron con la participación de un letrado tuvieron también un aumento considerable: así en la primera sólo un 20,5 por 100 estuvieron desde el principio asesoradas por un técnico en Derecho, en la segunda lo sería un 32,7 por 100 y en la tercera un 41 por 100. Las demandas inadmisibles de plano, es decir, sin ni siquiera comunicación al Estado al que se imputa la violación, disminuyeron considerablemente de una a otra etapa: 94 por 100 en la primera, un 82,8 por 100 en la segunda y un 80 por 100 en la tercera. Finalmente, el número de demandas admitidas a trámite se incrementaría de una fase a otra: si en el primer período considerado, una de cada cincuenta demandas era admitida a trámite, en la segunda lo sería una de cada veintiocho y en la tercera una de cada once. Por otra parte, hasta 1972 sólo un caso por año era remitido al TEDH por la Comisión, hasta 1980 eran tres y a partir de 1981 ha incrementado hasta 12. Véase, S. TRECHSEL: «Towards the merger of the supervisory organs: seeking a way out of the deadlock», *HRLJ*, vol. 8, núm. 1, 1987, págs. 14-15.

La sobrecarga de trabajo conllevó obviamente un aumento del tiempo dedicado a la resolución de cada caso, si bien esta conclusión no es del todo cierta. Puede afirmarse que en 1985 el tiempo dedicado por la Comisión para la resolución de un caso concreto se había mantenido inalterable desde sus orígenes hasta esa fecha, en torno a las cuarenta semanas. Más pesaba el número de demandas que con el calificativo de pendientes se iban acumulando en los archivos de la Comisión (41). Es decir, lo que dificultaba la tarea de la Comisión era el creciente volumen de trabajo, pues el número de casos sin atender iba en considerable aumento (42).

Esta realidad cuantitativa convivía con otra realidad de naturaleza cualitativa. El sistema de protección de Estrasburgo, fruto de la transacción a la que se llegó en 1950, era un sistema de doble instancia obligada. Al informe de la Comisión le seguía en el proceso judicial, no en el político, una sentencia del TEDH; es decir, cada caso era analizado minuciosamente por dos órganos que, si no tenemos en cuenta el carácter jurisdiccional o no de su decisión, analizaban y decidían sobre el fondo del asunto (43). Esta doble instancia retrasaba aún más, si cabe, el proceso de decisión (44) e introducía en el mecanismo de protección un elemento de complejidad (45) que en la mitad de la década de los ochenta, con la mayor parte de los Estados habiendo aceptado las conocidas cláusulas facultativas, resultaba, por causas ya analizadas anteriormente, inaceptable. La judicialización plena del procedimiento, por otro lado, presuponía la derogación de las cláusulas facultativas

(41) En 1985 la Comisión tenía 900 demandas pendientes, de las cuales quinientas no habían sido ni siquiera analizadas preliminarmente; S. TRECHSEL: *Op. cit., supra*, pág. 15.

(42) Por este motivo se ratifica el protocolo núm. 8 al CEDH. Hasta su entrada en vigor (1 de enero de 1990), la Comisión debía resolver todos sus casos en Pleno. Desde entonces podrá decidir sobre el fondo del asunto en salas de al menos siete miembros y analizar la admisibilidad en comités de tres miembros. Ver concretamente el antiguo artículo 20.2 y 3 CEDH tras la entrada en vigor del Protocolo 8.

(43) Con el paso de los años la Comisión ha sufrido un fenómeno de judicialización. Sus informes, a menudo seguidos por las sentencias del TEDH, son comparables pero sin sus efectos a una sentencia de primera instancia.

(44) El tiempo medio que tarda una demanda en ser decidida por el Comité de Ministros o el TEDH es de cinco años. Si a ello añadimos el tiempo transcurrido en la defensa del presente derecho violado en las instancias internas, estamos lejos de poder decir que el sistema de protección del CEDH cumple las exigencias de su propio articulado material: el derecho a un proceso justo sin dilaciones indebidas (art. 6.1 CEDH).

(45) La complejidad no era sólo por la existencia de un informe y una decisión sobre el mismo asunto. Se trataba de que para cada caso había duplicidad de todo el procedimiento: dos audiencias, dos memorias, dos análisis del fondo e incluso a veces dos exámenes de la admisibilidad o de intento de arreglo amistoso.

y, en consecuencia, la concesión al individuo del derecho a acceder al Tribunal europeo.

