





ENSAYOS DE TEORÍA GENERAL,  
SUSTANTIVA Y PROCESAL,  
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES  
EN EL DERECHO COMPARADO  
Y EL CONVENIO EUROPEO  
DE DERECHOS HUMANOS

EDITORIAL ADRUS



JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

ENSAYOS DE TEORÍA GENERAL,  
SUSTANTIVA Y PROCESAL,  
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES  
EN EL DERECHO COMPARADO  
Y EL CONVENIO EUROPEO  
DE DERECHOS HUMANOS



ENSAYOS DE TEORÍA GENERAL, SUSTANTIVA Y PROCESAL, DE LOS DE-  
RECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO COMPARADO Y EL CONVEN-  
TIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Primera edición Arequipa Septiembre de 2012

Tiraje: XXX Ejemplares

© JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO

© EDITORIAL ADRUS S.R.L.  
Av. República de Argentina N°124 Urb. La Negrita  
Arequipa - Perú  
Teléf. 054-227330  
editorial\_adrus@hotmail.com

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL  
EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ  
N° XXXXX-XXXXX  
ISBN: XXX-XXX-XXXX-XX

Composición y diagramación:  
José Luis Vizcarra Ojeda  
Diseño de carátula:  
Omar Suri  
[www.cromosapiens.com](http://www.cromosapiens.com)  
Corrección ortográfica:  
EDITORIAL ADRUS S.R.L.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del autor.

## ÍNDICE

Nota Preliminar .....	xiii
<i>Gerardo Eto Cruz</i>	
Prólogo .....	xxv
<i>Domingo García Belaunde</i>	

### CAPÍTULO PRIMERO

Algunos aspectos de Teoría general constitucional sobre los derechos fundamentales en los EEUU .....	1
I.- La relevancia de la doctrina y la jurisprudencia de los civil rights en los EE.UU. entre nosotros y la falta de estudios de teoría general .....	2
II.- ¿Es posible construir una cierta teoría general de los civil rights en los EEUU? .....	3
III.- Concepto y clasificación de los derechos funda- mentales en los EEUU .....	6
IV.- La titularidad de los derechos fundamentales .....	10
V.- Los destinatarios de los derechos fundamentales .....	11
VI.- El método de examen de las cuestiones relativas a los derechos y sus límites en la jurisprudencia de la corte suprema de los EEUU .....	21

## CAPÍTULO SEGUNDO

Ensayo de una teoría general sustantiva de los Derechos Fundamentales En El Convenio Europeo de Derechos Humanos .....	29
I.- Introducción: la necesidad de una teoría general .....	30
II.- Funciones de los derechos fundamentales .....	31
III.- Titularidad .....	34
IV.- Sujetos pasivos; eficacia inter privados .....	37
V.- Vigencia temporal y espacial .....	39
VI.- Sistemas de recepción nacional del cedh y formas de influjo de este en el derecho nacional .....	42
VII.- Examen escalonado de los problemas relativos a los derechos fundamentales .....	46
VIII.- Ámbito normativo de protección de los derechos fundamentales. Referencia particular a las “obligaciones positivas” .....	48
IX.- Injerencia, intervención o interferencia en los derechos fundamentales .....	54
X.- Justificación de la intervención .....	59
X.1.- Cobertura legal .....	59
X.2.- Fin legítimo según el Convenio .....	64
X.3.- Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad .....	69
XI.- Conclusión .....	74

## CAPÍTULO TERCERO

La Staatsrechtliche Beschwerde o Recurso Constitucional de Amparo en Suiza .....	77
I.- Introducción .....	77

## Índice

---

II.- Competencias del tribunal federal .....	79
III.- Legitimación activa .....	81
IV.- Legitimación pasiva .....	84
V.- Objeto .....	84
VI.- Competencia .....	88
VII.- Parámetro de examen .....	90
VIII.- Demanda y plazo .....	94
IX.- Presupuestos de admisión. Especial referencia a la subsidiariedad (absoluta y relativa) .....	95
X.- Procedimiento .....	97
XI.- La sentencia: efectos, contenido y ejecución .....	99
XII.- Recurso de amparo y tribunal europeo de derechos humanos y tribunal de justicia de las comunidades europeas .....	103
XIII.- Bibliografía orientativa: .....	104

## CAPÍTULO CUARTO

Una visión panorámica del recurso constitucional de amparo en los países de la europa del este (chequia, croacia, eslovaquia, eslovenia, hungria, macedonia, polonia, y rusia) .....	107
I.- Introducción .....	107
II.- Chequia .....	108
III.- Croacia .....	113
IV.- Eslovaquia .....	118
V.- Eslovenia .....	122
VI.- Hungria .....	127
VII.- Macedonia .....	131
VIII.- Polonia .....	134
IX.- Rusia .....	137

## CAPÍTULO QUINTO

“Strasbourg locutus, causa finita”. El “amparo intereuropeo” ante el Tribunal de Estrasburgo, última instancia de tutela de los derechos fundamentales en Europa .....	145
I.- Introducción: el amparo intereuropeo .....	146
II.- Jurisdicción y competencia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su estructura y organización .....	148
III.- Legitimación activa. Principio de interpretación “pro victima” .....	154
IV.- Legitimación pasiva .....	159
V.- Intervención de terceros .....	160
VI.- Representación procesal .....	162
1.- Representación procesal del demandante .....	162
2.- Representación procesal del Estado demandado .....	163
VII.- Objeto .....	163
VIII.- Plazo para el planteamiento del amparo intereuropeo .....	164
IX.- Parámetro .....	168
1.- Determinación del parámetro .....	168
2.- Consideraciones sobre la peculiaridad del CEDH como parámetro .....	171
X.- Demanda .....	173
XI.- Presupuestos procesales de admisibilidad .....	174
1.- Capacidad para ser parte y capacidad procesal .....	174
a) Personas físicas .....	174
b) Organizaciones no gubernamentales, personas jurídicas y grupos de personas .....	176
2.- Condición de víctima del solicitante de amparo .....	177

## Índice

---

3.- Agotamiento de los recursos internos y alegación del derecho en las instancias nacionales: la subsidiariedad del amparo .....	177
a) Subsidiariedad formal o vertical .....	177
b) Subsidiariedad material u horizontal .....	181
4.- Extemporaneidad del amparo .....	182
XII.- Presupuestos materiales de admisibilidad .....	183
1.- Incompatibilidad del amparo con el Convenio. Jurisdicción y competencia .....	184
a) Ratione personae .....	184
b) Ratione loci .....	185
d) Ratione materiae .....	188
2.- Falta evidente de fundamentación del amparo ..	189
3.- Anonimato del amparo .....	190
4.- Cosa juzgada .....	190
5.- Litispendencia .....	191
6.- Abuso del proceso de amparo .....	193
XIII.- Procedimiento .....	194
1.- Fase instructora .....	194
2.- Fase de admisión .....	196
3.- Medidas cautelares .....	199
4.- Fase de enjuiciamiento. Contradicción. Audiencia oral. Publicidad.....	211
XIV.- Terminación anormal del proceso .....	213
1.- La posibilidad de un acuerdo amistoso .....	214
2.- La cancelación o archivo del amparo .....	217
XV.- La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	218
1.- La sentencia sobre el fondo. Contenido, idioma, estructura, votos particulares .....	218

2.- La satisfacción equitativa: Indemnización de los daños y costas .....	219
3.- Recursos .....	220
a) El recurso ante la Gran Sala (y reenvío por las Salas) .....	220
b) Recurso de revisión de una sentencia firme .....	224
4.- Efectos de la sentencia: .....	225
Bibliografía Básica: .....	237

## NOTA PRELIMINAR

Los planteamientos teóricos en torno a los derechos fundamentales, normalmente, son cubierto por la Teoría General de los Derechos Humanos; sin embargo, la dinámica de su estudio, hoy es desarrollada por el *derecho jurisprudencial*; esto es, el estudio más eufemísticamente del *derecho de los derechos*, expresado en el derecho en movimiento de cómo los jueces y los tribunales resuelven las controversias donde está en juego la presunta afectación de un derecho iusfundamental. A este estudio *sustantivo*, se suman los problemas de *orden procesal*; esto es, el cómo es que, desde una perspectiva procesal, los modelos de jurisdicción constitucional establecen los procesos constitucionales, con miras a resolver una controversia.

Este binomio de estudio de orden sustantivo y procesal en torno a la problemática concreta de distintos modelos de jurisdicción constitucional es el que nos ofrece el profesor Joaquín Brage Camazano, quien a ello suma la experiencia de ser el autor un magistrado que le permite inquirir un estudio donde muchas veces no aparecen externamente los complejos y delicados problemas que rodean la impartición de justicia.

La obra que aquí presentamos está compuesta de cinco capítulos; cada uno con una autonomía propia, pues se trata de un

prolijo estudio donde el enfoque procesal constitucional tiene una incidencia específica.

Nos vamos a permitir brevemente aproximarnos a desarrollar cada monografía del quinteto de ensayos que conforman esta obra.

El *capítulo primero* se titula “Algunos aspectos de Teoría General Constitucional sobre los derechos fundamentales en los Estados Unidos”. De primera intención, Joaquín Brage Camazano precisa que la jurisprudencia norteamericana presenta una riqueza con un énfasis pragmático digno de estudio. Reconoce que muchos postulados de la jurisprudencia germana provienen precisamente de los aportes norteamericanos y que luego son adaptados a las peculiaridades de otros casos. El autor se interroga si acaso es factible construir una posible teoría general de los *civil rights* en los Estados Unidos, a sabiendas de que la extraordinaria casuística jurisprudencial acusa la ausencia de una teoría general de los derechos humanos como normalmente ocurre en el panorama continental europeo. Frente a ello, Brage propone dos posibles alternativas –que no son excluyentes– para la persona que no está familiarizada con el sistema de justicia norteamericano: a) tener como “guía” uno de los múltiples *casebooks* o antología jurisprudenciales existentes, de la jurisprudencia más importante de la Suprema Corte de Estados Unidos; y b) contar con una cierta sistematización o teoría general de toda esa jurisprudencia, como es el libro que circula mucho para los hispanoparlantes, el trabajo de Miguel Beltrán de Felipe y Julio V. Gonzáles García: “Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América” y que fuera publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid (2005).

Con todo, pretender encontrar una presunta teoría general de los derechos fundamentales en un país inmenso como los Estados Unidos, donde la mentalidad casuística pragmática anglosajona no es adicta a las abstracciones, resulta ciertamente difícil. No obstante, Brage ha tomado como referencia al profesor Winfried

Brugger, quien tiene todo un arsenal de estudios sobre los derechos humanos, la libertad, las Constituciones, la antropología y la ley. En la obra de este autor "Introducción al Derecho Público de los Estados Unidos", Brage suscribe la tesis de que es posible encontrar una teoría general de los derechos fundamentales a partir de la construcción de las reglas desarrolladas para cada caso o grupo de casos y en esta situación la regla específica debe preceder al principio abstracto.

En este ensayo, igualmente, el profesor Brage aborda una posible "clasificación de los derechos fundamentales" el cual en el pensamiento romano-germánico tiene ya una larga data y tradición mas no así en Norteamérica. Sigue secuencialmente la problemática de la titularidad de los derechos fundamentales, luego "los destinatarios de los derechos fundamentales". En este acápite, el planteo es si sólo la Federación o también los Estados son destinatarios de los derechos fundamentales y la respuesta es que ambas entidades se encuentran vinculadas. En esta línea, surge la problemática de cuándo estamos ante una posible afectación a los derechos fundamentales proveniente de una "*state action*" o de una simple actividad privada. Y aquí, el profesor Joaquín Brage recoge el planteo de que "sólo hay *state action* en el sentido de la teoría de la función pública cuando un particular lleva a cabo, con consentimiento estatal, tareas que tradicional y exclusivamente han sido llevadas a cabo por el poder público". No obstante, según Camazano, ha sido el propio Tribunal Supremo de Estados Unidos el que reconoce la imposibilidad de encontrar una fórmula fija en abstracto para identificar la acción del Estado. De allí que correspondería al juzgador descubrir en la conducta lesiva los niveles de tolerancia, complicidad activa o pasiva de una autoridad o funcionario, cuya conducta desencadena actos lesivos. Finalmente, cierra este acápite *in comento* con "El método de examen de las cuestiones relativas a los derechos y sus límites en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos". En esta perspectiva, nuestro autor homologa de la doctrina alemana y reconstruye a partir de la jurisprudencia norteamericana tres fa-

ses: a) identificación del ámbito normativo o de protección del *civil right*; b) la segunda fase examina si ha existido una intervención en un derecho fundamental y qué intensidad tiene; y c) la tercera examina si dicha intervención en un derecho fundamental tiene o no una justificación constitucional.

En buena cuenta, este primer ensayo, resulta oportuno para el lector peruano, dado que le permite atalayar una aproximación comparada de cómo es que se imparte la jurisdicción constitucional en Norteamérica.

En el *capítulo segundo* el autor esboza unas breves; pero sustanciosas reflexiones acerca de la necesidad de implementar una teoría general sustantiva de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos humanos, tomando como punto de partida la abundante jurisprudencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la misma que no debe sistematizarse como un listado cerrado de derechos resueltos por este colegiado; sino, debe extraerse de aquella, los aspectos generales y comunes a los diversos derechos del convenio. El presente capítulo pretende esbozar algunas grandes vigas que sostengan una teoría general de los derechos del convenio sin perder de vista la realidad por la que se atraviesa y la relación que existe entre el las constituciones nacionales y el derecho comunitario; dando una explicación al sistema y su funcionamiento.

Es así que, teniendo como base matriz la teoría general de los derechos fundamentales, el autor reflexiona sobre las funciones, titularidad, vigencia temporal y espacial de los derechos fundamentales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, aborda lo relacionado a la recepción e influjo del convenio en el derecho nacional de los Estados parte, quienes lo han acogido de diversas maneras: sin incorporarlo a su derecho interno, incorporándolo a su constitución u otorgarle el mismo o superior rango, otorgándole un rango superior que la legislación ordinaria pero supeditada a la Constitución (acogida por la mayoría de países) u otorgándole rango legal. También se estudia

el examen escalonado de los problemas relativos de los derechos fundamentales, el cual constituye un método de tres fases, en la que cada una debe ser cumplida para pasar a la siguiente. Estas fases son en orden secuencial las siguientes: Encaje del asunto *sub iudice* en el “tipo” o ámbito normativo de protección de un derecho fundamental; examen de si ha existido injerencia interferencia o intervención en dicho “tipo” o ámbito normativo; examen de legitimidad de tal injerencia en el respectivo derecho. Si no puede pasarse de fase el análisis debe detenerse y declararse que la medida es contraria al Convenio.

En el *capítulo tercero*, el profesor Brage Camazano nos acerca al recurso de amparo suizo (*staatsrechtliche beschwerde*), a partir de su regulación contenida en la Constitución de 1999 (artículo 189<sup>o</sup> a). Y en su aproximación, nos revela los problemas propios que enfrenta un sistema difuso de control de constitucionalidad, en una república federal, como la suiza: singularmente, el problema de cuando la norma impugnada es una ley federal o un tratado internacional, contexto éste en el que rige una prohibición de inaplicación, sin perjuicio de la apelación al legislador. Sin embargo, lleva razón el profesor Brage cuando menciona que este impasse es de fácil solución, en la inteligencia de que los tratados internacionales tienen primacía, en caso de conflicto, frente al Derecho nacional de cualquier nivel (de hecho, este ha sido el parecer del propio Tribunal Federal). Lo que sí cabe preguntarse es si, como dice el profesor español, el Tribunal Federal suizo puede ser catalogado, o no, como un verdadero Tribunal Constitucional; pues, si bien dicho órgano tiene atribuidas competencias de simple legalidad ordinaria, no es menos cierto que también posee aquella que distingue a todo tribunal constitucional, como lo es la revisión de la constitucionalidad de las normas con rango de ley. Al margen de ello, lo que no se podrá negar es la frondosa jurisprudencia de esta Corte en materia de derechos constitucionales, cuya lista no sólo ha ensanchado o reinterpretado, sino además, efectivamente protegido. Finalmente, dos puntos de encuentro con nuestro sistema de amparo, son debidamente rescatados por el profesor Brage: en

primer lugar, el filtro del “procedimiento abreviado”, cuando se trata de recursos manifiestamente inadmisibles o fundados (lo que permite afrontar la carga procesal del Tribunal); y la cosa juzgada sólo formal de la sentencia desestimatoria (lo que posibilita abrir el debate sobre la constitucionalidad de las normas, atendiendo a ciertos casos excepcionales); elementos todos éstos que nos hacen pensar que, también de la experiencia constitucional suiza, es posible extraer algunas experiencias enriquecedoras.

En el *capítulo cuarto*, el autor efectúa un recorrido detallado por la regulación del amparo en los países de Europa del Este. Incluye aquí a Chequia o República Checa, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Hungría, Macedonia, Polonia y Rusia. Excluye a Albania por tener un amparo muy limitado (reducido a la protección del debido proceso) y a Serbia y Montenegro, por encontrarse, en el momento de elaboración de su trabajo (2005), en período de transición. Aunque algunos países presentan particularidades en la regulación del amparo, especialmente los casos de Hungría y Rusia, en los demás, se aprecia muchos elementos comunes, tanto en la finalidad del amparo, como en el régimen procesal y los efectos de las decisiones. Un primer común denominador que salta a la vista de la exposición del profesor Brage, es que en todos estos países se cuenta con un Tribunal Constitucional, como un órgano de control de la constitucionalidad autónomo, que goza entre sus competencias, la verificación de la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, a través justamente del amparo. Probablemente, el ejemplo de regulaciones anteriores como la Ley Fundamental de Bonn o la Constitución española de 1978 haya llevado a estos países a recoger, además de un control constitucional abstracto de la constitucionalidad de las leyes, un control constitucional concreto de los actos del poder público que violenten derechos fundamentales.