Los grupos de propuestas para la mejora del sistema de protección pueden resumirse en los dos proyectos planteados uno por los gobiernos de los Países Bajos y Suecia y otro, que finalmente sería el adoptado, que naciera en el transcurso de un encuentro entre miembros de la Comisión con la Dirección de Derechos del Hombre del Consejo de Europa y que recibiría el definitivo impulso político a raíz de la propuesta suiza en la Conferencia de Viena del COE en 1985 (46). En el primer proyecto, se apostaba por realizar los mínimos cambios posibles en el sistema de garantía con la intención de obtener así el mayor consenso posible. Consistía, resumido brevemente, en transformar a la Comisión —órgano cuasi sin jurisdicción sobre el fondo— en un Tribunal de primera instancia cuyas decisiones fueran lógicamente vinculantes. El actual Tribunal se transformaría en cámara de apelación que, mediante la instauración de la figura del certiorari, sólo admitiría aquellos casos que implicasen una gravedad importante en la aplicación o interpretación del Convenio. El Comité de Ministros, consecuentemente, abandonaría su competencia para decidir sobre la violación *ex* artículo 31 CEDH y sólo mantendría su facultad para la vigilancia de la ejecución de las sentencias de primera o segunda instancia.

El segundo proyecto nace con la pretensión de reunir en un único órgano judicial las competencias de los anteriores Comisión y Tribunal. Es por ello por lo que se le conoce como propuesta de fusión. Un único órgano con jurisdicción obligatoria se ocuparía de la admisión, de la consecución de un arreglo amistoso, del establecimiento de los hechos y de dictar una resolución final en forma de sentencia y con carácter vinculante. De optarse, como se hizo, por esta propuesta, se reduciría considerablemente el plazo de tiempo invertido para la resolución de cada caso concreto, con lo que se aliviaría considerablemente el volumen de trabajo acumulado sobre todo en sede de la Comisión. Todo ello sin tener que volver a insistir en la superación de los vicios estructurales de los que adolecía el sistema anterior y que con la instauración de un único Tribunal quedarían superados. Se trataría además, ya lo hemos dicho, de un Tribunal único permanente con sede en Estrasburgo, lo que aumentaría el ritmo de trabajo respecto de la anterior etapa.

Sin embargo, con esta última propuesta, no así con la primera, se perdía el

(46) Sobre la particular historia de la gestación del Protocolo 11, en castellano, A. SÁNCHEZ LEGIDO: *La reforma del mecanismo de protección del CEDH*, 1995, págs. 151-165, y J. A. CARRILLO SALCEDO, M. C. ARCOS VARGAS y A. SALADO OSUNA: «La Declaración de Viena de los Jefes de Estado y Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa (9 de octubre de 1993)», *Rev. de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm. 1, 1994, págs. 119-136.

obligado doble análisis que de un mismo caso se hacía con el sistema de protección anterior. Para algunos con esta medida se rechazaba voluntariamente una considerable ventaja, el examen detenido de las cuestiones importantes que llegaban a Estrasburgo por dos órganos independientes. Quienes negaban el carácter de ventaja a dicho doble examen lo justificaban afirmando que en la mayoría de los Estados parte el Convenio forma parte del ordenamiento interno, por lo que las cuestiones importantes de las que conocerían Comisión y Tribunal ya habían sido analizadas desde la óptica del Convenio por más de un órgano competente interno en el marco de la exigencia del agotamiento de la vía de recursos internos.

Toda esta disyuntiva desembocó en la redacción del que hoy conocemos como Protocolo 11 al CEDH. Por el contenido de dicho Protocolo puede deducirse que el conjuro contra los males de que adolecía el anterior sistema consistía en la constitución de un solo órgano, un nuevo TEDH, que viniera a reunir en su jurisdicción las facultades de la extinta Comisión y el extinto TEDH. Sin embargo, y en contra de lo que pudiera parecer, con la instauración de un único Tribunal no se pierde la doble instancia. ¿Cómo es ello posible? Veámoslo, iniciando así el capítulo de las imperfecciones.

Antes de nada es lógico que hagamos una breve referencia a la estructura interna del nuevo Tribunal. La articulación interna básica del TEDH está compuesta por cuatro secciones elegidas por el Tribunal en sesión plenaria por un plazo de tres años. Cada sección está formada por diez magistrados, contando cada una de ella con un presidente de sección y un secretario. En la composición de las secciones se procurará una distribución de los magistrados equilibrada, atendiendo a su origen geográfico, a la distribución de sexos y a su cultura jurídica. De cada una de estas secciones surgirán las Salas de siete jueces para la resolución de cada caso concreto. Son Salas *ad hoc* y para su formación se seguirá un sistema rotativo en el seno de cada sección. Forman parte de la Sala de pleno derecho el presidente de la sección y el magistrado elegido a título del estado defensor. El resto de miembros de la sección son considerados suplentes. Cada sección elegirá en su seno un número indeterminado de comités de tres miembros por un plazo de un año para resolver sobre la admisión de los casos atribuidos a cada sección. En un nivel superior el TEDH cuenta con una Gran Sala. Su formación estará integrada por diecisiete jueces y será constituida por tres años. Forman parte de pleno derecho de la Gran Sala el presidente y vicepresidentes del Tribunal y los presidentes de sección. El resto de magistrados llamados a formar parte de la Gran Sala serán elegidos por rotación de entre los dos grupos de jueces en que han quedado distribuidos el resto de magistrados. Los jueces de cada uno de estos grupos llamados a formar parte de la Gran Sala serán permanentes para conocer de todos los casos que le

sean remitidos durante el plazo de nueve meses, el resto de magistrados de ese grupo no elegidos quedarán en calidad de suplentes (47).

Conforme al CEDH surgido tras la ratificación y entrada en vigor del Protocolo 11, las demandas de procedencia individual son analizadas en primer lugar por un comité de admisión compuesto por tres magistrados. Este comité tendrá plenas facultades para inadmitir, si así lo decide unánimemente y si la inadmisión puede ser decidida sin mayor examen del caso (art. 28 CEDH). De no haber dicho Comité resuelto en el sentido de la inadmisión, el caso es recepcionado por una Sala compuesta por siete jueces, quienes serán competentes para decidir tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo. No obstante, y como se disponía en el Reglamento del antiguo Tribunal, una Sala podrá inhibirse en favor de una Gran Sala (17 jueces de entre los cuales formarán parte, *ex lege*, el presidente de la Sala que se inhibe y el juez a título del estado defensor que ya era miembro de la Sala) cuando a su consideración un asunto plantee cuestiones graves relativas a la interpretación o aplicación del Convenio o en caso de posible contradicción con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal. La salvedad respecto del sistema anterior es la que a nuestro juicio se muestra como primera imperfección; el artículo 30 CEDH que es el relativo a la inhibición añade: «a menos que una de las partes se oponga a tal inhibición». ¿Qué se ha pretendido conseguir con esta facultad de naturaleza negativa concedida a las partes? Puesto que el sentido de la institución de la inhibición es claro, mantenimiento de la coherencia en la obra jurisprudencial del Tribunal a través de la figura del precedente, no se alcanza a entender por qué las partes, particular recurrente o Estado defensor, podrán oponerse con efecto constitutivo a los deseos de la Sala de inhibirse en favor de una composición del TEDH más numerosa en jueces (48). La respuesta sólo la podremos extraer analizando la novedad que incorpora el Protocolo 11 al organizar el funcionamiento del Tribunal.

Conforme al artículo 43 CEDH: «1. Dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt d'une Chambre, toute partie à l'affaire peut, dans des cas exceptionnels, demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre. 2. Un collège de cinq juges de la Grande Chambre accepte la demande si l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention ou de ses protocoles, ou encore une question grave de caractère

(47) Véanse concretamente los artículos 27 a 30 del CEDH y artículos 24 a 27 del Reglamento del Tribunal.

(48) La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa se opuso a la facultad otorgada a las partes en el proceso para impedir la inhibición. Así, la opinión de la Asamblea de 25 de enero de 1994 en *RUDH*, 1994, pág. 57.

général.» Es decir, las sentencias de las Salas no son definitivas hasta transcurridos tres meses desde su aprobación, hasta entonces podrán ser recurridas por cualquiera de las partes en el proceso. Esta posibilidad obligó a los redactores del nuevo Convenio, así se expresa en el informe explicativo al Protocolo 11, a permitir que las partes mediante expresa oposición impidieran a la Sala inhibirse en interés de jurisprudencia en favor de la Gran Sala y todo ello evidentemente con una gran dosis de esquizofrenia: la misma parte que se opuso a la inhibición puede posteriormente recurrir la sentencia de la Sala ante la Gran Sala; la Sala que pretendía inhibirse puede dictar una sentencia que apartándose en mucho de la jurisprudencia anterior del Tribunal no sea nunca recurrida; la parte que no se opuso a la inhibición puede recurrir la sentencia dictada en Sala y ver su recurso inadmitido por el colegio de cinco jueces, y ello pese a invocar el mismo razonamiento que la Sala expuso cuando intentó inhibirse—inhibición que, por otra parte, hubiera operado automáticamente—; finalmente, un mismo Tribunal puede dictar dos sentencias contradictorias y una Gran Sala de apelación contará entre sus miembros con dos magistrados que ya participaron en el proceso de instancia (49).