En cuanto a la finalidad del amparo, éste se ha instituido en estos países, para controlar cualquier acto del poder público que menoscabe o vulnere un derecho fundamental, con la excep-

ción del amparo en Hungría y Rusia, donde el amparo solo controla las leyes que, acusadas de inconstitucionales, son relevantes para la decisión de una causa que se tramita ante el Poder Judicial. No pueden cuestionarse resoluciones judiciales sustentadas en la aplicación de reglamentos o meros actos de aplicación del poder público que vulneren derechos fundamentales. Como afirma el propio Brage Camazano, ésta es la razón por la cual el amparo en estos dos países no se ha convertido en el instrumento popular de tutela ciudadana, como en el caso de Alemania, por ejemplo. En lo que respecta a su posición en el sistema de protección de los derechos fundamentales, en todos los países de Europa del Este, el amparo se presenta como un proceso subsidiario, pues su interposición solo procede luego de que el demandante ha recurrido a las instancias judiciales ordinarias respectivas. Hay algunos casos en los cuales, sin embargo, procede una especie de *amparo prematuro*, tanto por razones subjetivas (cuando el proceso ordinario ha excedido el plazo razonable sin solución definitiva, como en el caso de República Checa), como por razones objetivas (cuando la causa contenga un interés jurídicamente relevante). Del mismo modo, en algunos de estos países (Croacia, Eslovenia, entre otros) se ha incorporado el fenómeno conocido como la *objetivación del amparo*, donde más allá de los intereses subjetivos que se pretendan proteger, la admisión del amparo está sujeta a la calificación de un órgano calificador, el que decreta la procedencia en función al interés especialmente relevante de la causa. Todos los países, regulan la figura de las medidas cautelares o de la suspensión de la decisión recurrida. Algunos países han incorporado una legitimación más amplia que la del propio afectado, como en el caso de Eslovenia que incorpora al *Ombudsman* o la participación en el proceso del *Comisionado de Derechos del Ciudadano*, como en el caso de Polonia. Aunque casi todos incorporan la tutela de todos los derechos reconocidos constitucionalmente, algunos países han limitado los derechos objeto de tutela, como en el caso de Macedonia, lo cual –como sostiene nuestro autor– ha traído muy malos resultados, pues el número de amparos es muy bajo en este país, además de

existir muy poco activismo por parte de los jueces constitucionales. Por último, es interesante destacar que, a diferencia de lo que ocurre en nuestro país, en varios de estos países (como Eslovenia, Eslovaquia), se ha recogido la posibilidad de que se indemnice, en el mismo proceso de amparo, a las personas que vieron afectados sus derechos fundamentales.

Comparando esta regulación legal con la que se da a nivel de nuestras jurisdicciones constitucionales latinoamericanas, podemos decir que aún se aprecia en los países de Europa del Este una preferencia por el control abstracto de constitucionalidad, donde los amparos son excusas para examinar la constitucionalidad abstracta de las leyes, más que una discusión sobre la afectación concreta de derechos fundamentales; a lo cual se suma la tendencia a la objetivación del amparo en la fase de admisión. En nuestro continente, sin embargo, la apreciación concreta de vulneración de derechos fundamentales parece haber hecho más prolífico el desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, de cara a brindar una tutela efectiva a los derechos fundamentales, en realidades de poca vigencia de los derechos como la que se vive en América Latina.

Finalmente, en el *capítulo quinto*, nuestro autor culmina su trabajo con una reseña más que pormenorizada, en torno al denominado “amparo intereuropeo”, invitándonos así, aunque ese no sea el objetivo, a examinar comparativamente el sistema europeo de protección de derechos humanos, vinculándolo a nuestro sistema regional. Así por ejemplo, salta a la vista el hecho de que, como señala Brage, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desplieguen su eficacia desde el orden internacional, pero al momento de ser aplicadas en los ordenamientos nacionales por los Estados, éstos tengan “libertad de medios” para lograrlo (por eso, se habla de las sentencias “declarativas” del Tribunal). Lo mismo cabe decir del acceso *directo* del cual gozan los individuos para llegar al Tribunal Europeo, la amplitud de la legitimación activa (incluyendo a la organización no gubernamental

y al grupo de particulares), la ausencia de fundamentación como causal de inadmisión (para lo cual puede ser necesario un examen en profundidad), entre otros aspectos adicionales.

Pero, al margen de las diferencias, cuya riqueza explicativa es siempre elocuente, tres asuntos rescatados por Brage merecen un comentario aparte: a) en primer lugar, la ausencia de un legislador global específico, lo que hace del europeo un Tribunal aislado e independiente, pero a la vez, volcado al riesgo de resolver de modo fragmentario o asistemático. En este punto, creo que la solución siempre será que cualquier tribunal internacional tendrá que guardar suma cautela y prudencia al resolver los casos sometidos a su conocimiento, tesis ésta que ha tenido inmejorable formulación bajo el concepto del “margen de apreciación”. En segundo lugar, otro tanto ha de decirse de las medidas cautelares, que como informa Brage, no están previstas expresamente en el texto del Convenio Europeo. En efecto, si bien encontramos una regulación en el artículo 39º del Reglamento del Tribunal, sólo posteriormente, y después de varias marchas y contramarchas, el Tribunal Europeo ha reconocido el carácter vinculante de las medidas así dictadas (caso *Mamatkulov y Askarov c. Turquía*, sentencia de 4 de febrero de 2005), pues resulta claro que, de otro modo, se estaría vulnerando el principio de efectividad del propio sistema de protección europeo. Y finalmente, no menor interés generan las denominadas “sentencias piloto” a que alude Brage al término de su ensayo, que son utilizadas cuando un problema individual se ve inserto en un contexto más general, lo que supone un fallo sistemático o estructural de la legislación y práctica de algún Estado parte. Este es, a no dudarlo, un recurso sumamente interesante, si se trata de evitar sobrecargas innecesarias a una instancia supranacional como lo es el Tribunal Europeo.

\*\*\*\*\*

Quiero finalmente en estas breves líneas referir mi vinculación a este ius-publicista que proviene de la Comunidad de Galicia, como efectivamente ya señalara Domingo García Belaunde, nacido en Ferrol; lugar en el que en una oportunidad pasé los días de Semana Santa, junto a Joaquín Brage. Nos conocimos en la Universidad de Santiago de Compostela, junto con José F. Palomino Manchego, en el marco de los estudios del doctorado (Tercer Ciclo). Por aquel entonces, años 1996-1997, Brage era junto con José Julio Fernández Rodríguez, una suerte de discípulo directo de Francisco Fernández Segado, Catedrático de Derecho Constitucional en esta casa de estudios, en aquella época. Por supuesto que también había una legión de jóvenes académicos, entre los que destacaban Ana Gude Fernández y Vicente Sanjurjo Rivo, ambos vinculados actualmente a la Universidad de Santiago de Compostela. De los catedráticos de nota, aparte de Fernández Segado, la Universidad de Santiago de Compostela contaba con catedráticos de renombre como Roberto Blanco Valdés, Carlos Ruiz Miguel y Carlos Pereira Menaut.

Brage, junto con José Julio Fernández, ejercían la labor de estudiantes del doctorado y a la vez eventualmente impartían las clases del profesor Fernández Segado. Ambos académicos estaban vinculados al Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional de España (CESEDEN), al que también pertenecí y que tuve la fortuna de estar en un Diplomado.

Brage Camazano habría de culminar la defensa de su tesis doctoral en la Universidad Complutense de Madrid, cátedra a la que accede el profesor Francisco Fernández Segado. Muy disciplinado –tengo el vivo recuerdo– Joaquín Brage participaba implacablemente en los estudios del idioma de Goethe y hoy gracias a él tenemos una serie de obras que nos ha legado en su labor de traductor, sobre todo los influyentes trabajos de Peter Häberle.

El Centro de Estudios Constitucionales publica esta primera obra de Joaquín Brage Camazano en el Perú, y se esperan otras

## Nota Preliminar

---

más de este académico de nota, y que pasó de ser una promesa a convertirse en una realidad en la reflexión académica.

*Gerardo Eto Cruz*  
*Lima, 30 de agosto de 2012*

*Día de Santa Rosa de Lima*



## PRÓLOGO

La publicación de este libro de ensayos de Joaquín Brage Camazano, es toda una novedad bibliográfica, sobre la que hay que llamar la atención. Su título encierra lo que es objeto de sus preocupaciones académicas desde hace años: los derechos fundamentales, en especial su proyección en la Europa clásica y en la Europa de los países del este -de reciente andadura democrática- y los instrumentos procesales de defensa, en los que ha extendido su interés sobre la América Latina. Y también aspectos diversos del constitucionalismo norteamericano, algo que los españoles han descubierto hace poco, quizá desde la época de la transición (pues vivían encandilados, sobre todo, por Alemania, como lo señaló Aranguren en algún momento). Los hechos han demostrado, sin embargo, que son varios los que han contribuido al desarrollo del constitucionalismo como fenómeno histórico y como disciplina académica. Y en ese conjunto es muy importante la colaboración de América, en especial, la sajona, que aquí conocimos - e imitamos - muy pronto.

Joaquín Brage (n. 1972) hizo sus estudios en la vieja Universidad de Santiago de Compostela, en donde obtuvo la Licenciatura en Derecho y más tarde, en la Universidad Complutense, donde obtiene el Doctorado Europeo (hispano-alemán). Ha impartido docencia universitaria en distintos centros de estudios en materia constitucional, que es, sin lugar a dudas su predilección favorita. Y

ahora es profesor de Derecho Procesal en la Universidad Nacional a Distancia (UNED) que goza de gran prestigio en España. Sus incursiones en el mundo procesal no solo le ayudan mejor a entender la parte operativa del Derecho Constitucional - a la que ha dedicado gran parte de su empeño académico - sino que le es de gran utilidad en el mundo de la práctica, pues es Juez desde 1997.

A ello agrega una importante producción jurídica, no muy extensa, pero sólida y bien fundamentada (como son, entre otros, los títulos siguientes: "Los límites de los derechos fundamentales" (2004), "La jurisdicción constitucional de la libertad: Teoría general. México, Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos" (2005), "La acción abstracta de inconstitucionalidad" (2005), "Los límites a los derechos fundamentales en los orígenes del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español" (2005), a los que habría que agregar no solo gran cantidad de ensayos, sino sesudas reseñas bibliográficas, hechas al estilo alemán, o sea, largas divagaciones eruditas sobre uno o varios temas que trata el libro reseñado, y que es tan inusual entre nosotros (y que en otras partes, por su importancia y alcances, se publican conjuntamente en forma de libro). Gran parte de esos textos han sido publicados en Madrid, pero otros en México, país al que ha visitado con bastante frecuencia y que conoce muy bien, y en menor medida el Brasil. Ahora aparece este libro suyo, el primero que publica en el Perú.

Que yo sepa, Brage nunca ha estado entre nosotros, pero ha estado siempre vinculado con lo nuestro y ha sido además generoso con sus gentes y con lo que aquí se produce. Lo conocí, si la memoria no me traiciona, entre 1992-1993, cuando invitado por Francisco Fernández Segado, visité la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela y el CESEDEN de esa ciudad, o sea, la escuela de altos estudios militares, que en esa época dirigía Fernández Segado, en donde impartí sendas conferencias. Brage era entonces un mozalbete terminando sus estudios, pero no tardamos en hacer buenas migas, facilitado quizá por la presencia de mi hijo Diego

que me acompañó en ese viaje y que es de misma edad de Brage. Pero no todo fue actividad académica. La hubo también culinaria y por cierto turística. Nos llevó a pasear por el norte de Galicia: paramos en Ferrol, en donde todavía estaba la estatua del Generalísimo y fue grata ocasión de conocer a sus padres. Y finalmente en La Coruña, o A Coruña, como prefieren decir ahora. Estos viajes no fueron los únicos. Tiempo después, estando ya instalado en Madrid, nos fuimos a almorzar(o comer como dicen allá) al pueblo de Chinchón, que retenía en mi memoria, pues recordaba haber visto torear a Cantinflas en la versión cinematográfica de "La vuelta al mundo en ochenta días", en donde el bufo mexicano hace las veces de Passepartout, al lado de mister Fogg, representado por un imperturbable David Niven. Y por cierto, no han sido las únicas incursiones en las que hemos estado juntos.

Su permanencia en Galicia durante tanto tiempo, le permitió estar cerca y trabar una magnífica relación con dos becarios peruanos, ahora destacados juristas y maestros universitarios, Gerardo Eto Cruz y José F. Palomino Manchego. Fue para mí grata la ocasión para conocer a profesores jóvenes, que pronto tendrían figuración propia (Carlos Ruiz Miguel y José Julio Fernández Rodríguez) o que ya tenían un pleno reconocimiento (Roberto L. Blanco Valdés).

El hecho es que tiempo después, Brage se trasladó a Madrid y ahí reside desde hace algunos años, dedicándose a la magistratura y a la academia. Rubro aparte, pero no menos importante, es la traducción, a la cual ha dedicado no pocos esfuerzos, con preferencia por los autores alemanes (especialmente de Häberle) y últimamente norteamericanos (entre ellos un clásico texto de Rostow que publicamos en Lima). Y en fecha más reciente, la práctica del periodismo a través de la revista "Parlamentos", que da cuenta de lo que pasa en España, y también en América Latina.

\*\*\*\*\*

Lo más importante de la personalidad de Brage, no solo es su calidez humana, sino su laboriosidad y rigor, que cultiva sin ruido y sin aspaviento, de manera tal que todo lo que hace, lo hace bien y con la fundamentación debida, aun cuando quizá no podamos compartir sus enfoques o eventualmente sus puntos de partida. Y además, su interés por lo nuestro, la amistad que cultiva con nuestras gentes, como lo comprueba todo aquel que lo conoce. En lo personal, cada vez que paso por Madrid me las ingenio para estar unos momentos con él, pues me hace entretenido y fructífero algunos viajes que son muy pesados o demasiado formales.

La publicación de estos ensayos suyos, tan bien armados y con tan buenas fuentes y que estaban como perdidos en algunas revistas especializadas, espero que sea el prelude de una visita suya a nuestro país, que tanto conoce y admira en teoría, pero que debe complementarse con la práctica.

Espero que esta publicación que ahora auspiciamos, sea el inicio de una nueva etapa de nuestra espléndida relación con su autor.

*Lima, julio de 2012*  
*Domingo García Belaunde*

# CAPÍTULO PRIMERO

## ALGUNOS ASPECTOS DE TEORÍA GENERAL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS EEUU\*

Sumario: I. LA RELEVANCIA DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS CIVIL RIGHTS EN LOS EEUU ENTRE NOSOTROS Y LA FALTA DE ESTUDIOS DE TEORÍA GENERAL; II.- ¿ES POSIBLE CONSTRUIR UNA CIERTA TEORÍA GENERAL DE LOS CIVIL RIGHTS EN LOS EEUU?; III.- CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS EEUU; IV.- LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; V.- LOS DESTINATARIOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; VI.- EL MÉTODO DE EXAMEN DE LAS CUESTIONES RELATIVAS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS LÍMITES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS EEUU.

---

\* Publicado originariamente en España, *Revista de estudios políticos*, núm. 123, 2004, pp. 271-290 ; y en Brasil, en *Direito Público*, Brasil núm. 11, enero-febrero de 2006, pp.. 55-72.

I. LA RELEVANCIA DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS *CIVIL RIGHTS* EN LOS EEUU ENTRE NOSOTROS Y LA FALTA DE ESTUDIOS DE TEORÍA GENERAL

Frente a la especial atención que se presta entre nosotros a la doctrina y jurisprudencia alemanas, pese a que en la mayoría de los casos no se manejan fuentes directas en alemán, la atención prestada a la jurisprudencia norteamericana es comparativamente escasa y ello a pesar de la indiscutible importancia de la misma, especialmente en el campo de los derechos fundamentales. Una parte de la explicación de lo anterior puede residir en el indudable hecho de que en los EEUU, por la propia mentalidad (jurídica, también) americana, no abundan — o, simplemente, no existen — las sesudas y sistemáticas construcciones propias de la doctrina alemana y a que se tiende en general en la doctrina europea continental, algo que facilitaría al lector o investigador foráneo el acercamiento a una jurisprudencia tan apegada al caso concreto y tan copiosa y evolutiva como la del Tribunal Supremo norteamericano.

Desde luego, lo que está fuera de toda duda es que la jurisprudencia norteamericana presenta una riqueza y grado de desarrollo *pragmático* digno de estudio y que, sea como sea, merece unas referencias más amplias de las que, en general, se hacen a la misma a la hora de estudiar las cuestiones relativas a los derechos fundamentales entre nosotros. Y por otro lado, tampoco es posible desconocer que, en buena medida, algunas de las construcciones de la doctrina y la jurisprudencia germanas sobre los derechos fundamentales, si se rastrea bien su origen, no son más que, por así decirlo, “racionalizaciones” — por supuesto que debidamente desarrolladas y adaptadas a las específicas peculiaridades y categorías propias del Derecho continental y del propio ordenamiento — de criterios tomados de la jurisprudencia norteamericana o, al menos, inspiradas en esta última en cierta medida, por más que luego se les dé un perfil más abstracto, generalizable y técnico.