Toda esta desordenada construcción surge a nuestro entender de una misma causa. La mala conciencia o la necesidad de conciliar posturas para alcanzar el requerido pleno acuerdo entre los Estados —el Protocolo 11, no se olvide, es un protocolo de reforma— obligó a no dejar arrinconadas las propuestas que como la de los Países Bajos o Suecia reclamaban el mantenimiento de la doble instancia. La fórmula final escogida para tal fin conciliador plantea problemas nuevos, como la posible disfunción y coherencia en la jurisprudencia del único Tribunal, y resucita problemas viejos, ya que no cabe duda de que la posibilidad de recurso ante la Gran Sala será empleada como arma dilatoria frente a una sentencia que de otra forma sería firme desde su aprobación y publicación (50). Si era difícil conciliar la inhibición con el recurso a la Gran Sala,

(49) Debe señalarse igualmente que en el Convenio se prevé la imposibilidad para los magistrados que han conocido de un caso en Sala de pertenecer a la Gran Sala que volverá a conocer del mismo caso (art. 27.3 CEDH).

(50) Este juego de dobles sentencias sobre un mismo caso hace que tanto el Convenio como el Reglamento del Tribunal hayan tenido que perfilar con detalle el momento en el cual las sentencias devienen definitivas y por consiguiente publicables. Es claro que las sentencias de Gran Sala son firmes desde la fecha en que se pronuncian (art. 44.1 CEDH); en cambio, las sentencias de Sala sólo podrán ser definitivas cuando las partes declaren que no demandarán el reenvío a la Gran Sala, cuando hayan transcurrido tres meses desde la fecha de la sentencia de Sala sin que se haya elevado el caso a la Gran Sala o cuando, por último, si se hubiese reenviado el caso a la Gran Sala o cuando, por último, si se hubiese reenviado el caso a la Gran Sala por una de las partes, el colegio de cinco jueces de la Gran Sala inadmite la demanda de reen-

mejor hubiera sido preferir a la primera en aras de la segunda, salvo que el sistema de revisión de sentencias de Sala se haya planteado como el derecho para las partes a una segunda instancia europea cuando sólo existe un único Tribunal, lo que no deja de ser un mal arreglo. Téngase en cuenta, además, que los motivos de inhibición y de recurso, prácticamente coincidentes, impiden que el derecho a demandar el reenvío a la Gran Sala en favor de las partes del artículo 43 CEDH pueda ser considerado como un derecho a reexamen del caso, pues éste sólo procederá en interés de ley o de jurisprudencia.

Lo lógico hubiera sido, pues, que ante la constitución de un único Tribunal, las partes sólo hubieran estado en disposición de recibir una única sentencia. La posibilidad, en consecuencia, de un recurso de reposición tras la primera sentencia debería, por las razones expuestas, haber sido rechazada durante la redacción del Protocolo 11. Por el contrario, y con la finalidad de preservar una línea coherente en la jurisprudencia del TEDH, debería haber sido dispuesta como obligatoria la inhibición de las Salas en favor de la Gran Sala en aquellos casos en los que se plantease una cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o cuando la Sala quisiera apartarse de un firme precedente. Este proceso de inhibición podía haberse diseñado en positivo para las partes en el proceso *ad hoc*, facultándoselas para que a su instancia la Sala hubiese tenido que pronunciarse motivadamente sobre la inhibición o no en favor de la Gran Sala o, en su caso, para que les fuera pedido su parecer en el caso de que la Sala hubiera decidido inhibirse *motu proprio*.