Es, desde luego, cierto, por otra parte, que la aproximación a la jurisprudencia americana presupone para el investigador extranjero no pocas dificultades derivadas, entre otras circunstancias, del hecho de tratarse el americano de un ordenamiento perteneciente a otra familia jurídica, como es el *common law*; a consecuencia también de la amplitud, complejidad y riqueza de la jurisprudencia norteamericana; así como a resultados de los modos de razonamiento y resolución de las controversias jurídicas bien diversos de los usuales entre nosotros. Sin embargo, precisamente por la riqueza que esa jurisprudencia presenta y por su larga y acreditada tradición y por la utilidad que la misma puede tener para solucionar algunos de los problemas que se nos plantean en materia de derechos fundamentales, o pueden llegar a planteársenos, podría ser conveniente que en nuestra doctrina se prestase una mayor atención a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU en materia de *civil rights*. No debe olvidarse que en el seno del propio TC, se le ha reprochado alguna vez a la mayoría precisamente el empleo *indiscriminado y tácito* del Derecho comparado norteamericano<sup>1</sup>.

## II.- ¿ES POSIBLE CONSTRUIR UNA CIERTA TEORÍA GENERAL DE LOS CIVIL RIGHTS EN LOS EEUU?

Una cuestión que se plantea inmediatamente es la de si es posible construir una cierta teoría general de los derechos funda-

---

1 Así, voto particular del Magistrado Sr. Cruz Villalón a la STC 81/1998, con relación a la conocida como “doctrina de los frutos del árbol envenenado” (“fruit of the poisonous tree doctrine”) o del *efecto reflejo* (admisibilidad de una prueba lícita derivada de otra ilícita) y su importante matización, en la línea de la jurisprudencia norteamericana, a partir de la artificiosa construcción de la doctrina de la “conexión de antijuridicidad”: “debe recordarse que a partir de aquí hemos abandonado el terreno del artículo 10.2 CE [...] *El punto de referencia implícito pasan a ser ahora los Estados Unidos*, es decir, el del simple Derecho comparado, y las categorías elaboradas por su Tribunal Supremo desde principios de este siglo, subsiguientemente muy matizadas” (teorías de la fuente independiente, o del descubrimiento inevitable y de la fuente hipotéticamente independiente, etc).

mentales en los EEUU. Y a la vista tanto de la extraordinaria casuística jurisprudencial como de la ausencia de toda teoría general en el tratamiento constitucional en sede doctrinal de los derechos fundamentales, la respuesta habría de ser, aparentemente, negativa. Sin embargo, no es menos patente a primera vista que, para navegar en el *maremagnum* que constituye la jurisprudencia del TS norteamericano, resulta conveniente o altamente recomendable, al menos para quien no esté muy familiarizado ya con la jurisprudencia norteamericana — como es, desde luego, el caso de quien esto escribe y, en general, las personas ajenas a ese sistema jurídico —: a) por un lado, dejarse guiar por uno de los múltiples e indispensables *Casebooks* o antologías jurisprudenciales existentes en el mercado, que son recopilaciones de las más importantes sentencias de la Corte Suprema en el campo de los derechos y libertades civiles; y b) por otro lado, contar con una cierta sistematización o teoría general de toda esa jurisprudencia.

Debe, desde luego, reconocerse que esto último no es muy acorde con la mentalidad jurídica norteamericana ni de los países de *common law*, pues, como señala uno de los autores de Europa continental que más en profundidad ha estudiado y conoce el Derecho constitucional de los EEUU<sup>2</sup>, hablar de una “teoría general de los derechos fundamentales” en dicho país es algo bastante inusitado. Y ello, por mencionar sólo algunas razones, tanto por la falta de sistemática y de regulaciones generales en este campo de la Constitución como, sobre todo, por la mentalidad casuístico-pragmática anglosajona, que atiende al caso concreto y que sólo muy limitadamente admite abstracciones y generalizaciones como las que son propias entre nosotros: el *common law* parte, más bien, de un método casuístico en que el verdadero Derecho viene constituido por reglas desarrolladas para un caso determinado o para grupos determinados de casos y, en él, la regla jurídica específica precede al principio abstracto, aparte el hecho de que toda “Parte

---

2 Winfried Brugger, *Einführung in das öffentliche Recht der USA*, Beck, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, München, 1993, p. 83.

General”, como dice Brugger, presupone “un grado relativamente elevado de sistematización y coherencia interna que es ajeno al pensamiento jurídico [norte]americano”<sup>3</sup>. Como ha dicho la Corte Suprema, “generalizations do not decide concrete cases” y es por ello que no pueden encontrarse demasiadas generalizaciones en la doctrina ni jurisprudencia norteamericanas, pues ello es algo enteramente ajeno a su propia mentalidad jurídica.

Con todo, y aun a riesgo de “desnaturalizar” en cierta medida el Derecho norteamericano con este enfoque, creemos con Brugger, que es el autor que ha realizado el más serio intento de construcción de una cierta teoría o “Parte general” de los derechos fundamentales en los EEUU, que dicha teoría es posible, siempre que se reconozca lo anteriormente expuesto y, en consecuencia, no se sobrevalore dicha teoría general, que sólo puede ser una aproximación a los aspectos más generales comunes a los derechos fundamentales en los EEUU en la interpretación de su Corte Suprema: una sistematización aproximada, en suma. En realidad, toda teoría general es sólo eso, pero también nada menos que eso. En el caso de los EEUU, sin embargo, las cautelas para no convertir en axioma inderogable lo que es sólo una pauta general han de extremarse y, en especial, no puede desconocerse ni prescindirse, en modo alguno, de la metodología esencialmente casuística con que hay que abordar todas las cuestiones relativas a los derechos fundamentales en los EEUU, mucho más acentuadamente que en España, desde luego, y ello pese a que la judicialización de nuestro Derecho constitucional nos haya aproximado al sistema norteamericano en cierto modo.

Pero, aun con estas matizaciones, no ofrece dudas la utilidad y hasta necesidad de formular también entre nosotros una cierta teoría (o sistematización, si se prefiere) general sobre los derechos fundamentales en los EEUU en la praxis jurisprudencial del TS y ello aunque sólo fuera con la pedagógica finalidad de posibilitar, o facilitar, al investigador foráneo una aproximación

---

3 Winfried Brugger, *Einführung ...*, cit., p. 83.

racional, sobre la base de una cierta sistematización general, a los derechos fundamentales en el Derecho norteamericano sin perder la perspectiva, como dice Brugger, en los innumerables casos resueltos por la jurisprudencia<sup>4</sup>.

Estamos convencidos de que ello no sólo es posible, sino altamente necesario entre nosotros, aunque sólo sea con una finalidad orientativa para un estudio más a fondo y más detallado de tipos de casos o de derechos fundamentales específicos o con una finalidad pedagógica respecto de los aspectos más generales de los derechos fundamentales en los EEUU, máxime cuando este tipo de generalizaciones no se encontrarán, por su propia concepción del Derecho, en las publicaciones científicas y los manuales norteamericanos y es algo que, a diferencia de lo que ocurre especialmente en Alemania, no se ha hecho hasta ahora entre nosotros. Precisamente por lo que acaba de decirse, la siguiente exposición la realizaremos de la mano de algunos de los estudios teórico-generales que, sobre los derechos fundamentales en los EEUU, se han realizado en la doctrina alemana (¡y no, curiosamente, en la propia doctrina norteamericana!), que resulta, por ello, un punto de referencia indispensable para cualquier sistematización general en este campo que pretenda ir más allá de la exposición de grupos de casos y sin cuyo apoyo, en ningún caso, y es preciso reconocerlo aquí ya, hubiera sido posible este trabajo, al que ha proporcionado la base necesaria.

### III.- CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS EEUU

En primer lugar, en lo que se refiere al concepto de derechos fundamentales, debe decirse que en EEUU tal terminología no se utiliza con el sentido que le da un lector español o alemán, sino que el término genérico que comprendería a nuestros “derechos fundamentales” sería el de “constitutional rights and liberties” o “civil rights and liberties” o expresiones similares, pudiendo tener tales

---

4 Winfried Brugger, *Einführung ...*, cit., pp. 83-84

derechos una base textual expresa en la Constitución o bien deducirse tácitamente por los tribunales de las cláusulas constitucionales generales. Precisamente la terminología de “fundamental rights” se reserva en el Derecho norteamericano para estos derechos civiles no textuales. No obstante, convencionalmente, una vez hecha la anterior precisión, aquí designaremos al conjunto de todos los derechos *básicos* o de especial importancia reconocidos a la persona o al ciudadano como “derechos fundamentales”, si bien debe precisarse que en la doctrina y jurisprudencia norteamericana no existe una categoría tan claramente definida — en su protección procesal y garantías específicas, en su criterio determinante de la fundamentalidad y en su utilización frecuente, sistemática y homogénea — como sería la nuestra de los derechos fundamentales, algo que no debe nunca perderse de vista<sup>5</sup>, como tampoco debe olvidarse la protección integral de la libertad *constitucionalmente garantizada* en los EEUU por virtud de la Enmienda IX: “The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people”.

Por otro lado, debe recordarse que a lo largo de su historia el TS norteamericano sólo recientemente ha comenzado a proteger los derechos fundamentales más allá de los tradicionales derechos económicos, especialmente la propiedad privada. Esta tendencia puede decirse que tiene su origen en una nota a pie de página del voto del Juez Stone en *United States v. Carolene Products*<sup>6</sup> (1938), expresando la “opinión of the Court”, donde se propugna que una

---

5 Como dice Nancy C. Johnson, la utilización de la terminología de “derechos fundamentales” para estudiar el Derecho norteamericano, ciñéndola a un determinado grupo de derechos fundamentales, resulta ser más bien algo arbitrario y antinatural, a la par que conduce, en realidad, a reducir el ámbito, bastante mayor que en los países europeos continentales, de protección jurídico-constitucional de la libertad personal. Véase, Nancy C. Johnson, “Vereinigte Staaten von Amerika”, capítulo XII de Eberhard Grabitz (coord.), *Grundrechte in Europa und USA*, Tomo I (*Strukturen nationaler Systeme*), Schriftenreihe Europa Forschung (tomo X), N.P. Engel, Kehl y otras, 1986, p. 890.

6 *United States v. Carolene Products* 304 U.S. 144 (1938).

ley afectante a los derechos civiles “is to be subjected to more exacting judicial scrutiny”, “a correspondingly more searching judicial inquiry”, si bien una tendencia a la protección de tales derechos puede apreciarse ya en *Meyer v. Nebraska*<sup>7</sup>(1923) o *Pierce v. Society of Sisters*<sup>8</sup>(1925). Luego esta doctrina tendría una acogida más o menos débil en la jurisprudencia posterior, en la que se operaría una expansión considerable de la protección de los *civil rights* de libertad (muchas veces sólo implícitos en el texto de la Constitución), no puramente económicos. Así, ya en *Skinner v. Oklahoma* (1942)<sup>9</sup>, los jueces coincidirían en que en el campo de los derechos civiles no era apropiado aplicar la presunción de constitucionalidad que prevalecía en casos relativos a las libertades económicas y allí diría el Juez Douglas, expresando la opinión del Tribunal: “This case touches a sensitive and important area of human rights. Oklahoma deprives certain individuals of a right which is basic to the perpetuation of a race: the right to have offspring” y, en casos de este tipo relativos a “one of the basic civil rights of man”, el TS debe llevar a cabo un “strict scrutiny” (frente al *ordinary* o *minimum scrutiny*). Y así, en *Korematsu v. United States* (1944), respecto a la igualdad, dirá el Justice Black, expresando la opinión de la Corte y en un famoso aserto, que “all legal restrictions which curtail the civil rights of a single racial group are immediately suspect” y están sujetas al “most rigid scrutiny”<sup>10</sup>.

---

7 *Meyer v. Nebraska* 262 U.S. 390, 399 (1923): McReynolds, expresando la opinión del Tribunal, manifestó que la cláusula del proceso debido de la XIV Enmienda protegía el derecho del individuo “to contract, to engage in [...] common occupations, to acquire useful knowledge, to marry, to establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy privileges, essential to the orderly pursuit of happiness by free men”. Aunque esta doctrina quedase oscurecida cuatro décadas, fue luego en los años sesenta del pasado siglo un importante precedente para un derecho constitucional de privacidad.

8 *Pierce v. Society of Sisters* 268 U.S. 510 (1925).

9 *Skinner v. Oklahoma* 316 U.S. 535 (1942).

10 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214, 216 (1944). Curiosamente, éste fue prácticamente el único caso en que una ley ha pasado ese “rigid scrutiny”.

Por lo que se refiere a una posible clasificación de los derechos fundamentales en los EEUU, y aunque toda categorización al respecto es discutible y se presta a quedar anticuada, hace ya algunos años Nancy C. Johnson propuso una clasificación que distinguía entre los derechos fundamentales reconocidos en el propio texto de la Constitución, los que se derivan de la Constitución o de la estructura federal, el derecho “sin fuente” a la esfera privada, las prestaciones sociales que resultan de la protección de derechos fundamentales y los privilegios de los parlamentarios<sup>11</sup> y, por otro lado, también distinguía, en atención a las fuentes de tales derechos entre: 1.- *Derecho escrito*: A) Derecho nacional: a) Derecho constitucional (*privileges and immunities clause*, la cláusula de apertura de la novena enmienda, igualdad ante la ley, proceso debido); b) Derecho ordinario; c) otras normas; d) garantías regionales de derechos fundamentales; B) Derecho internacional (puede llegar a tener una importancia que hasta ahora no tiene); 2.- *Derecho no escrito*: A) principios generales y Derecho natural; B) Derecho consuetudinario nacional; C) Derecho consuetudinario internacional; 3.- *Derecho judicial*: A) “Incorporation of the Bill of Rights”; B) derechos derivados del carácter federal o del principio democrático, tales como la libertad nacional de movimientos y la protección de las posibilidades de hecho de participar en el proceso democrático de formación de la voluntad popular; C) derechos sin fuente (“non-source rights”), vinculados sobre todo a las relaciones familiares, que se consideran por el TS tan esenciales y de tal valor que no estarían básicamente a disposición del legislador<sup>12</sup>.

Y según su ámbito de vigencia, proponía esta autora el siguiente esquema: 1.- *Ámbito territorial de vigencia*: A.- Reservas indias; B.- Puerto Rico; C.- Guam, Virgin Islands y Samoa americana; D.- Micronesia; 2.- *Ámbito personal de vigencia*: A.- Personas físicas: a.- nacionales; b.- extranjeras; c.- apátridas; B.- Personas jurídicas: a) nacionales: de Derecho público y de Derecho privado; b) extranje-

---

11 Nancy C. Johnson, “Vereinigte ...”, cit., pp. 911 ss.

12 Ibídem, pp. 895-911.

ras; C.- Asociaciones de otro tipo; 3.- *Mayoría y minoría de edad respecto de los derechos fundamentales y capacidad para los mismos*<sup>13</sup>.

#### IV.- LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Por lo que se refiere a la titularidad de los derechos fundamentales, hay que distinguir grosso modo entre personas naturales y personas jurídicas. En cuanto a las primeras, hay ciertos derechos que se reconocen—bien expresa, bien tácitamente (por ejemplo, Primera Enmienda)— a toda persona (“persons”, “people”), al menos en potencia (“accused”), mientras que otros aparecen restringidos sólo a los “ciudadanos” (para el concepto de ciudadano, Enmienda XIV, sección 1<sup>a</sup>, de la Constitución: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside”). Los primeros protegen a toda persona—y, según el TS, no lo es el feto—, incluyendo a los extranjeros, siempre que estén en situación legal en el país<sup>14</sup> (garantías procesales penales de las enmiendas IV a VIII, las cláusulas del debido proceso y de la protección igual de las enmiendas V y XIV y la propiedad y la libertad contractual de la Enmienda V y artículo I, sección 10<sup>a</sup>, cláusula 1<sup>a</sup>). En cuanto a las personas jurídico-privadas, pueden apoyarse en derechos fundamentales en tanto que se trate de derechos que no sean personalísimos (como lo es el sufragio, por ejemplo)<sup>15</sup>: libertad de expresión y de prensa, la prohibición de la pena reduplicada, protección frente a registros domiciliarios y secuestros, derechos económicos como la propiedad, garantías del debido proceso y la protección igual.

---

13 Ibídem, pp. 918 ss.

14 Véase, no obstante, *Pyle v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982): protección de la cláusula de trato igual a niños extranjeros indocumentados en cuanto a su educación (derecho no fundamental).

15 Winfried Brugger, *Einführung ...*, cit., pp. 85 ss. y Nancy C. Johnson, “*Verreinigte ...*”, cit., pp. 922 ss.

## V.- LOS DESTINATARIOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES<sup>16</sup>

En primer lugar, se plantea la cuestión de si sólo la Federación o también los Estados son destinatarios de la garantía constitucional de los derechos fundamentales y, a la vista del conocido como “debate de la incorporación” en torno a la Enmienda XIV, la respuesta ha de ser que también los Estados están vinculados por los derechos fundamentales, pues la jurisprudencia moderna ha venido a equiparar a estos efectos prácticamente el nivel federal y el estatal.

En lo que se refiere a la vinculación frente a particulares o sólo frente al Estado (aquí entendido como Estado global, comprensivo de la Federación y los Estados federados), la jurisprudencia del TS, generalmente aceptada, considera que la protección de los derechos fundamentales se dirige sólo frente a la “state action”, algo que está “well established” y es “easily stated”, si bien la cuestión de si una determinada actuación es “private” o “state action” “frequently admits of no easy answer”. Para ello, será preciso determinar “whether there is a sufficiently close nexus between the State and the challenged action of the regulated entity so that the action of the alter may be fairly treated as that of the State itself. The true nature of the State’s involvement may not be immediately obvious, and detailed inquiry may be required in

---

16 En lo que se refiere a los destinatarios de los derechos fundamentales en EEUU (y su eventual eficacia horizontal o *Drittwirkung*), el tema ha sido tratado recientemente, en nuestra literatura científica, por Juan María Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, McGraw Hill, Madrid, 1997, *in toto*; véase, también, más recientemente, *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 121 S. Ct. 924 (2001) y los votos particulares disidentes allí formulados; y Mark Tushnet, “The issue of state action/horizontal effect in comparative constitutional law”, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, volume 1, number 1, 2003, pp. 79 ss.

order to determine whether the test is met"<sup>17</sup>. La determinación de si existe ese "nexo suficientemente estrecho" permite otorgar protección frente a supuestos de mixtura de actuación pública y actuación privada o proximidad de ésta a una actuación pública en sentido estricto al tiempo que marca un parámetro lo bastante flexible como para que las distintas sensibilidades del TS a lo largo del tiempo, en función de múltiples factores, puedan llevar a cabo una interpretación más o menos amplia (período *Warren*) o estrecha (períodos *Burger* y *Rehnquist*, hasta hoy) de lo que se entiende por "state action"<sup>18</sup>.

Así, por ejemplo, en 1961 el TS consideró que había *state action* en la negativa de un restaurante privado a servir a personas afroamericanas sobre la sola base de que el mismo estaba ubicado en una finca que le había sido arrendada por una instalación de aparcamiento público (*Burton v. Wilmington Parking Authority*, resuelto por la *Corte Warren*); o en 1963 respecto de un restaurante privado que había sido animado a discriminar por dos funcionarios locales (*Lombard v. Louisiana*, resuelto por la *Corte Warren*); o en 1964 respecto de un parque de atracciones que ejecutó su prohibición de entrada a afroamericanos empleando un sheriff fuera de servicio pero vestido con su respectivo uniforme (*Griffin v.*

---

17 *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S., 345, 349 ss. (1974).

18 Téngase en cuenta que la Corte Warren generó, con su jurisprudencia igualitaria respecto de las personas de raza negra, una fuerte resistencia, asumida por el candidato Richard Nixon a la presidencia del país, quien luego, tras ganar las elecciones presidenciales, eligió a los jueces Burger (1969) y Rehnquist (1972) (también a Blackmun en 1970 y a Powell en 1972) para la Corte Suprema. No obstante, debe decirse que esa interpretación restrictiva de la "state action" por la jurisprudencia de las últimas décadas ha conocido una excepción respecto de la recusación discrecional por motivos raciales de jurados durante el proceso de selección de los mismos, ámbito en que, como nos dice O'Brien, "la Corte Rehnquist ha hecho cumplir enérgicamente la doctrina de la 'state action'" [*Powers v. Ohio*, 499 U.S. 400 (1991), *Edmonson v. Leesville Concrete Co.*, 500 U.S. 614 (1991) y *Georgia v. McCollum*, 505 U.S. 42 (1992)]. Véase, al respecto, David M. O'Brien, *Constitutional Law and Politics*, volumen 2 (*Civil Rights and Civil Liberties*), W. W. Norton, Nueva York, 2003, pp. 1329 ss.

*Maryland*, resuelto por la Corte Warren); pero no hay, en cambio, *state action* en la concesión de una licencia de venta de alcohol por parte de las autoridades respecto de la discriminación ejercitada por los propietarios de un club que no admitía el ingreso de personas de raza negra al no haber “ninguna prueba del propósito de fomentar o estimular la discriminación racial” (*Moose Lodge No. 107 v. Irovis*, 1972, asunto resuelto ya por la Corte Burger).

Con todo, la determinación de lo que es “state action” y lo que es una actividad puramente privada es, desde luego, una tarea harto compleja, hasta el punto de que una autorizada voz, la de Charles Black, ha dicho, no sin cierta ironía, que “‘state action’ [is] a term of art in our constitutional law”<sup>19</sup>. Así se entiende que la propia Corte Suprema no haya podido menos que reconocerlo: “What is ‘private’ action and what is ‘state’ action is not always easy to determine. See *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715. Conduct that is formally ‘private’ may become so entwined with governmental policies or so impregnated with a governmental character as to become subject to the constitutional limitations placed upon state action”.

Tampoco se encuentran en la doctrina norteamericana, ni menos en su jurisprudencia, criterios generales claros de cuándo puede entenderse que hay “state action” y cuándo no. Una vez más, ha sido Bruggger quien ha realizado el más serio intento de sistematización al respecto y considera que de la jurisprudencia de la Corte Suprema se deduce que hay una mezcla suficiente de acción estatal y privada para considerar que hay “state action” en dos grupos de casos especialmente:

a) por un lado, los casos en que los particulares desempeñan, con aprobación del Estado, bien funciones públicas “in natu-

---

19 Charles Black, “State Action”, en Kenneth L. Karst (ed.), *Civil Rights and Equality*, Macmillan, Nueva York, 1989, p. 44.

re” o tareas que han sido tradicional y exclusivamente llevadas a cabo por poderes públicos<sup>20</sup> (*public functions doctrine*)<sup>21</sup>;

- 20 La teoría de la función pública podía entender que había una función pública cuando: a) había una relación con el público; b) era de importancia para la opinión pública; c) tenía en el nivel estatal una contraparte paragonable; o d) tenía un carácter equiparable a la soberanía. Y dado que estos cuatro diversos puntos de vista, que en gran parte se superponen, han encontrado eco en la jurisprudencia, pero, por diversas razones, podían dar lugar a una dinámica expansiva que acabara por considerarse como *state action* gran parte de la actividad privada, y ello se ha considerado poco conveniente por muchos, lo cierto es que la jurisprudencia más reciente ha abandonado crecientemente su exégesis anterior y en el fondo ha vuelto a los casos iniciales de la delegación oficial de poder estatal de la *company town* (véase nota siguiente). Los criterios delimitadores de la nueva jurisprudencia se refieren en especial a dos puntos o aspectos: sólo hay *state action* en el sentido de la teoría de la función pública cuando un particular lleva a cabo, con consentimiento estatal, tareas que *tradicional y exclusivamente* han sido llevadas a cabo por el poder público. Seguimos aquí a Winfried Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1987, pp. 33-34, quien señala, no obstante, que también al respecto sigue habiendo cuestiones dudosas y contradicciones.
- 21 Aquí se comprenderían dos supuestos: a) las elecciones primarias, y en especial con relación a los llamados *white primary cases* (elecciones primarias entre blancos en que se excluía la participación de personas de raza negra como votantes o candidatos, con un virtual efecto discriminatorio), se considera que los partidos políticos, asociaciones o clubs que forman parte de la estructura de los partidos que intervienen en dichas elecciones primarias asumen una función pública por naturaleza (*in nature*): “where a State delegates an aspect of the elective process to private groups, they become subject to the same restraints as the State” [*Evans v. Newton* 382 U.S. 296, 299 (1966)] por referencia a *Terry v. Adams*, 345 U.S. 461]; b) los supuestos de actuación funcionalmente equivalente a la de instituciones públicas, siendo aquí clásico el caso *Marsh v. Alabama* 326 U.S. 501 (1946), relativo a las ciudades de propiedad y gestión privada (*company towns*): “Ownership does not always mean absolute dominion. The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it. Cf. *Republic Aviation Corp. v. N.L.R.B.*, 324 U.S. 793, 65 S.Ct. 982, 985, 987, note 8, 157 A.L.R. 1081. Thus, the owners of privately held bridges, ferries, turnpikes and railroads may not operate them as freely as

b) por otro lado, y aquí es donde se mueve sobre todo la jurisprudencia más reciente, deben mencionarse aquellos otros casos en que la actuación privada aparece apoyada por órganos del Estado o estrechamente vinculada de forma suficiente a actuación estatal, lo que ocurriría cuando “se ha considerado que el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, ha resultado implicado” en la conducta privada en una medida significativa, si bien el TS precisa que “sólo mediante la criba de los hechos y la ponderación de las circunstancias puede atribuírsele su verdadera significación a la implicación no-obvia del Estado en la conducta privada”, ya que “establecer y aplicar una fórmula precisa para el reconocimiento de la responsabilidad del Estado conforme a la cláusula de la protección igual es una ‘tarea imposible’ que ‘este Tribunal no ha intentado nunca’”. En definitiva, el TS reconoce la imposibilidad de hallar una fórmula fija en abstracto para determinar cuando existe *state action* por conexión con el Estado o apoyo de los titulares del poder público y procede orientado por grupos de casos. Como señala Bilbao Ubillos, “la complicidad del Estado puede adoptar diversas formas y grados. La escala iría desde la participación más intensa y evidente, la compulsión o constricción por parte del Estado, hasta la simple tolerancia o aquiescencia, pasando por una amplia

---

a farmer does his farm. *Since these facilities are built and operated primarily to benefit the public and since their operation is essentially a public function, it is subject to state regulation*” (p. 506; cursiva nuestra); para centros comerciales, véase *Pruneyard Shopping Center v. Robbins* 447 U.S. 74 (1980); ; para un parque gestionado por particulares para ser disfrutado sólo por blancos, *Evans v. Newton* 382 U.S. 296 (1966): “The service rendered even by a private park of this character is *municipal in nature*. It is open to every white person, there being no selective element other than race. Golf [382 U.S. 296, 302] clubs, social centers, luncheon clubs, schools [...] and other like organizations in the private sector are often racially oriented. A park, on the other hand, is more like a fire department or police department that traditionally serves the community. Mass recreation through the use of parks is plainly in the public domain, *Watson v. Memphis*, 373 U.S. 526; and state courts that aid private parties to perform that public function on a segregated basis implicate the State in conduct proscribed by the Fourteenth Amendment. Like the streets of the company town in *Marsh v. Alabama* [...] the elective process of *Terry v. Adams* [...] and the transit system of *Public Utilities Comm’n v. Pollak* [...] the predominant character and purpose of this park are municipal”.

gama de contactos, conexiones, medidas de apoyo o fomento, intervenciones legislativas o judiciales, etc. La tarea del juzgador será precisamente rastrear y descubrir en la conducta lesiva de un derecho constitucional esos incidios de complicidad, activa o pasiva, de un poder público. Y demostrar, además, que esa complicidad con el presunto infractor es significativa”. Aquí distingue Bilbao, básicamente, cinco grupos de casos: a) los supuestos referidos a disposiciones contractuales por las que el propietario de un inmueble se compromete a no venderlo o alquilarlo a personas de color o que pertenezcan a otras minorías raciales (*racially restrictive covenants*)<sup>22</sup>; b) supuestos en que hay una asociación o interdependencia entre el Estado y el actor privado (por ejemplo, restaurante inserto en un aparcamiento propiedad del Estado que niega el servicio a un

---

22 *Buchanan v. Warley* 245 U.S. 60 (1917), declarando inconstitucional una ordenanza municipal que prohibía que personas de una raza, blancos o negros, ocupasen una vivienda en un bloque o zona habitada mayoritariamente por personas de la otra raza; *Shelley v. Kraemer* 334 US 1 (1948), revisando la doctrina tradicional desde *Corrigan v. Buckley* 271 U.S. 323 (1926), concluye que desde el momento en que un tribunal (estatal) interviene para dar ejecución a un *racially restrictive covenant* hay ya *state action*, ya que, a diferencia de los casos en que el convenio se cumple voluntariamente por las partes y no se provoca la intervención judicial, cuando no es así y un tribunal convalida una cláusula contractual discriminatoria, amparando a quien la alega, resulta “claro que si no es por la activa intervención de los tribunales, con el respaldo del poder estatal, los demandantes habrían podido ocupar libremente las propiedades en cuestión, sin restricciones. No son casos, como se ha sugerido, en los que los Estados se abstienen simplemente de intervenir [...] Antes bien, son casos en los que los Estados han puesto a disposición de esos individuos todo el poder coercitivo del Estado”. No obstante, el TS, si no ha abandonado esta doctrina, sí que ha hecho, en el mejor de los casos, una lectura restrictiva de la misma: véase, respecto a un convenio colectivo que legitimaba el despido por pertenencia del trabajador al partido comunista, *Black v. Cutter Laboratories* 351 U.S. 292 (1956) y, respecto a ciertas disposiciones testamentarias discriminatorias, *Evans v. Abney* 396 U.S. 435 (1970), pero también véanse *Edmonson v. Leesville Concrete Co.* 500 U.S. 614 (1991: respecto al desahucio discriminatorio) y *NAACP v. Claiborne Hardware Co.*, 458 U.S. 886 (1982: boicot racial) y *Bell v. Maryland* 378 U.S. 226 (1964: sentada de protesta de personas de raza negra en una propiedad privada supuestamente allanada con tal conducta).

ciudadano negro<sup>23</sup> o actuaciones de una entidad en cuyos órganos de dirección hay representantes designados por poderes públicos<sup>24</sup>); c) supuestos en que el Estado resulta implicado por medio de estímulos o ayudas que favorecen (*encourage*) la acción privada<sup>25</sup>, como la financiación pública (sustancial) de una cierta actividad privada<sup>26</sup> o la simple autorización normativa a las compañías ferroviarias de practicar pruebas de alcoholemia o detección de drogas a sus empleados que incumpliesen determinadas reglas de seguridad<sup>27</sup>, si bien la jurisprudencia parece exigir que la implicación del Estado no sea genérica respecto de esa actividad privada, sino específica respecto de la conducta lesiva de derechos constitucionales<sup>28</sup>; d) las omisiones estatales que suponen una autorización tácita de la conducta privada<sup>29</sup>, incluso la mera tolerancia estatal de una costumbre, siempre que ésta tenga fuerza de ley<sup>30</sup>.

A partir de un estudio de la amplia jurisprudencia sobre este extremo, Brugger<sup>31</sup> descubre ciertos criterios ponderativos empleados por el TS para aceptar o denegar la existencia de *state action* y que serían los siguientes:

- 1.- La *tolerancia o aceptación estatal* de actos de particulares lesivos de derechos fundamentales (por ejemplo, discriminatorios) no representa “*state action*”, con lo cual hay un re-

---

23 *Burton v. Willmington Parking Authority* 365 U.S. 715 (1961).

24 *Pennsylvania v. Board of Trusts* 353 U.S. 230 (1957).>

25 *Reitman v. Mulkey* 387 U.S. 369 (1967: es “acción estatal” la reforma constitucional que da cobertura a la negativa de un particular a vender o alquilar a una persona, incluso por razón de la raza de la contraparte).

26 *Norwood v. Harrison* 413 U.S. 455 (1973), *Runyon v. McCrary* 427 U.S. 160 (1976).

27 *Skinner v. Railway Labor Executives’ Association* 489 U.S. 602 (1989).

28 *Blum v. Yaretsky* 457 U.S. 991 (1982).

29 *Truax v. Corrigan* 257 U.S. 312 (1921)

30 Así se deduciría de *Adickes v. SH Crees & Co* 398 U.S. 144 (1970).

31 Winfried Brugger, *Grundrechte ...*, cit., pp. 35 ss. e íd., *Einführung ...*, cit., pp. 89-90.

chazo de la equiparación del actuar positivo y la omisión<sup>32</sup> y así ocurre incluso cuando ello se basa en el poder del Estado para prohibir la conducta en cuestión del particular (por ejemplo, racista);

- 2.- El hecho de que sean particulares los que lleven a cabo prestaciones universales tradicionalmente estatales como bomberos, policía, agua y electricidad no basta tampoco para considerar que hay “state action”<sup>33</sup>. El TS no incluye aquí, no obstante, los supuestos de respaldo especial y no necesariamente estatal (incluidas desgravaciones fiscales) y así, respecto al préstamo sin coste de libros escolares a todas las escuelas públicas y privadas, el TS lo ha prohibido respecto de las escuelas privadas racistas: “A State may not grant the type of tangible financial aid here involved if that aid has a significant tendency to facilitate, reinforce, and support private discrimination”<sup>34</sup>;
- 3.- Tampoco basta con que exista una regulación parcial de la conducta de los particulares por medio de normas estatales para considerar que hay *state action*, ni siquiera cuando esa regulación, como ocurre respecto de los servicios “públicos” gestionados privadamente (agua, electricidad, gas), es densa<sup>35</sup>. La concesión de una licencia estatal para la venta de alcohol a un tabernero privado que seguidamente prohíbe la entrada a su local de personas de raza negra no

---

32 Véase *DeShaney v. Winnebago County Dept. of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989): no hay “state action” si las autoridades públicas no intervienen ante el conocimiento de que un padre maltrata a su hijo. Sí la hay, no obstante, cuando está el menor bajo la tutela o cuidado estatal: *Youngberg v. Romeo*, 457 U.S. 307 (1982).

33 Véase *Moose Lodge v. Irvis*, 407 U.S. 163, 173 (1972); *Rendell-Baker v. Kohn*, 457 U.S. 830 (1982). La cosa es distinta cuando se trata de empresas estatales: *Memphis Light, Gas and Water División v. Craft*, 436 U.S. 1 (1978).

34 *Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455, 466 (1973).

35 *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974), 350 ss. (1974).

es *state action*, si bien ello puede variar en tanto los restaurantes escaseen y exista por tanto una situación de monopolio<sup>36</sup>. En estos casos, como también en todos los demás, debe realizarse una investigación *in casu* con arreglo a los criterios que se pasan a enumerar:

- 4.- Más bien, es necesario que en el caso concreto: a) la autoridad pública coloque su poder, su propiedad o su prestigio detrás de la actuación de los particulares contraria a los derechos fundamentales y apoye a ésta; o b) que exista una relación simbiótica o asociativa entre los particulares y la actuación estatal<sup>37</sup>. Debe existir, por tanto, una facilitación, promoción, autorización o coerción probadas por parte del Estado de un acto privado discriminatorio para que quepa sostener que ha habido *state action*.
- 5.- Por último, no cabe considerar apoyo estatal a un acto privado lesivo de derechos fundamentales la inexistencia de un recurso, pero sí lo es que un convenio privado discriminatorio deba ser ejecutado judicialmente<sup>38</sup>, si bien de ello no debe derivarse que haya *state action* en toda hipótesis en que una resolución judicial posibilite un actuar discriminatorio de particulares, pues no será así cuando la conexión del tribunal con el acto privado en cuestión sea demasiado débil e inespecífica, ya que, en tal caso, ello “does not sufficiently

---

36 Véase *Moose Lodge v. Irvis*, 407 U.S. 163, 173 (1972) y los votos particulares (pp. 179 ss. y 184 ss).

37 *Burton v. Wilmington Parking Authority*, 365 U.S. 715, 725 (1961); *Moose Lodge No. 107 v. Irvis*, 407 U.S. 163, 177 (1972); *National Collegiate Athletic Association v. Tarkanian*, 488 U.S. 179, 191 ss. (1988).