Como era de esperar el Reglamento del nuevo TEDH ha venido a paliar, con solvencia, el imperfecto ensamble que entre inhibición y derecho a una segunda instancia se sugería desde el Convenio. Conforme al artículo 72.1 y 2 RTEDH la Sala competente, siempre que no hubiese dictado sentencia, podrá inhibirse en todo momento en favor de la Gran Sala. De su intención de inhibición se dará traslado a las partes a través del secretario para que éstas en el plazo de un mes puedan presentar las objeciones que estimen oportunas y debidamente motivadas. Si dichas objeciones no convenciesen a la Sala, la oposición a la inhibición se considerará como no válida y la Sala procederá a trasladar el caso a la Gran Sala. Es decir, que conforme al nuevo Reglamento y conforme al que era nuestro criterio, el proceso de inhibición deviene un proceso contradictorio en el que la Sala habrá de considerar las alegaciones, a favor o en contra de la inhibición, de las partes, pero que en todo caso corresponde a la Sala

vío (art. 44.2 CEDH). Las sentencias de Sala, en tanto no sean definitivas, serán exclusivamente transmitidas al Comité de Ministros, a las partes y a los terceros que hubieren intervenido (art. 77.3 RTEDH).

decidir sobre si a la vista del caso concreto y de las objeciones presentadas el caso debe trasladarse a la competencia de la Gran Sala (51).

Respecto del derecho de las partes a reenviar a la Gran Sala los casos ya resueltos en Sala, el Reglamento añade ciertas precisiones que configuran esta facultad de reenvío como poder excepcional para las partes. Así, se afirma en el artículo 73 RTEDH que toda parte podrá proceder al reenvío a título excepcional. El Reglamento en ese mismo artículo hace recaer la carga de la prueba sobre la parte que promueve el reenvío: en la demanda se indicará la cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o la cuestión grave de carácter general que según la parte actora merece sea tratada por la Gran Sala. Es decir, que siguiendo la herencia jurisprudencial del antiguo Tribunal, el Reglamento cierra el paso a la que a buen seguro será avalancha de reenvíos al configurar el reenvío como la facultad extraordinaria para las partes de pedir que por las peculiaridades o gravedad que presenta su caso sea una composición de Tribunal integrada por un mayor número de jueces la que dicte sentencia definitiva (52).

Por esta razón es por lo que a la parte que plantea el reenvío se le exige que lo haga motivadamente; por ello será un colegio de cinco jueces de la Gran Sala quien podrá inadmitir el reenvío a la vista del expediente y por ello, tratándose en la inhibición y el reenvío de las mismas condiciones materiales que los hacen posible, será difícil que la parte que se opuso a la inhibición de la Sala motivadamente pueda después plantear el reenvío. A nuestro modo de ver, la figura del reenvío, tal y como ha sido diseñada por el Convenio y posteriormente por el Reglamento del Tribunal, se aleja suficientemente de la abierta posibilidad de replantear, a la manera de un recurso, casos ya enjuiciados por ese mismo Tribunal. Más bien se trata de facilitar al Tribunal, a través de las partes en el proceso, su labor de vigilancia a la hora de mantener una línea jurisprudencial coherente en la que no quepan contradicciones y en la que las Salas tengan precedentes de formaciones del Tribunal más amplias —Gran Sa-

(51) Exactamente el artículo 72.2 RTEDH afirma: «... Toute objection ne satisfaisant pas auxdites conditions sera considérée par la chambre comme non valable». Entendemos que el término condiciones comprende las causas que pueden justificar una inhibición: que el caso plantee una cuestión grave relativa a la interpretación o aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o cuando la solución de una cuestión planteada en el caso concreto pueda conducir a una contradicción con una sentencia anteriormente dictada por el Tribunal.

(52) Previendo un elevado número de reenvíos el Reglamento del TEDH ha facilitado la labor de los colegios de cinco jueces de las Grandes Salas. Conforme al artículo 73 RTEDH el colegio de cinco jueces que haya de decidir sobre la admisibilidad del reenvío examinará la causa conforme al expediente existente; sólo la admitirá a trámite si el caso plantea la enunciada gravedad y su decisión de inadmisión no tendrá necesidad de estar motivada.

la— para resolver casos que por su novedad o gravedad sea bueno poner al juicio de un mayor número de magistrados (53).