38 Crítico con ello, Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, en Lawrence M. Friedman y Harry Schreiber (eds.), *American Law and Constitutional Order. Historical perspectives*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1978, p. 417.

implicate the State” “in any realistic sense” [as] “a partner or even a joint venturer”<sup>39</sup>.

A todo lo anterior debe añadirse que, según ha destacado Bilbao Ubillos entre nosotros, en la praxis jurisprudencial se observa “una cierta confusión” entre la justificación a partir de la naturaleza pública o funcional o virtualmente pública de la actividad en cuestión (conforme a la teoría de la función pública) y las referencias simultaneas que se encuentran frecuentemente a la existencia de una delegación formal o tácita por parte de los poderes públicos de un poder inequívocamente público y, con ello, de la perspectiva de la implicación del Estado en la actividad privada; y a la inversa, en las sentencias basadas en la conexión con el aparato estatal para apreciar que ha habido “state action”, en algunos casos “es posible también un enfoque centrado en el ejercicio de una actividad material o sustancialmente estatal”. Así pues, concluye Bilbao, “lo que ocurre, en realidad, es que las dos modalidades de la doctrina de la *state action*, perfectamente deslindables en teoría, aparecen en muchas decisiones entremezcladas”<sup>40</sup>.

Ello, en realidad, no es más que una faceta de la praxis jurisprudencial enormemente flexible, pragmática y vinculada al caso particular que caracteriza a la doctrina de la *state action* en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU, como Brugger ha destacado. El TS, dice este autor, no se pregunta por el peso, en el conjunto de la comunidad, del valor que subyace a un derecho fundamental, sino que investiga, apegado al caso concreto, el grado de anudamiento de la conducta privada y la estatal, si bien con tal proceder no puede el Tribunal evitar llevar a cabo decisiones sobre el peso y la valoración de las pretensiones en juego<sup>41</sup>. En definitiva, existe siempre una ponderación equilibradora, bien que muy apegada al caso concreto y dependiente en gran medida de

---

39 *Moose Lodge v. Irois*, 407 U.S. 163, 177 (1972).

40 Juan María Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales ...*, cit., p. 75.

41 Winfried Brugger, *Grundrechte ...*, cit., pp. 36 ss.

la sensibilidad de la Corte en cada momento histórico, por lo que toda generalización, en especial a lo largo del tiempo, se presenta especialmente problemática en este campo. No sorprende que Bilbao remate su penetrante estudio reconociendo que “no hemos avanzado mucho en el esclarecimiento de lo que verdaderamente significa esta corriente jurisprudencial, de las premisas de las que parte, de sus límites y de su lógica interna, si es que la hay. La incertidumbre seguirá siendo la nota dominante mientras la Corte no clarifique su posición”<sup>42</sup>.

#### **VI.- EL MÉTODO DE EXAMEN DE LAS CUESTIONES RELATIVAS A LOS DERECHOS Y SUS LÍMITES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS EEUU**

En lo que se refiere a la cuestión capital del *método de examen* de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales, es sabido que en la doctrina alemana se distinguen tres fases de análisis *escalonado*: a) ámbito normativo o de protección o “tipo” del derecho fundamental (vida, domicilio, etc.); b) intervención en el derecho fundamental; c) justificación de tal intervención. Pues bien, este esquema no es aplicado por la jurisprudencia norteamericana como tal ni menos por la doctrina, pero es posible reconstruir la jurisprudencia norteamericana y distinguir tres fases de análisis más o menos análogas a las propias del Derecho germánico y, más difusamente, también utilizadas en el Derecho español. Pero debe subrayarse que su uso, así como el de parámetros generales de examen de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales, tal y como destaca Brugger, es puramente como estándar heurístico que siempre hay que revisar respecto de los distintos grupos de casos de que se trate, ya que la jurisprudencia norteamericana no utiliza estos criterios tan generales en sí, sino parámetros de control específicos de un derecho fundamental o de grupos de

---

42 Juan María Bilbao Ubillos, *Los derechos fundamentales ...*, cit., p. 160. Sobre algunos planteamientos críticos respecto de esta jurisprudencia, véanse pp. 161 ss. de dicho libro.

derechos fundamentales<sup>43</sup>. Pero, una vez aclarado esto, pueden distinguirse en el examen de una cuestión relativa a los derechos fundamentales, tres fases principales:

- a) una primera se referiría a la fijación del ámbito normativo, ámbito de protección o “tipo” del “civil right” de que se trate. Como señala Brugger, el TS utiliza y la doctrina discute varias perspectivas hermenéuticas posibles a estos efectos. La definición del ámbito de protección (inicial) del derecho fundamental puede apoyarse en (1) el análisis lingüístico de un concepto, (2) en las ideas e intenciones históricas de los padres de la Constitución y, en tanto sea posible, (3) en la relación o conexión sistemática del precepto constitucional. Si el proceso hermenéutico para la fijación del ámbito normativo o “tipo iusfundamental” se limita a estas tres fuentes, estaremos ante una interpretación “interpretativista” o exegética. Pero para ello pueden ser también decisivos (4) determinados valores materiales como el bien común, la justicia, la libertad, la igualdad, el consenso o la tradición, valores que reposan en determinadas concepciones axiológicas materiales y llevan a una interpretación “sustancial”, o bien los valores tenidos en cuenta pueden ser otros de carácter procedimental como el principio democrático o representativo, que llevarían a una interpretación “procedimental”. Junto a lo anterior, y entre otros factores, también pueden jugar un papel: (5) las valoraciones de la eficiencia (costes y aplicabilidad de una norma, por ejemplo); y (6) los prejuicios del tribunal<sup>44</sup>.
- b) En una segunda fase, debería examinarse si ha habido una intervención en el derecho fundamental y, sobre todo, qué intensidad presenta dicha intervención. Para ello ha de atenderse ya a la literalidad de la Constitución, cuyas

---

43 Winfried Brugger, *Einführung ...*, cit., p. 90.

44 Winfried Brugger, *Grundrechte ...*, cit., pp. 39-40.

previsiones van desde “impair” (*the Obligation of Contracts*: artículo 1, sección 10<sup>a</sup>, cláusula 1<sup>a</sup>) o “abridge” (*freedom of speech; privileges and immunities; right to vote*: enmiendas I; XIV, sección 1<sup>a</sup>; XV, sección 1<sup>a</sup>) hasta “deprive” (*life, liberty, or property*: enmienda 14, sección 1), “prohibit” (*exercise of religion*: enmienda 1<sup>a</sup>), “take” (*private property*: enmienda V), “deny” (*equal protection of the laws; right to vote*: enmienda XIV, sección 1<sup>a</sup>; XV, sección 1<sup>a</sup>) e “inflict” (*cruel and unusual punishment*: enmienda VIII). Pero esta terminología sólo marginalmente puede ser de utilidad, siendo lo decisivo la diferenciación dogmática a partir de una valoración jurídico-constitucional de los intereses públicos y privados concurrentes. El texto constitucional deja abierto qué papel juega la intención de intervenir y en qué momento debe ello examinarse, sin que exista una línea clara en la jurisprudencia, que atiende más bien a grupos de casos, perteneciendo a las más discutidas cuestiones dogmáticas la determinación de la relevancia constitucional de una intención “mala” (por ejemplo, discriminatoria), puesto que una regulación subjetivamente “sospechosa” siempre puede ser todavía justificada por razones objetivas ligadas al bien común y la investigación de los motivos legislativos es una de las tareas más complejas del control constitucional<sup>45</sup>.

- c) En una tercera fase, debe examinarse si la intervención en el derecho fundamental aparece constitucionalmente justificada. En primer lugar, debe determinarse si la ley se basa en un interés estatal perentorio y legítimo<sup>46</sup> [*Shapiro v. Thomson*, 394 U.S. 618, 634 (1969)] y, a falta de toda sistemática constitucional de las restricciones, una intervención puede justificarse, bien a partir del “police power” (que comprende las regulaciones legislativas y administrativas

---

45 Winfried Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit ...*, cit., pp. 40-41.

46 Nancy C. Johnson, “Vereinigte ...”, cit., p. 941.

relativas a la seguridad, salud, bienestar y moral de la población y no se limita ni a actos particulares ni a la defensa de un peligro) o, si se trata de regulaciones nacionales, a partir de las disposiciones competenciales (las competencias de la Federación son limitadas, pero el TS reconoce amplias competencias implícitas). No obstante, la determinación del fin de la ley y si puede el TS cuestionarse el fin fijado expresamente por la ley para determinar el verdadero fin de la misma son cuestiones abiertas.

En segundo lugar, el mandato legal tiene que estar en relación, de un modo claro y racionalmente reconocible, con el objetivo estatal o finalidad de la ley [*NAACP v. Button*, 371 U.S. 415, 433, 438 (1963)]. Y en tercer lugar, las medidas previstas y adoptadas han de acreditarse como la forma más suave de restricción de derechos fundamentales para el logro del fin legal o interés estatal [*Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398, 406 (1963)]<sup>47</sup>. Aquí la cuestión que se plantea es la de qué peso ha de tener un aspecto del bien común para justificar constitucionalmente una restricción de un derecho fundamental y es posible diferenciar en la jurisprudencia, según cual sea el derecho fundamental o grupo de derechos fundamentales afectados por la restricción, tres tipos de intereses públicos que han de concurrir: a) un interés público apremiante (*compelling*), excepcional; b) un interés público importante, sustancial (*substantial*); c) un interés público básicamente sustentable, racional o legítimo (*rational, legitimate*). Y en cuanto a la intensidad

---

47 Nancy C. Johnson, "Vereinigte ...", cit., pp. 941-942. El control se reduce considerablemente cuando se trata de derechos económicos, bastando con que la regulación estatal conlleve una elección de un medio que presente una relación fáctica y adecuada con el objetivo estatal pretendido [*Nebbia v. N.Y.*, 291 U.S. 502 (1934)]. Cuando se trata de una colisión de derechos fundamentales, el TS resuelve mediante una compleja y casuística ponderación que difícilmente se presta a generalizaciones, si bien es de destacar que el TS tenderá a legitimar menos las restricciones a los derechos fundamentales de la Primera Enmienda o cuanto mayor sea la relación de determinados derechos constitucionales con los derechos de la Primera Enmienda de la Constitución.

de control por el TS, éste distingue entre: a) el *strict scrutiny test*, que se aplica, en especial, cuando existen inferencias o intervenciones en los derechos fundamentales expresos en la Constitución u otros derechos básicos desarrollados por la jurisprudencia (*preferred rights* o *preferred freedoms*) o cuando la legislación emplea clasificaciones “sospechosas” con relación a la *equal protection-clause* y que exige que el interés público que se busca proteger sea un interés importante, apremiante y que el medio elegido sea necesario y adecuado; b) el *rational basis test* se aplica, en general, en todos los demás casos (intereses ligados a libertades innominadas que no se consideran por el TS como libertades básicas equiparables a los derechos fundamentales o cuando, respecto de la igualdad, se utilizan clasificaciones de las no sospechosas<sup>48</sup>), y basta con que el legislador pretenda realizar básicamente cualquier interés legítimo del bien común y el medio elegido sea posiblemente apto para lograrlo; pero, c) en algunos casos, se aplica un estándar de examen intermedio (*intermediate level of scrutiny*): el interés público a realizar debe ser considerable, pero no sobresalientemente importante y además el medio elegido debe encerrar algo más que simplemente la posibilidad de estimular el interés común pero sin que se examine estrictamente la adecuación o necesidad. Debe también decirse, por último, que algunos jueces han reclamado un flexible *sliding scale test*, conforme al cual el peso necesario del interés público y la severidad de la relación medio/fin debería determinarse según la intensidad de la intervención del acto estatal

---

48 No obstante, cuando se trataba de enjuiciar la constitucionalidad de una ley estatal que denegaba financiación a distritos escolares para la educación de niños “ilegales” en los EEUU, la mayoría del TS, aun considerando que los extranjeros indocumentados no son una clase sospechosa al venir causada su situación de ilegalidad por su propia actuación y la educación no es un derecho fundamental, decidió aplicar un *heightened scrutiny* a la vista de la importancia especial y duradera de la educación con relación a otros beneficios de bienestar social y dado que los niños indocumentados no eran responsables de dicha situación de ilegalidad, exigiendo así a dicha política que persiguiera un “substantial governmental interest”, lo que a la postre se concluyó que no era el caso. *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

y la fundamentalidad del interés protegido por el derecho fundamental afectado, lo que llevaría a una maximización del control constitucional y a una correlativa minimización de la previsibilidad de las decisiones del TS<sup>49</sup>.

No obstante, con independencia del peso de intereses legítimos del bien común, algunos fines regulatorios se consideran como *prima facie* inconstitucionales: a) si el Estado no puede dar ninguna razón legítima para una restricción de un derecho fundamental, si simplemente quiere perjudicar a un titular o a un grupo de titulares de derechos fundamentales en sí mismos, estamos ante una regulación arbitraria; b) las regulaciones que se dirigen directa o indirectamente a la opresión del ejercicio de los derechos fundamentales son igualmente ilegítimas<sup>50</sup>.

Por otro lado, si bien en ocasiones el examen de la legitimidad de las restricciones a los derechos fundamentales se refiere al medio en sí mismo elegido, en otras se refiere al nexo entre el medio elegido y el fin perseguido, pudiendo aquí distinguirse tres parámetros de examen diferentes que con frecuencia, pero no siempre, están en paralelo con los tres tipos de intereses estatales que pueden justificar restricciones a los derechos fundamentales a que antes se hizo referencia. El nexo entre el medio y el fin ha de ser: a) estrecho, casi absoluto (*close fit*); b) directo, sustancial; o c) *loose, rational*. Según el parámetro estricto para intervenciones en los derechos fundamentales u otros derechos básicos debe existir tanto un interés apremiante como también una relación estrecha probada entre el medio y el fin, siendo el resultado práctico de la aplicación de este test, en la mayoría de los casos, la inconstitucionalidad de la regulación estatal. En los restantes casos, aparte ahora de las hipótesis de escrutinio “intermedio”, basta con que el Estado persiga un interés comunitario básicamente defendible y el medio elegido no sea totalmente irracional, lo que conlleva un

---

49 Winfried Brugger, *Einführung ...*, cit., pp. 91-92.

50 Winfried Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit ...*, cit., pp. 41-42.

margen de juego casi ilimitado para el poder público en el ámbito de la legislación económica y social. De este modo, en la mayor parte de los casos (aunque no en todos, obviamente), con la decisión metodológica sobre la aplicación bien del *strict scrutiny*, bien del *rational basis test* se está ya prejuzgando el resultado material del examen sobre los derechos fundamentales.

Los principios de examen de la relación medio a fin en este ámbito no contienen ningún mandato idéntico al del principio de necesidad o intervención mínima como subprincipio de la proporcionalidad en la caracterización del TCFA y la doctrina alemana, luego asumida por nuestro TC y nuestra doctrina también, que exigiría elegir siempre para el logro de un determinado fin de interés público legítimo aquel medio que intervenga lo menos posible en el derecho fundamental *de entre los varios igualmente eficaces para lograr el fin* que estén disponibles, pero, como dice Brugger, a quien seguimos en esta exposición, tácitamente el *strict scrutiny test* se aproxima a este principio de necesidad e, incluso, respecto a la libertad de expresión, el TS ha tratado de modo expreso el principio de la intervención proporcional en algunos casos.



## CAPÍTULO SEGUNDO

### ENSAYO DE UNA TEORÍA GENERAL SUSTANTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS\*

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA GENERAL; II.- FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; III.- TITULARIDAD; IV.- SUJETOS PASIVOS; EFECTO INTER PRIVATOS; V.- VIGENCIA TEMPORAL Y ESPACIAL; SISTEMAS NACIONALES DE RECEPCIÓN; VI.- SISTEMAS DE RECEPCIÓN NACIONAL DEL CEDH Y FORMAS DE INFLUJO DE ESTE EN EL DERECHO NACIONAL; VII.- EXAMEN ESCALONADO DE LOS PROBLEMAS RELATIVOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; VIII.- ÁMBITO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. REFERENCIA PARTICULAR A LAS “OBLIGACIONES POSITIVAS”; IX.- INJERENCIA, INTERVENCIÓN O INTERFERENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES; X.- JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN: X.1.- Cobertura legal; X.2.- Fin legítimo según el Convenio; X.3.- Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad; XI.-CONCLUSIÓN

---

\* Publicado originariamente en Javier García Roca y Pablo A. Fernández Sánchez (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2009, cap. V.

## I.- INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UNA TEORÍA GENERAL

El TEDH dicta varios cientos de resoluciones cada cuatrimestre. Esta copiosidad da una idea de la relevancia, pero también de la dimensión inabarcable incluso para el especialista, de su doctrina. Y también hace cada vez más acuciante disponer de una teoría general de los derechos fundamentales en el CEDH, para contribuir a hacer manejable por los autores y los operadores jurídicos toda esa caudalosa jurisprudencia. Otra razón, colateral pero de peso, para formular esta teoría general es que, sea cual sea el futuro constitucional de la Unión Europea, y el estatuto de los derechos fundamentales en el seno de la misma como el más importante de sus “fragmentos de Constitución”,<sup>1</sup> es claro que el CEDH será, como mínimo, un punto de referencia central en ese ámbito, y probablemente Derecho formalmente vinculante para la Unión Europea como tal.