A menor escala pudiéramos encontrar otras imperfecciones en el esquema de protección diseñado por el Protocolo 11. Sin embargo, y salvo los dos apuntes que ahora se harán, es pronto para saber con qué escollos reales se va a encontrar la puesta en marcha del nuevo sistema de garantías. De entrada, pese a ser el TEDH un órgano permanente y pese a la existencia de múltiples formaciones desde la que el TEDH dictará su jurisprudencia, dos grandes salas y cuatro secciones de las que nacerán las salas para cada caso concreto (54), es difícil predecir si con este sistema se ajustará el procedimiento al plazo de tiempo exigido por un juicio justo sin dilaciones indebidas, principio este que fuera el inspirador de la reforma (55). Téngase en cuenta, además, que al nuevo Tribunal le corresponderá realizar toda la instrucción del caso en solitario, sin la inestimable ayuda que hasta ahora le prestaba la Comisión. No obstante, la consecución de este objetivo dependerá en buena medida, por ejemplo, del volumen y complejidad de las demandas individuales que se presenten contra actos u omisiones de los nuevos Estados del este de Europa, ahora partes en el CEDH, pero fundamentalmente de la voluntad del propio Tribunal sobre todo en la fase de admisión. La labor de la extinguida Comisión en este terreno es un buen ejemplo a seguir.

Segundo apunte y penúltimo. Hubiésemos preferido que en aras de una mayor independencia objetiva de los jueces del TEDH sus cargos hubieran sido de una mayor duración, antes eran por nueve años ahora lo son por seis, y no se hubiese permitido su renovación. No creo que tengamos que detenernos en justificar nuestra opinión (56).

(53) Estas mismas dudas en P. WACHSMANN: «La nouvelle structure», en la obra colectiva *Le Protocole n.º 11 à la CEDH*, 1995, págs. 9-29.

(54) Las que pueden ser llamadas bocas del TEDH, pues son sus resoluciones de un único tribunal, el TEDH.

(55) Sin duda, una de las mayores críticas a la reforma contenida en el protocolo 11 y a sus promotores en M. A. EISSEN: «L'aspect institutionnel du Protocole n.º 11 à la Convention», *Bull. Dr. H.*, núm. 4, 1995, págs. 3-17, quien llega a hablar de la reforma como la cortina de humo de una maniobra política que pretende colapsar el sistema europeo de protección de derechos.

(56) El número de jueces será igual que el de Altas Partes contratantes del Convenio (art. 20 CEDH). Son elegidos como en el sistema anterior por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a título de cada Alta Parte contratante de entre una lista de tres candidatos presentada por dichas Altas Partes (art. 22 CEDH). La duración de un mandato es de seis años, siendo reelegibles. Como novedad, lo que no deja de ser curioso, el Convenio dispone que a la edad de setenta años los jueces perderán dicha condición, concluyendo así su mandato por un límite de edad. Sobre la forma en que la elección de los jueces del nuevo Tribunal se ha llevado a cabo véase el completísimo artículo de J. F. FLAUS: «Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour eu-

Finalmente, no sabemos a ciencia cierta cómo un Tribunal podrá hacer compatible su función con la exigencia convencional de ponerse a disposición de las partes para llegar a un acuerdo amistoso que respete el orden convencional instaurado. La antigua Comisión en este terreno disfrutaba de mayor ventaja, puesto que el procedimiento ante ésta era de carácter confidencial y había consolidado la costumbre de presentar a las partes una opinión provisional sobre el caso, opinión que de ser conclusiva de violación del Convenio animaba a los Estados a facilitar el arreglo amistoso. Difícilmente puede un Tribunal encajar en este papel sin desvirtuar su propia naturaleza.

4. OTROS COMENTARIOS SOBRE LA ENTRADA EN VIGOR DEL PROTOCOLO 11 AL CEDH. AL MODO DE EPILOGO

Con el Protocolo 11 al CEDH, el sistema de protección europeo de derechos del hombre completa su ciclo de crecimiento. La plena judicialización del sistema y el reconocimiento del acceso directo de las personas físicas y jurídicas al nuevo y único Tribunal de garantías, eran las etapas que le quedaban por cubrir para alcanzar la madurez. Las imperfecciones que le hemos atribuido no son tan relevantes como para afectar a esta conclusión; a nuestro entender las perfecciones del Convenio encubren sobradamente sus desajustes.

Esta evidencia nos devuelve a la idea de la que partíamos al comenzar este trabajo. El individuo, el particular, deviene, en el marco europeo delimitado por el Consejo de Europa, sujeto de pleno derecho del ordenamiento internacional. Al reconocérsele desde un Convenio internacional —fuente propia de este ordenamiento jurídico y consecuentemente válida— un conjunto de derechos y libertades y un sistema judicial internacional que tendrá como cometido el garantizarlos, se reconoce la presencia inmediata de la persona en el orden internacional (57). El individuo amplía así el marco de cobertura de sus derechos, pues al ya existente marco constitucional, nivel interno, se le añade el internacional, nivel externo. Una y otra esfera de derechos, interna y externa, tie-

ropéenne des Droits de l'Homme», *Revue trimestrielle des Droits de l'Homme*, núm. 35, julio de 1998, págs. 435-464.