Y si una construcción *dogmática* de cada uno de los derechos fundamentales del CEDH en particular es deficiente, aunque puede ser útil, si se limita, como ocurre muchas veces, a un listado más o menos sistematizado de casos resueltos por el TEDH, es claro que ello no es ya posible o útil si se trata de ofrecer una teoría general de los mismos, que ha de consistir en extraer de su jurisprudencia —como punto de partida inexcusable—, a través de una prudente generalización de casos significativos o reiterados, los aspectos comunes a todos o la mayor parte de los derechos del Convenio. Esto es lo que intentaremos hacer en este ensayo.<sup>2</sup>

---

1 Hoy por hoy, y utilizando un símil con el famoso libro de Jellinek sobre “Fragmentos de Estado”, la Unión Europea sigue teniendo sólo “fragmentos de Constitución”, de una verdadera Constitución.

2 Este trabajo intenta ser, de entrada ya por razones de espacio, sólo una primera aproximación a esa teoría general de los derechos fundamentales del CEDH y, especialmente, a sus aspectos más controvertidos. Cfr. ya nuestro trabajo “Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 25, nº 74, 2005, pp. 111-138. Es por

## II.- FUNCIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es claro que los derechos fundamentales, como conjunto e individualizadamente cada uno de ellos, desempeñan una función básica o primaria: la protección de la libertad en sentido lato del individuo, libertad que, no obstante, no es ni puede ser absoluta, como no lo es ningún derecho fundamental, pues todos ellos conocen límites, salvo acaso la interdicción de torturas<sup>3</sup>. Pero cuando aquí hablamos de funciones de los derechos fundamentales nos estamos refiriendo, presuponiendo desde luego lo anterior, a una cuestión distinta.

---

ello innecesario decir que muchas cuestiones que requerirían ser matizadas no podrán serlo aquí y otras no son abordadas por haber sido ya tratadas ampliamente entre nosotros (la historia y evolución del CEDH y el TEDH, el rango del Convenio a nivel internacional y nacional); también, francamente, por la dificultad con que hemos topado, por ahora, de elaboración convincente de una verdadera teoría general (su carácter generalizable, precisamente) sobre algunos elementos (así, la renuncia a los derechos fundamentales); o en fin, por razones de espacio (por ejemplo, la relación recíproca CEDH-Derecho comunitario y el nivel comunitario de protección de los derechos fundamentales; su hermenéutica específica; o la cuestión, tan importante en una teoría general, de la protección procesal de los derechos por el TEDH. Este último tema lo hemos abordado en nuestro trabajo: "*Stratisburgum locutus, causa finita*. El amparo intereuropeo ante el Tribunal de Estrasburgo, última instancia de tutela de los derechos fundamentales en Europa", en FIX ZAMUDIO, H. y FERRER MAC-GREGOR, E. (coords.), *El Derecho de amparo en el mundo*, Porrúa-UNAM, México, 2006, pp. 1035-1104; y en *Direito Publico*, núm. 16, abril-junio de 2007, Brasil. Este último trabajo, al estudiar la dimensión procesal de los derechos del Convenio, complementa la teoría "sustantiva" que aquí se expone.

- 3 El TEDH ha sido tajante al reafirmar que esto es así en el reciente **caso Saadi v Italy** de 28 de febrero de 2008, incluso en el ámbito de la protección de la seguridad del Estado frente a terroristas internacionales tras el 11-S y 11-M. Sobre este debate, y nuestra posición al respecto, véase Joaquín Brage Camazano, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 43 y ss. y también téngase en cuenta, además de lo allí expuesto, el **caso Selmouni contra Francia** de 28 de julio de 1999, §101 (carácter evolutivo del concepto de tortura de forma que lo que hoy no lo es puede serlo mañana).

En efecto, sobre la base de la clásica clasificación tripartita de Jellinek<sup>4</sup>, completada luego con una cuarta categoría de Häberle, es posible catalogar a los derechos fundamentales (o a los diversos aspectos de los mismos) según qué *status* del individuo busquen proteger: *status negativus*, *status positivus*, *status activus* y, según la categoría propuesta por Häberle, *status activus procesualis*<sup>5</sup>. Pues bien, esta clasificación puede proyectarse también, siguiendo a Ehlers<sup>6</sup>, sobre los derechos fundamentales del CEDH del siguiente modo:

- a) *Status negativus*, los derechos fundamentales como derechos de defensa frente al Estado: Se trata de una protección que pretende una omisión del Estado de afectaciones ilegítimas de la esfera del individuo y que también permite combatir afectaciones o intervenciones ya ejecutadas. Esta función la desarrollan, ante todo, los derechos a la vida (incluyendo la prohibición de la pena de muerte), a la integridad corporal, a la libertad física, a la libertad de movimientos, a la vida privada y familiar, el derecho paterno a la instrucción de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, el derecho al matrimonio, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la libertad de opinión, de reunión y de asociación y la propiedad.
- b) *Status positivus*, los derechos fundamentales como derechos prestacionales: Aquí distingue Martens entre los

---

4 JELLINEK, G., *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 1919, pp. 87 y 94 y ss. Cfr., críticamente, al respecto, HÄBERLE, P., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, traducción de Joaquín Brage Camazano, 2003, pp. 21, 92-93, 142-143.

5 Cfr. HÄBERLE, P., *Die Verfassung des Pluralismus*, Athenäum, Königstein, 1980, pp. 185 y ss (en castellano, véase *Pluralismo y Constitución*, traducción de Emilio Mikunda, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 197 y ss).

6 EHLERS, D., "2. Teil: Die Europäische Menschenrechtskonvention. §2. Allgemeine Lehren", en *íd.*(ed.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, De Gruyter, Berlín, 2003, pp. 25 y ss. En cuanto a los derechos sociales, que tanto eco han hallado en la CDFUE, más que dar lugar a un "status socialis libertatis" autónomo, más bien se habrían de integrar como *status negativus socialis* y *status positivus socialis*.

derechos de participación originaria y los de participación derivativa según exijan medidas estatales todavía no existentes o simplemente pretendan el acceso a institutos o funciones estatales ya en funcionamiento. Sólo en algún caso concede el CEDH expresamente un derecho prestacional originario (derecho a un proceso efectivo sobre la violación de derechos fundamentales: artículo 13; derecho a indemnización de los condenados por sentencias penales víctimas del error judicial: artículo 3 del 7º Protocolo), pero también los deberes de protección (penal de la vida, por ejemplo) deducidos por el TEDH de los distintos derechos consagran verdaderos derechos prestacionales primarios u originarios (sujetivización de exigencias jurídico-objetivas derivadas de los derechos). El derecho a la instrucción del artículo 2 del primer Protocolo se interpreta, en general, sólo como derecho prestacional secundario o derivado; también puede operar así el derecho a la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales del CEDH (artículo 14) o la igualdad conyugal (artículo 5 del 7º Protocolo).

- c) *Status activus*, los derechos fundamentales como derechos del ciudadano a la participación en la vida estatal: Aquí sólo cabría incluir el derecho a elecciones libres (art. 3 del Protocolo Adicional), que ha dado pie al desarrollo jurisprudencial del derecho de sufragio activo y pasivo.
- d) *Status activus processualis*, los derechos fundamentales como derechos procesales: En este sector cabe encuadrar el derecho a la revisión judicial de toda privación de libertad o internamiento (art. 5), el derecho a un proceso justo (art. 6), el derecho a la legalidad penal (art. 7) o los derechos del 7º Protocolo a un proceso judicial en caso de expulsión de extranjeros, al doble grado de jurisdicción en materia penal, a la interdicción del *bis in idem*.

Desde otro punto de vista, es posible distinguir entre la función de los derechos fundamentales como derechos subjetivos

y los aspectos de carácter jurídico-objetivo de los mismos (deber de protección de uno de tales derechos por el Estado, que puede extenderse incluso hasta la protección frente a uno mismo en determinadas circunstancias<sup>7</sup>; eficacia horizontal o frente a particulares, etc), si bien es preciso destacar que estas exigencias derivadas, en la jurisprudencia del TEDH, de la dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales a la postre acaban, por así decirlo, “subjetivizándose” en dicha jurisprudencia e integrando el contenido del derecho subjetivo fundamental, pudiendo así, en definitiva, ser objeto de pretensión por parte de sus titulares.

También es posible, en fin, en una catalogación más evidente (por apegada a la regulación positiva expresa), clasificar los derechos según que tengan o no límites expresos en el Convenio, o según sean, o no, derogables conforme al artículo 15 CEDH, aunque no sea posible ni razonable pretender una jerarquización a partir de ello, que es cosa bien diversa.

### III.- TITULARIDAD

En principio, son titulares de los derechos fundamentales todos los que se hallen sujetos a la jurisdicción de los Estados-parte (art. 1), tengan o no su nacionalidad y con independencia de si tienen o no domicilio o estancia en uno de ellos. Sin embargo, no siempre es de este modo, y así, por ejemplo, el derecho al matrimonio sólo corresponde al “hombre y la mujer” *en edad núbil*, el derecho a entrar en el territorio de un Estado sólo lo tienen los nacionales (artículo 3.2 del 4º Protocolo), mientras que los derechos procesales del artículo 1 del 7º Protocolo o los relativos a la prohibición de expulsión colectiva (art.4 del 4º Protocolo) sólo los tienen los extranjeros.

En cuanto a qué se entiende por “persona”, como titular de estos derechos, debe aclararse que con ello se alude a personas físicas, naturalmente, pero también a organizaciones no gubernamentales.

---

7 Así, caso **Tanribilir c/ Turquía** de 16 de noviembre de 2000, con respecto al suicidio de una persona bajo la custodia estatal.

mentales, asociaciones o personas jurídico-privadas en general, aunque no se abarca, al menos en términos generales, a los entes que tengan origen estatal, ni siquiera cuando actúan con sujeción al Derecho privado, etc; sí son titulares de derechos fundamentales, en cambio, las confesiones religiosas, aunque tengan el *status* de corporaciones de Derecho público (como en Alemania), siempre que no estén organizadas como confesiones estatales. Dicho de otro modo, es la vinculación o proximidad al Estado lo que priva a una persona jurídica de su carácter “no estatal”, algo de lo que su carácter de persona de Derecho público o privado será en la mayoría de las ocasiones un indicio significativo, aunque no determinante.<sup>8</sup> Ahora bien, en muchos casos, debido al contenido y naturaleza del propio derecho, sólo las personas físicas o naturales pueden ser titulares realmente del derecho (derecho a la vida, a la libertad física, a no ser sometido a torturas, a la vida “familiar”, etc), lo cual puede ser controvertido, desde luego, y así ocurre, por ejemplo, cuando el TEDH reconoce el derecho a la inviolabilidad domiciliaria a las personas jurídicas, mientras que el TJCE les ha negado la titularidad de tal derecho.

La titularidad no depende, en particular, de la edad (excepción: derecho al matrimonio) o capacidad jurídica de la persona<sup>9</sup>, e incluso el *nasciturus* hasta hace poco parecía que podía ser

---

8 Es decir, lo determinante no es que estemos ante una persona de Derecho público o privado, sino su proximidad o distancia con respecto al Estado (en especial, en su autoorganización), de manera que una persona de Derecho privado pero detrás de la que está el Estado al 100% no será titular de derechos fundamentales, mientras que una empresa mixta, participada por el Estado y accionistas privados, puede serlo. Cfr. GRABENWARTER, Ch., *Europäische Menschenrechtskonvention*, C.H.Beck, Munich, 2005, p. 102. Esto vale para confesiones religiosas, Iglesias, Universidades o incluso emisoras de radio: cfr. **Casos Église Catholique de la Canée** de 16 de diciembre de 1997; **Cha'are Shalom ve Tsedek** de 27 de junio de 2000; **Radio France** de 23 de septiembre de 2003.

9 Cfr., respecto de los incapaces, ya el **caso X c/ Austria** de 4 de octubre de 1962; y con relación a los menores, no se admite una demanda presentada por quien no sea un padre custodio, tutor o representante legal, pero sí la

titular del derecho a la vida.<sup>10</sup> No obstante, lógicamente, cuando se trata de menores de edad, incapaces o *nascituri* debe haber una representación.

La titularidad del derecho fundamental termina con la muerte del sujeto activo. Sin embargo, se permite que un proceso continúe ante el TEDH después del fallecimiento del solicitante de amparo en atención, en primer lugar, a la voluntad expresada por sus familiares próximos y, secundariamente, atendiendo a razones de interés general ligadas a la protección de los derechos del CEDH,<sup>11</sup> pero ello no es una cuestión de titularidad del derecho

---

del propio menor cuando la queja se dirige contra actos estatales relativos a la relación del menor y su padre o representante legal, **caso MB c/ Reino Unido** de 6 de abril de 1994).

- 10 Así se deducía de la un tanto ambigua doctrina de la Comisión Europea de Derechos Humanos (**casos Brüggemann and Scheuten c/ R.F.A.**, de 12 de julio de 1977, §64 y **X c/ Reino Unido**, de 13 de mayo de 1980, §§4 y 23). El TEDH no se había pronunciado sobre ello hasta hace poco (**caso Open Door and Dublín Well Woman c/ Irlanda** de 29 de octubre de 1992, §66: el Tribunal no se ve obligado a examinar “si el feto es abarcado por el derecho a la vida tal y como se contiene en el artículo 2”), pero en el **caso Vo c/ Francia** de 8 de julio de 2004 ha negado que el feto pueda ser titular del derecho a la vida, en una doctrina, para nosotros, sorprendente, muy condicionada por el tema del aborto (que aquí no se enjuiciaba), tendente a una cierta cosificación del feto/embrión y que además lleva a resultados materialmente insatisfactorios *in casu*. Sea como sea, ello no impide que en algunos Derechos nacionales sí se reconozca al *nasciturus* la titularidad de tal derecho fundamental en el ámbito interno.
- 11 **Casos Aksoy c/ Turquía** de 18 de diciembre de 1996, §§2 y 3; **Gladkowski c/ Polonia** de 14 de marzo de 2000, §12. El fundamento legal es el art. 37.1 in fine CEDH: “No obstante, el Tribunal proseguirá el examen de la demanda si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos”. Cuando se alega una violación del derecho a la vida, el Tribunal admite demandas presentadas por familiares de la persona fallecida (viudo/a, padres, hermanos, etc). En el resto de los casos, en general se admite la demanda de un familiar sólo por relación con el efecto que ello tenga sobre los propios derechos del fami-

fundamental (que propiamente no existe ni se reconoce su subsistencia con la muerte del sujeto), sino de capacidad procesal. Y por otro lado, también las asociaciones, y en particular los partidos políticos, pueden seguir haciendo valer ante el TEDH sus derechos tras su disolución, en especial cuando es esta la que se alega como vulneradora de su derecho fundamental,<sup>12</sup> y no podía ser de otro modo pues, de lo contrario, se crearía un verdadero “caballo de Troya” y ámbito de inmunidad respecto del contenido central de tal derecho.

#### IV.- SUJETOS PASIVOS; EFICACIA INTER PRIVATOS

El sujeto pasivo por antonomasia de los derechos fundamentales del CEDH es todo Estado signatario de dicho Convenio que luego lo ratifique y ello desde el momento en que deposite el correspondiente instrumento de ratificación: los Estados-partes o Altas Partes Contratantes (art. 1). La responsabilidad atañe siempre al Estado y ello con independencia de que la actuación u omisión proceda del Poder Legislativo, del Ejecutivo o incluso del judicial, y sea cual sea el nivel estatal vertical (Estado central o federal, Comunidades Autónomas o Estados, Provincias, Municipios, Comarcas, etc); también cuando el Estado no tuvo posibilidad alguna de influir en el acto u omisión que se considera lesivo de un derecho fundamental (por ejemplo, cuando procede del Poder judicial, debido a su independencia) o incluso se llevó a cabo en contra de lo ordenado, se genera responsabilidad. No importa si el Estado actúa sometido al Derecho privado o con personalidad de Derecho privado,<sup>13</sup> o si ha confiado a un particular el ejercicio de

---

liar demandante (**caso Nölkenbockhoff y Bergemann c/ R.F.A** de 12 de diciembre de 1984: el familiar de una persona acusada de un delito, y que murió durante la tramitación del proceso penal, alegaba una vulneración de la propia reputación de la familia).

12 **Caso Partido Comunista Unido de Turquía y otros c/ Turquía** de 30 de enero de 1998, §§32-34.

13 **Caso Schwedische Lokomotivführergesellschaft** de 6 de febrero de 1976, §37.

una facultad estatal.<sup>14</sup> También son sujetos pasivos de los derechos fundamentales del Convenio los órganos del Consejo de Europa.

Especial importancia tiene la problemática de si los derechos fundamentales del CEDH son también aplicables frente a los particulares, que es conocida a escala europea como la cuestión de la *Drittwirkung* (efecto frente a terceros), según la terminología alemana. En realidad, se trata de algo ya poco controvertido, pues hay consenso en que sí son aplicables y despliegan efectos frente a ellos, pero sí es debatido si se trata de una eficacia directa o sólo indirecta (según unas conocidas categorías alemanas). En general<sup>15</sup>, hay que decir que de la jurisprudencia del TEDH se deduce que la eficacia *inter privatos* es una sólo indirecta (la llamada en la doctrina alemana *mittelbare Drittwirkung*), lo cual quiere decir que los derechos fundamentales siguen obligando sólo a los Estados, pero estos tienen la obligación, en muchos casos, de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares, de manera que si un particular lesiona el derecho fundamental de otro, la falta o inefectividad de la “protección estatal” frente a ello puede comprometer la responsabilidad del Estado en las relaciones *inter privatos*<sup>16</sup>.