(57) Con lo que se realiza en la práctica el pensamiento al que llegaba el maestro Aguilar: «... la conclusión a la que forzosamente tenía que llegarse puede expresarse en estos términos: no existen razones sustanciales, ni exigencias que deriven de la naturaleza del Derecho internacional, que impidan reconocer, en su día, al hombre como titular de un estatuto internacional. El problema es técnico de institucionalización, de perfeccionamiento del Derecho internacional»; M. AGUILAR NAVARRO: *Curso de Derecho Internacional Público*, t. II, 1954, págs. 189-190.

nen mismo destinatario, el individuo, e igual contenido, los derechos de la persona. Esta identidad subjetiva y objetiva en ambas manifestaciones del derecho impone como consecuencia jurídica la necesaria coordinación de ambos sistemas normativos. La dicotomía que se pretende entre derechos fundamentales y derechos humanos es signo de la equivalencia de ambos conceptos. Interpretarlos como realidades distintas, inconciliables, es negar el carácter jurídico de uno de los dos. Cabe, pues, que nos planteemos ahora cómo conciliar en el mismo sujeto ambos planos normativos garantes ambos de sus derechos y ver en qué medida el Protocolo 11 puede ayudar a respondernos.

Un comienzo de respuesta lo encontramos en la propia naturaleza subsidiaria del Convenio europeo, que es así como fue concebido desde sus orígenes. El sistema de protección europeo descansa y se legitima con la existencia de los sistemas internos de protección de derechos de todos y cada uno de los Estados parte en el Convenio. El ciudadano que desee acceder al Tribunal de Estrasburgo no sólo tiene que agotar la vía interna previa (art. 35.1 CEDH), sino que además tiene derecho a que dicha vía constitucional exista (art. 13 CEDH). El proceso es así un tracto continuo. Desde el primer paso en el largo proceso la pretensión es la misma, la recuperación de un derecho perdido, vulnerado. Todas las instancias judiciales, incluidas las constitucionales si existiesen, van a tratar de responder a esta misma pretensión. En este sentido el Protocolo 11 al judicializar el procedimiento, desterrando la solución política, hace que el entero proceso de garantía de derechos venga en toda su extensión medido con la sola vara del Derecho. En su respuesta el Tribunal de Estrasburgo someterá a examen las distintas resoluciones internas, confrontándolas con la concepción europea que se tiene de dicho derecho.

En el camino de regreso, cuando las sentencias de Estrasburgo ya han sido dictadas, las instancias internas deben aceptar la jurisprudencia europea de la misma forma en que se acepta un precedente. Los primeros aplicadores del Convenio y de los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones son sin dudarlos los tribunales ordinarios. Corresponde a la instancia constitucional, después a la europea, corregir las interpretaciones atentatorias de los derechos, pero ambas jurisdicciones de forma subsidiaria. La cuestión del valor normativo de las fuentes jurídicas internacionales sólo tiene a nuestro entender, al menos en el campo de los derechos del hombre, un valor secundario.

Las consecuencias de todo lo que decimos, y nuestro punto de partida —no se olvide— es la aceptación de un nuevo fundamento de los derechos fundamentales contiguo al de la Constitución interna, revisten cierta gravedad. De entrada resulta obligado que a partir de ahora se entienda el sistema europeo de protección de derechos individuales como un proceso extenso que no se residencia únicamente en Estrasburgo; la protección de los derechos europea se