Se trata, así pues, desde nuestro punto de vista, de una eficacia indirecta (si bien no faltan autores que consideran que es

---

14 **Caso Costello-Roberts** de 25 de marzo de 1995, §27; o **van der Musselle** de 23 de noviembre de 1983, §§28-30.

15 Una excepción aparente sería el **caso Costello y Roberts** de 25 de marzo de 1993, §28, donde se consideró que el castigo corporal de un Director de un Colegio privado a un niño (y no la ausencia de una ley que los prohibiese, omisión legislativa que de hecho se daba en el caso) podía constituir una lesión del derecho del niño (arts. 3 y 8). El planteamiento es ya distinto, sin embargo, en otros casos ulteriores sobre castigos corporales a niños, afirmando ya que la responsabilidad se derivaba de que el Derecho interno “no dotaba al solicitante de amparo de protección adecuada” para garantizar el respeto de su derecho fundamental por otros particulares (**Caso A c/ el Reino Unido** de 23 de septiembre de 1998, §24).

16 Cfr. **Caso A c/ el Reino Unido** de 23 de septiembre de 1998, §22.

una verdadera eficacia directa). Así se explica lo siguiente: Sólo se puede plantear, de forma procesalmente válida, una demanda frente a un Estado; y las obligaciones impuestas a los individuos de respetar los derechos fundamentales del Convenio fluyen más del Derecho nacional que cumplimenta las obligaciones del Estado según el Convenio que del Convenio mismo.<sup>17</sup> Además, esa vinculación de los particulares a los derechos fundamentales no es la misma que la de los órganos estatales, aunque la concreta medida de su alcance es algo que depende de cada derecho fundamental, o mejor aún, de cada aspecto de cada derecho fundamental, por lo que aquí no puede ser precisada.

## V.- VIGENCIA TEMPORAL Y ESPACIAL

Los derechos fundamentales del CEDH (o del correspondiente Protocolo) vinculan al Estado desde el momento del depósito del instrumento de ratificación (salvo para los diez primeros Estados firmantes, para los que entró en vigor al ratificar el Convenio el décimo de ellos, el 3 de septiembre de 1953), por lo que las leyes o normas anteriores a la entrada en vigor del CEDH en el país de que se trate no pueden estimarse violatorias de ningún derecho del Convenio, si bien, si siguen produciendo efectos con posterioridad a dicho momento, sí que cabe considerar su aplicación como vulneración de cualquiera de los derechos del CEDH. Así pues, el CEDH no despliega ningún efecto retroactivo, bien que en la práctica los criterios seguidos por el TEDH conducen en ocasiones a una cierta aplicación retroactiva<sup>18</sup>.

---

17 OVEY, C., y WHITE, R., *The European Convention on Human Rights*, OUP, Oxford, 2002, p. 39.

18 **Caso Zana c/ Turquía** de 25 de noviembre de 1997, §42, asunto en el que el TEDH consideró que tenía competencia *ratione temporis*, pues si bien la condena penal del demandante de amparo se refería a hechos anteriores a la entrada en vigor del CEDH para Turquía como Estado demandado, en realidad el “hecho principal” sometido al TEDH se refería a la condena penal en sí misma (por tales hechos), que era posterior a la entrada en vigor del CEDH en Turquía y que fue la que constituyó una “interferencia” respecto de su libertad de expresión, aparte de la vulneración del derecho

En cuanto a la vigencia espacial,<sup>19</sup> la misma se extiende a la “jurisdicción” de los Estados-parte, que no hay que circunscribir, no obstante, a su territorio, pues comprende a éste como ingrediente fundamental,<sup>20</sup> pero también puede superar las fronteras nacionales, ya que, por lo pronto, el CEDH también rige respecto de los representantes diplomáticos, las Fuerzas armadas o buques y aviones nacionales actuantes fuera del territorio nacional. Además, en ciertos asuntos, el TEDH consideró aplicables los derechos fundamentales del CEDH en el territorio del norte de Chipre ocupado por Turquía desde 1974, y declarado como República Turca de Chipre del Norte (sólo reconocida por Turquía), pues tal territorio había de considerarse bajo la “jurisdicción” de Turquía, ya que este país “como consecuencia de una acción militar, legal o ilegal, ejerce control efectivo de un área fuera de su territorio nacional” mediante el ejercicio de poderes públicos que normalmente corresponden al Estado, lo que conlleva su obligación de asegurar en dicho territorio el respeto a los derechos del CEDH, y ello con independencia de si dicho control es “ejercido directamente a través de sus Fuerzas Armadas, o a través de una Administración local subordinada”<sup>21</sup>. Ello también se aplicaría a los casos en que los poderes se ejercen no como consecuencia de una ocupación militar, sino simplemente a invitación, con la aquiescencia o consentimiento del Estado afectado, pero no, en cambio, en los supuestos de simple intervención militar sin ese control efectivo.<sup>22</sup> Estos serían

---

a un proceso justo en dicho proceso judicial.

- 19 Sobre ello, véase FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “El alcance de las obligaciones (Art. 1 CEDH)”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P., (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 59 y ss.
- 20 Excepcionalmente, parece que no respondería el Estado de las vulneraciones a derechos del Convenio cometidas en su territorio cuando sean imputables exclusivamente a órganos de otros Estados.
- 21 **Casos Loizidou** de 23 de marzo de 1995, §62 y **Chipre c/ Turquía** de 10 de mayo de 2001, §76.
- 22 Cfr. **Caso Bankovic et alii c/ Bélgica y otros dieciséis Estados**, de 12 de

casos de aplicación extraterritorial en atención al criterio del “control efectivo” territorial o colectivo (esto es, sobre la colectividad). Pero también se aplicaría el Convenio en los supuestos en que un agente estatal detiene a una persona en el territorio de otro Estado sin el consentimiento de este Estado (lo que podríamos llamar aplicación extraterritorial por control efectivo personal o sobre individuos concretos).<sup>23</sup> Además, por último, el artículo 56 CEDH, y disposiciones concordantes de los distintos Protocolos, permiten a los Estados-parte extender la aplicación del Convenio a ámbitos espaciales de cuyas relaciones internacionales sean responsables (la llamada “cláusula colonial”).

Y, en fin, ciertos derechos fundamentales pueden conllevar un deber de protección para el Estado que exija de éste velar incluso por la observancia de aquellos por parte de terceros Estados y en el territorio de éstos, *en la medida en que ello pueda depender de su propia actuación*. Es el llamado efecto extraterritorial (por antonomasia) de los derechos fundamentales del CEDH. Así, un Estado-parte incurre en responsabilidad conforme al CEDH si, como consecuencia directa de su actuación, expone a una persona a la probabilidad de tortura, pena o trato inhumano o degradante “fuera de su jurisdicción”:<sup>24</sup> por ejemplo, la extradición a un país con probabilidad de ser condenado a la pena de muerte y una lar-

---

diciembre de 2001, §§67 y ss., que niega que la operación militar de 16 Estados miembros del Consejo de Europa, en el marco de la O.T.A.N., desplegada en la antigua Yugoslavia pueda ser revisada por el Tribunal e insiste en el carácter excepcional de la aplicación extraterritorial del Convenio. En este asunto, no obstante, a diferencia de lo que ocurría en el caso citado en la nota anterior, el Estado en que estaban las víctimas no era parte en el Convenio, y su territorio no disfrutaba de su protección antes de la intervención militar.

23 **Caso Ocalan c/ Turquía** de 12 de marzo de 2003, §88. El mismo criterio había sostenido ya el Comité de Derechos Humanos de la O.N.U. en el asunto López Burgos de 29 de julio de 1981.

24 Cfr. SALADO OSUNA, A., “La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (Art. 3 CEDH)”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los derechos ...*, cit., pp. 124 y ss.

ga espera en el “pabellón de la muerte”<sup>25</sup>; la extradición a un país en situación de guerra civil<sup>26</sup>; o la deportación al país de origen, tras el cumplimiento de una condena, de una persona enferma de S.I.D.A. cuando en dicho país no iba a poder seguir siendo tratado adecuadamente de su enfermedad<sup>27</sup>.

## VI.- SISTEMAS DE RECEPCIÓN NACIONAL DEL CEDH Y FORMAS DE INFLUJO DE ESTE EN EL DERECHO NACIONAL

Nada dispone el Convenio mismo sobre su propio rango jerárquico, y en particular no consagra ningún principio de primacía, ni tampoco la jurisprudencia exige una forma determinada de recepción del CEDH a escala nacional, aunque el TEDH no se ha privado de afirmar que la garantía efectiva de los derechos reconocidos “halla un reflejo particularmente fiel en aquellos casos en que la Convención ha sido incorporada al Derecho interno”<sup>28</sup>. Por lo pronto, debe decirse que los intentos doctrinales de fundar una primacía similar a la del Derecho Comunitario no han prosperado en modo alguno hasta ahora.

Y si se examina la situación de los distintos ordenamientos nacionales y su apertura al CEDH, pueden distinguirse cuatro grupos de Estados en cuanto a la forma de recepción del mismo en el Derecho interno: a) por un lado, el caso excepcional: los Estados que no lo han incorporado (en su día, Reino Unido o Irlanda); b) en segundo lugar, aquellos países en los que el Convenio forma parte de la Constitución o tiene su rango (Austria) o incluso tiene rango superior a todo el Derecho nacional, incluido el constitucional (Países Bajos); c) en tercer lugar, los Estados en los que el CEDH tiene rango superior a la ley parlamentaria, pero supeditado a la

---

25 **Caso Soering** de 7 de julio de 1989, §91.

26 **Caso Ahmed c/ Austria** de 17 de diciembre de 1996, §47.

27 **Caso D c/ Reino Unido** de 2 de mayo de 1997, §54. Véase, no obstante, el **caso Bensaid c/ Reino Unido** de 6 de febrero de 2001, §48.

28 **Caso Irlanda c/ Reino Unido** de 18 de enero de 1978, §239.

Constitución nacional, que es el supuesto mayoritario (Suiza, Liechtenstein, Bélgica, Francia, Grecia, Luxemburgo, Malta, Portugal, España,<sup>29</sup> Chipre, algunos países de Europa oriental, etc); d) por último, los Estados en que el Convenio tiene el rango de una ley parlamentaria, aunque también funge como complemento para la interpretación de los derechos fundamentales nacionales (Alemania, Italia, Reino Unido, San Marino, Dinamarca, Suecia,<sup>30</sup> Noruega, Finlandia).<sup>31</sup>

---

29 El CEDH no tiene otro rango normativo que el de los Tratados internacionales; por ello, el rango infraconstitucional se deriva claramente del art. 95 CE, al establecer que "la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional"; y en cuanto a su posición jerárquica supralegal, realmente es algo controvertido, pero lo que sí es una posición segura e incuestionable es que, al menos, los Tratados (entre ellos, el CEDH) tienen fuerza pasiva que los hace resistentes a las leyes parlamentarias posteriores, algo que consagra el art. 96,1 CE: "Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional". Hay autores que consideran que ello sólo supone que en su ámbito los Tratados excluyen a las leyes por virtud del principio de competencia, pero otros autores consideran que conlleva una jerarquía supralegal de los mismos. Esto último es en realidad lo que corresponde a la tradición legal y jurisprudencial española. Así, por ejemplo, la STS Sala 1ª de lo Civil de 28 de julio de 2000, que reconoce como "preferente su aplicación como ya han declarado las sentencias de 27 de enero de 1970, 17 de julio de 1971 y 17 de junio de 1974 -los compromisos internacionales de un instrumento expresamente pactado tienen primacía en caso de conflicto o contradicción con las fuentes de Derecho interno que pudieran diferir de lo estipulado". O Dictamen 4810/1997, de 14 de diciembre, del Consejo de Estado: "La primacía de los tratados internacionales deriva del artículo 96.1 de la Constitución". El Tribunal Constitucional, por su parte, no entra en la cuestión, por considerarla de legalidad/jurisdicción ordinaria (por todas, cfr. STC 28/1991, de 14 de febrero).

30 El art. 2:23 de su Constitución establece que no puede promulgarse ninguna ley que derogue las obligaciones de Suecia derivadas del CEDH.

31 Seguimos a GRABENWARTER, Ch., *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., pp. 15-20.

Pero más allá del rango jerárquico del Convenio a nivel nacional, es claro que hay un influjo y diálogo recíprocos de los Estados, su Derecho y sus jurisdicciones (en particular, las constitucionales) con el sistema colectivo del Convenio, contribuyendo así a configurar progresivamente una parte sustantiva del Derecho constitucional común europeo; y también es evidente que el CEDH y su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo tienen un importante efecto en los sistemas nacionales de derechos fundamentales, particularmente en los países que han padecido hasta hace poco regímenes autoritarios (Europa oriental) o con fuertes tensiones antidemocráticas (Turquía). Grabenwarter, a quien seguimos aquí, distingue los siguientes tipos de efectos:<sup>32</sup>

- A) **Efectos normativos:** a) La *derogación* del Derecho nacional por el CEDH, bien en el caso particular (primacía aplicativa), bien con efecto general (derogación *stricto sensu*). Esta derogación en sentido estricto se produce respecto de las fuentes de igual rango al CEDH (anteriores a la incorporación) o de rango inferior (anteriores o posteriores). Tal primacía de aplicación se da en Bélgica o en los Países Bajos, en el marco de una primacía general de los Tratados internacionales; b) La *presión para el cambio normativo* a través de la invalidación. La mera invalidación, sin el efecto jurídico *ex lege* de la nulidad, del Derecho interno deja formalmente indemne a ese Derecho nacional que contradice el Convenio, pero la contradicción manifiesta una presión (jurídica) para la reforma, con la consecuencia de que se va haciendo preciso derogar ese Derecho nacional. Este efecto se produce cuando el Convenio tiene rango constitucional (Austria): las leyes o incluso reformas constitucionales que vulneran el Convenio, *al margen de cualquier decisión del TEDH*, tienen como consecuencia la invalidación del precepto vul-

---

32 GRABENWARTER, Ch., *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., pp. 21-24.

nerador; pero también puede darse cuando el CEDH tiene rango meramente legal, por ejemplo a partir del principio de concordancia de la Constitución con el Derecho internacional; c) El *efecto normativo débil*. En la práctica, es el efecto más importante, el que conduce a que el legislador o la jurisprudencia lleven a cabo cambios, no exigibles jurídicamente en sentido estricto, pero que implican una actuación conforme al CEDH, a partir especialmente de una sentencia del TEDH, y que aseguran el cumplimiento *pro futuro* de las obligaciones internacionales (por ejemplo, reformar todo el sistema procesal penal para que el juez que instruya no juzgue). En ocasiones incluso ocurre que una sentencia de Estrasburgo condena a un Estado determinado, y esa condena da lugar a reformas legales o cambios jurisprudenciales en otros Estados que no han sido formalmente condenados ni afectados por el fallo en modo alguno (efecto normativo indirecto, efecto de orientación o efecto del precedente); d) *Influjos a través de remisiones normativas*.

- B) **Efectos fácticos:** Aquí se incluye el efecto confirmador del CEDH, que se produciría cuando los tribunales nacionales utilizan el Convenio para meramente reafirmar un resultado al que llegan a partir del Derecho nacional; y serían efectos ya *puramente* fácticos los siguientes: a) cuando la jurisprudencia utiliza como parámetro de decisión, o el legislador como criterio orientador, al Convenio, pese a que el mismo no sea jurídicamente vinculante para ese ámbito (por ejemplo, toman en cuenta un Protocolo todavía no ratificado o no vigente, o reforman una ley para preparar la retirada de una reserva al Convenio); b) cuando se asumen elementos del proceso ante el TEDH en el Derecho procesal nacional (Reino Unido); c) cuando el constituyente nacional asume el CEDH o partes del mismo y adapta los derechos fundamentales nacionales al CEDH (así ha ocurrido en Suiza, Finlandia, Austria);

d) o también cuando lo que se codifica en la Constitución nacional es la jurisprudencia de Estrasburgo.<sup>33</sup>

## VII.- EXAMEN ESCALONADO DE LOS PROBLEMAS RELATIVOS A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El examen de la jurisprudencia del TEDH permite descubrir un cierto “método” o “metodología” para el análisis de los problemas relativos a los derechos fundamentales. Este método no se aplica en todos los casos, al menos explícitamente, ni siempre con la misma claridad, pero sí de un modo generalizado, al menos. Se trata de una técnica *escalonada* de examen que tiene una sólida base en la literalidad del propio Convenio, especialmente en los artículos 8 a 11, pero que además es la proyección de una técnica jurídica más general, utilizada en sus rasgos globales en cada vez más países europeos a escala constitucional a partir de su larga elaboración doctrinal y jurisprudencial en Alemania, desde donde se ha extendido por toda Europa. Este método parte de una concepción de la relación entre el derecho fundamental y sus límites según el esquema, válido en tantos ámbitos jurídicos, “regla-excepción”<sup>34</sup>.

A nuestro modo de ver, la utilización sistemática de este método es positiva, pues responde a una cierta disciplina que redundaría en una mayor claridad y transparencia metodológica y sustantiva, así como en una mayor seguridad jurídica. Por ello, entendemos que debe utilizarse de modo más generalizado este método, y además utilizarlo con un carácter lo más explícito posible, sin perjuicio de que con relación a algún derecho particular, en razón de su propio contenido y estructura, no pueda resultar ade-

---

33 Dificilmente más claro es el art. 9,4 de la Constitución de Finlandia, que asume jurisprudencia creativa (aunque inspirada en el Derecho internacional) del TEDH bien consolidada: “No se podrá expulsar, extraditar ni repatriar a un extranjero si el mismo, como consecuencia de ello, fuere puesto en peligro de pena de muerte, torturas u otro tratamiento violatorio de la dignidad humana”.