inicia ante el primer juez de instancia que conoce del caso. En segundo lugar, implica que entre todas las instancias judiciales deben existir amplios cauces de comunicación, es decir, todo juez debe preocuparse de conocer *in extenso* la jurisprudencia europea de los derechos. En tercer lugar, la jurisprudencia europea nace de la síntesis del encuentro de las distintas jurisprudencias de los Estados miembros (58). No resulta, pues, comprensible que a estas alturas las más altas instancias jurisdiccionales internas, judiciales o constitucionales en materia de derechos fundamentales sean ajenas a la casa de Estrasburgo. Me refiero con ello, por ejemplo, a que no intervengan en la decisión de los jueces del TEDH (59) o la que el *staff* de este Tribunal no cuente en su formación con letrados de los Tribunales Constitucionales o Supremos, y se contente con una secretaría plagada de funcionarios de formación exclusivamente «europea» (60). Por último, el TEDH debe asumir con extremado cuidado su condición de órgano subsidiario. Un activismo judicial desenfrenado por su parte pudiera volverse en su contra. Sin embargo, incluso a nivel interno resulta difícil que las instancias subsidiarias de protección de derechos contengan y se contengan en su actividad. Cuando el TEDH exige a todo particular que desee plantear una demanda contra el Reino de España que agote previamente todas las instancias internas —incluido el recurso de amparo constitucional—, está dificultando la labor subsidiaria interna de nuestro Tribunal Constitucional en la defensa de los derechos fundamentales.

Creemos por ello que nuestro Constituyente al incorporar el artículo 10.2 en el texto constitucional resolvió convincentemente la problemática de la doble titularidad de derechos en la persona del individuo. El artículo 10.2 CE es la puerta de entrada del orden internacional de los derechos en el orden constitucional, el punto de encuentro entre dos órdenes que a medida que se han ido centrando en el hombre y sus derechos han encontrado el elemento común de su unidad. La coordinación —«... se interpretarán de conformidad...»— no es, sin embargo, y solamente, la mera exigencia de incorporación en el Derecho interno de esta parcela del Derecho Internacional regional (61). Es, por el con-

(58) Cuando hablo de síntesis no lo hago en sentido reduccionista. Quizá fuera preferible hablar de un patrimonio cultural común de derechos.

(59) Sobre la politización del proceso de designación de los candidatos a jueces del TEDH por los Estados, ver J. F. FLAUS: *Op. cit., supra*, págs. 435-437; igualmente, H. C. KRÜGER: «Selection des juges de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme», *RUDH*, 1996, págs. 115 y sigs.

(60) La fórmula de los letrados no permanentes que permite el nuevo Convenio parece que viene en cierta forma a responder a esta inquietud (art. 25 CEDH).

(61) Véase J. L. REQUEJO PAGÉS: *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, 1995, en concreto, págs. 91-112.

trario, un proceso recíproco de influencias, de creación conjunta de un orden público de derechos en un marco constitucional —en su sentido material— que va más allá de un delimitado marco geográfico. Es, si se quiere decir así, un flujo constante en ambas direcciones que penetra de Constitución el Derecho Internacional y que, en el sentido contrario, humaniza nuestra norma Constitucional (62).

Nuestra propuesta de coordinación es por este motivo simple y compleja a la vez. Simple, porque la idea fuerte que la sustenta se reduce a comprender el entero proceso de garantías y protección de los derechos como un fenómeno constitucional —en el sentido material del término— que no puede ser encajado en un concreto territorio estatal. Complejo, porque los criterios para hacer efectiva tal coordinación deben estar presentes cada vez que se pretenda interpretar o modificar una parte del extenso y complejo sistema de protección (63), lo que obliga a sustituir la cultura del recelo por la de la colaboración entre jurisdicciones (64).

En cualquier caso, no pretendemos abrir con este epílogo un nuevo apartado que pueda llevarnos donde no pretendíamos; para mejor ocasión.

(62) Con cierta conexión, P. CRUZ VILLALÓN: «Constitución y cultura constitucional», *Rev. de Occidente*, núm. 211, 1998, págs. 11-22.

(63) STC 245/1995 (FJ. 5): «... para coordinar adecuadamente la tutela del derecho reconocido en el Convenio y la tutela del derecho fundamental reconocido en la Constitución, el Poder legislativo debería establecer cauces procesales adecuados a través de los cuales sea posible articular, ante los órganos del Poder Judicial, la eficacia de las resoluciones del TEDH en aquellos supuestos en los que, como ocurre en el presente caso, se haya declarado la infracción de derechos fundamentales en la imposición de una condena penal que se encuentra aún en trámite de ejecución. En tanto tales reformas no se establezcan, este Tribunal no puede sustraerse de conocer la alegada infracción del derecho a un proceso justo con todas las garantías, dado que se trata de un derecho fundamental protegible en amparo...».

(64) En este mismo sentido, P. HÄBERLE: «¿Existe un espacio público europeo?», *Rev. de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, 1998, pág. 126.

NOTA