34 Sobre ello, en detalle, remitimos a nuestro libro *Los límites ...*, cit., pp. 96 y ss. y 111 y ss.

cuado en su integridad (artículos 3, 4, 6 CEDH), pero sí en ciertos aspectos. Digamos, además, que no en todos los casos el Tribunal ha aplicado este método de examen con la claridad y acierto deseables<sup>35</sup>. Por otra parte, la conveniencia de su utilización explícita y transparente es tanto mayor cuanto menos consenso exista en el seno del Tribunal, pues contribuye a “hacer más técnico” y transparente y a encauzar sistemáticamente el debate.

Este método puede ser caracterizado por medio de su división en tres fases o momentos, que serían los siguientes: *Fase 1.-* Encaje del asunto *sub iudice* en el “tipo” o ámbito normativo de protección (inicial) de un derecho fundamental; *Fase 2.-* Examen de si ha habido una injerencia, interferencia o intervención en dicho “tipo” o ámbito normativo; *Fase 3.-* Examen de la legitimidad de tal injerencia en el respectivo derecho.

El método es multifásico; y además, como rasgo fundamental, es escalonado porque:

- Si en la fase 1 se llega a la conclusión de que el asunto de que se trate no encuentra encaje en el ámbito normativo del derecho fundamental en cuestión, ya no es preciso pasar a la segunda fase (ya no hay problema relativo a tal derecho, que simplemente no entra en juego en este caso);
- sólo si tal encaje existe, pasamos a la fase 2, en la que deberá analizarse si, además, ha habido una injerencia en el derecho (si no hay injerencia siquiera, no hay problema de limitación al derecho que deba analizarse);
- y sólo si se determina que ha habido injerencia (y no en otro caso), hay que entrar a enjuiciar, en la Fase 3, la legitimidad. Y dentro de esta tercera fase, a su vez, deberán examinarse *de modo escalonado* los respectivos requisitos exigidos para la proporcionalidad de la injerencia (esto es: habrá que determinar en primer lugar si la injerencia pue-

---

35 No existe dicha claridad, por ejemplo, en el caso **Rees** de 17 de octubre de 1986, §§38 ss.

de considerarse “prevista en la ley” y sólo si así es habrá que entrar a analizar si, además, persigue un fin legítimo según el CEDH y sólo si también es así, debe examinarse si, además, es proporcionada). Si *alguno* de estos requisitos no es respetado, el análisis debe detenerse y declararse, sin más trámites, que la medida es contraria al Convenio, no debiendo admitirse aquí otra flexibilidad que la derivada de una argumentación “ad abundantiam”, que en rigor dogmático y buena praxis jurisdiccional no debería siquiera emplearse.<sup>36</sup>

## VIII.- ÁMBITO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. REFERENCIA PARTICULAR A LAS “OBLIGACIONES POSITIVAS”

- I.- Aquí nos referimos a la primera de las fases mencionadas. El Tribunal ha de analizar aquí si el asunto de que se va a conocer es encuadrable en alguno de los derechos del CEDH: se trata, pues, de determinar si el asunto en cuestión encaja en el que llamamos “tipo” o “supuesto de hecho” del derecho fundamental, esto es, en el ámbito o contenido *prima facie* protegido del derecho fundamental (antes de cualquier limitación): “domicilio”, “vida privada”, “correspondencia”, etc. En el caso del derecho a la no discriminación, puede acaso entenderse que el “tipo” o ámbito normativo viene constituido por la existencia de una “situación análoga”.

---

36 La razón es sencilla de entender, aunque no siempre los tribunales sean fieles a este carácter escalonado tan elemental, como si pudiera flexibilizarse sin perder su esencia misma ni los autores comprendan su completa relevancia: Si la medida no respeta el requisito de la previsión legal, ello no puede ni subsanarse ni compensarse ni con la legitimidad del fin perseguido ni con una mayor necesidad en una sociedad democrática ni si la medida no persigue un fin legítimo puede ello compensarse con la proporcionalidad respecto del fin (no legítimo) que persiga, pues son requisitos autónomos incompensables, que responden a finalidades y funciones diversas.

La determinación del “tipo” – o ámbito inicialmente protegido de un derecho fundamental en particular – es un aspecto que muy difícilmente se presta a una teorización o concretización apriorística, pues supone el desarrollo de conceptos jurídicos indeterminados de gran amplitud. Se trata, en efecto, de nociones de por sí vagas y generales, tales como “domicilio”, “vida privada”, “matrimonio” (“casarse”) o “libertad de expresión”, que sólo es posible, con frecuencia, precisar con ocasión de cada caso que se plantee, sin perjuicio de que sí pueda señalarse, en términos generales, un cierto contenido orientativo o tendencial. La técnica para ello es muy semejante a la que se utiliza en el Derecho interno de cualquier país y resulta, sin duda alguna, en buena medida facilitada por el hecho de tratarse, en la mayor parte de las ocasiones, de conceptos muy arraigados y conocidos en la tradición jurídica occidental, que han sido objeto de una precisión y un desarrollo considerables a lo largo de la historia y que cualquier jurista, especialmente constitucionalista, mínimamente experimentado maneja ya con cierta soltura. No obstante, la definición de algunos de ellos no se beneficia de esa tradición y presenta *per se* mayores problemas todavía (“tratos inhumanos o degradantes”, por ejemplo). En cualquier caso, y aun contando con esa larga tradición jurídica, la definición en abstracto del contenido de cada derecho no resulta, a nuestro modo de ver, sencilla de realizar apriorísticamente, al menos no con absoluta precisión, sino que debe partirse de un concepto global general que se especifique más en particular de un modo casuístico, con una cierta, e ineludible, influencia de la dialéctica del asunto concreto.<sup>37</sup>

---

37 Y sea como sea, la interpretación del ámbito normativo de cada derecho sí que puede presentar especialidades respecto del Derecho constitucional nacional, más allá de las de índole material por atender (obviamente) a la realidad de todos los países destinatarios y sus tan diversas tradiciones jurídicas al respecto, y en concreto de tipo metodológico: también aquí el Convenio debe interpretarse, como todo Tratado internacional, a la luz de su objetivo y finalidad y además debe seguirse una interpretación dinámica (y no originalista) y que atienda al principio de efectividad (*effet utile*), ya que el Convenio es un “living instrument” que pretende que sus derechos sean, no “theoretical or illusory”, sino “practical and effective”, a lo que se suma

Algo que es especialmente importante destacar es la trascendencia que tiene la exclusión de un determinado caso o supuesto del ámbito (inicialmente) protegido de un derecho fundamental (su “tipo”),<sup>38</sup> pues supone que ya no hay que analizar si ha existido “injerencia”, al no tener ésta como objeto un derecho fundamental, ni mucho menos todavía es preciso determinar su legitimidad (necesidad y proporcionalidad) ni puede exigirse que la medida en cuestión esté “prevista por la ley”<sup>39</sup>. Por ello, si la inclusión de un supuesto concreto dentro del “tipo” o ámbito protegido del derecho fundamental no requerirá, por lo general, una exhaustiva argumentación y fundamentación, salvo con relación a supuestos poco claros y/o discutidos, la exclusión de ese supuesto del ámbito normativo del derecho fundamental exigirá, en cambio, salvo cuando sea evidente, una fundamentación lo más clara y persuasiva posible, dadas sus graves consecuencias, especialmente, a nuestro modo de ver, en los casos en que no exista unanimidad o un amplio consenso dentro del Tribunal. También aquí señalamos una línea a seguir más que una línea siempre seguida hasta ahora<sup>40</sup>.

---

que hay que llevar a cabo una interpretación “autónoma” del Convenio pero que tenga en cuenta realidades normativas nacionales muy diversas sobre una misma idea (por ejemplo, qué es un “proceso civil” y qué no lo es respecto del art. 6 CEDH), algo que pertenece a la teoría hermenéutica del Convenio y que aquí no abordaremos.

- 38 Ello adquiere especial relevancia en el caso de derechos a los que no se señalan límites (art. 3 CEDH), del derecho a la vida privada y familiar, del derecho a la propiedad privada o de los derechos procesales.
- 39 Ello no ha sido destacado por el TEDH (ni, antes, por la Comisión) hasta ahora en su jurisprudencia, sorprendentemente. Es más, en ocasiones el TEDH resuelve la cuestión con cierta ambigüedad e indistintamente como una cuestión de límites o una cuestión de encaje dentro del ámbito normativo o “tipo” iusfundamental, como si fuera lo mismo.
- 40 Es bien significativo el caso que analizamos en nuestro trabajo “Libertad religiosa, libertad de profesión y matanza de animales (comentario a dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), *Teoría y Realidad Constitucional*, núms. 12-13, pp. 397 y ss. Este trabajo es accesible en <http://www.juridicas>.

Nos parece, por ello, inexcusable seguir una concepción llamada “amplia” del “tipo” o ámbito normativo de los derechos fundamentales con carácter general, pues el contraste entre la opción de acogerse a una concepción amplia o a una estrecha (salvo cuando exista gran consenso respecto de ésta última, que no es frecuente) pone de relieve los graves inconvenientes de las concepciones “estrechas”: un control menos riguroso y exhaustivo, menor posibilidad de acuerdo en el seno del Tribunal, solución de fondo menos fundamentada y menos convincente racionalmente, aparte ya de la disminución de las posibilidades de alcanzar una solución materialmente satisfactoria y las mayores posibilidades de discrepancia en el seno del Tribunal. Las concepciones estrechas, en general, desde nuestro punto de vista, “sirve[n] para cortar una discusión, no para resolverla”, si se nos permite parafrasear a Borges, y cierran el debate sin mayor fundamentación, lo que, a nuestro entender, es tanto como cerrarlo en falso (salvo en los casos “claros” y en los que hay consenso, que también existen). Aunque no sin algunas excepciones, en términos generales el TEDH sigue una concepción amplia del ámbito normativo de los distintos derechos fundamentales (es paradigmático el caso del derecho a la vida privada y familiar), y ello a pesar del carácter de mínimos que supone el Convenio, lo que puede conllevar indudablemente ciertas limitaciones o modulaciones en este campo.

II.- También aquí es importante destacar, en otro orden de cosas, que los derechos fundamentales del Convenio se conciben, desde hace aproximadamente dos décadas, por el TEDH no sólo como clásicos “derechos o libertades de defensa frente al Estado” que protegen frente actuaciones de este, sino que también implican “obligaciones positivas” para el Estado (algo para lo que prestan una cierta base literal los artículos 1 y 2 CEDH, en que el Tribunal de Estrasburgo se basa). El Estado tiene, en general, una gran libertad para elegir los medios para cumplir con su deber,

incluido si lo hace por la mediación del poder legislativo, ejecutivo y judicial, aunque excepcionalmente se impone que sea el legislador penal el que cumpla ese deber (así, tipificando el delito de homicidio doloso o las amenazas de muerte<sup>41</sup> o el delito de mantener a una persona en situación de esclavitud doméstica<sup>42</sup>). Nos referimos a algunas de las obligaciones positivas: <sup>43</sup>

- 1.- Aquí se engloban, sobre todo, los “deberes de protección” en sentido estricto, que son deberes del Estado de otorgar una determinada protección positiva a un derecho fundamental. Esta protección puede consistir, en primer lugar, en la necesidad de tipificar como delito una conducta que atente contra un derecho fundamental, pero esto es algo excepcional que sólo se impone en principio respecto de derechos tan básicos como el derecho a la vida del art. 2 CEDH, aunque hay que reconocer que recientemente también la ausencia de protección legislativa en otros supuestos puede conllevar una violación del derecho.<sup>44</sup>
- 2.- Más allá de ello, en otras ocasiones se deriva de ciertos derechos fundamentales – los de los artículos 2 (vida), 3 (prohibición de tortura y tratos inhumanos o degradantes) y 5 (libertad física)– una obligación positiva procedimental de llevar a cabo el Estado una investigación cuando hay indicios mínimos de que se ha producido una vulneración

---

41 Cfr. **caso Osman** de 28 de diciembre de 1998, §§115 y ss.

42 **Caso Siliadin c/ Francia** de 26 de julio de 2005, §112.

43 Seguimos aquí a GRABENWARTER, Ch., *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., pp. 118 y ss.

44 **Casos A. C/ Reino Unido** de 23 de septiembre de 1998, §24 o **L. contra Lituania** de 11 de septiembre de 2007, §74, donde realmente se viene a matizar de forma considerable la obligación impuesta en el fallo de dictar en un plazo de tres meses una legislación de desarrollo prevista en el ordenamiento nacional pero no dictada hasta ahora, relativa a prestaciones médicas para cirugía de cambio de sexo de transexuales.

de estos derechos (fallecimiento no natural, tortura o tratos prohibidos, desaparición involuntaria, etc). En estos deberes: a) predomina la finalidad de prevención general; b) se trata de obligaciones, no de resultados, sino sólo de medios, pero, c) ha de haber una investigación que sea, en primer lugar, “efectiva” para llevar a la averiguación de lo sucedido y, en su caso, identificar a los responsables (por ejemplo, los testigos presenciales o la autopsia son fundamentales); en segundo lugar, la investigación ha de ser “independiente”; y también tiene que ser razonablemente rápida.

Todo esto es predicable de las investigaciones en caso de fallecimiento no natural en que se aplica el art. 2. Cuando se trata de investigaciones con relación al art. 3 (tratos prohibidos), la jurisprudencia no es unánime en que sean exigibles a partir de tal derecho fundamental (aunque sí puedan serlo a partir del derecho del art. 13 a un remedio efectivo)<sup>45</sup> y cuando exige tales investigaciones en todo caso esos requisitos se modulan.

- 3.- Más allá de este deber de investigación de que venimos hablando, también puede derivarse de ciertos derechos del Convenio un “deber positivo estatal de información” de riesgos para el titular del derecho fundamental. El TEDH ha deducido tales deberes, hasta ahora, tanto del derecho a la vida<sup>46</sup> como del derecho a la vida privada y familiar.<sup>47</sup>
- 4.- Otra manifestación de los deberes de protección sería la *Drittwirkung* o eficacia “inter privados” de los derechos fundamentales, cuestión ya tratada en otro momento en este trabajo.

---

45 Por ejemplo, el **caso Berktaş c/ Turquía** de 1 de marzo de 2001: en virtud del principio “iura novit curia” analiza la cuestión de si ha habido una investigación efectiva de oficio desde la perspectiva del art. 13 CEDH.

46 **Caso L.C.B. c/ Reino Unido** de 9 de junio de 1998, §§36 y ss.

47 **Caso Guerra y otros c/ Italia** de 19 de febrero de 1998, §§53 y ss.

- 5.- Y junto a estos deberes de protección en sentido estricto, existen también otras obligaciones positivas derivadas de los derechos fundamentales: a) obligaciones de garantía de derechos de participación;<sup>48</sup> b) deber positivo estatal de garantía organizatoria y procesal de los derechos fundamentales.<sup>49</sup>

### IX.- INJERENCIA, INTERVENCIÓN O INTERFERENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En esta segunda fase, el Tribunal debe determinar si hay una injerencia en el derecho o derechos protegidos. A diferencia de lo que ocurre con el concepto de ámbito normativo (o tipo ius-fundamental), el de intervención o injerencia tiene base literal en el propio Convenio cuando habla de “interferente” o “ingérence” con relación al derecho del art. 8 CEDH, o de “restriction” en los artículos 9, 10 y 11, o de “conditions” en el art. 10,2, o de “privation” del derecho de propiedad.

Se trata aquí de analizar si estamos ante una verdadera injerencia o interferencia en el derecho fundamental, entendiéndose por tal aquella medida o actuación *lato sensu* que restringe las posibilidades *en principio* abiertas por el ámbito normativo de aplicación (p. ej., una condena penal por injurias con relación a la “libre expresión”): si hay injerencia, debe analizarse su compatibilidad

---

48 Engloban a buena parte de las garantías procesales del art. 6 del Convenio, como la asistencia letrada, el acceso a un tribunal, el derecho a un intérprete, a un recurso efectivo o a indemnización por error judicial, pero también al derecho a elecciones libres o a la formación): aquí el deber positivo da contenido mismo al derecho (a diferencia de lo que ocurre con el deber de investigación o información antes analizado o con el siguiente apartado)

49 Aquí se trata de contenidos procedimentales que se deducen de algunos derechos fundamentales sustantivos, lo que el TEDH ha aceptado con relación al art. 8 (por ejemplo, exigencias especiales para los procesos afectantes a la familia) y al artículo 3 del Protocolo 1º (por ejemplo: sobre la exclusión de la lista de candidatos de una persona debe decidir una comisión independiente, para evitar abusos, sobre todo contra minorías nacionales).

con el Convenio y si no existe, no hay problema relativo al derecho fundamental y el examen debe detenerse, descartándose la vulneración de aquel, pues si ni siquiera hay injerencia (recorte de las posibilidades abiertas, en principio, por el derecho fundamental) no puede haber vulneración del derecho en ningún caso.

Las injerencias pueden ser no sólo actos jurídicos (p.ej., una expropiación forzosa), sino también medidas puramente fácticas<sup>50</sup> que restrinjan el derecho fundamental (p.ej., una tortura), pues, como dice el TEDH, “un impedimento fáctico puede violar el Convenio tanto como uno jurídico”, pero deben ser, eso sí, o bien actos de órganos estatales o al menos imputables a estos por estar involucrados de modo cualificado en la medida o actuación supuestamente contraria al Convenio. Y es indiferente que se trate de un acto positivo (una detención, p. ej.) o de una omisión respecto de una acción positiva (no investigar un homicidio, p. ej.) que se deriva de un deber impuesto por el Convenio<sup>51</sup>. Hay que atender a las concretas circunstancias reales, y no a situaciones teóricas, para determinar si hay una injerencia o no en el derecho<sup>52</sup>. No lo son las simples molestias subjetivas, sino sólo aquellos efectos gravosos de entidad mínima sobre el derecho fundamental derivados de una actuación u omisión de los poderes públicos, debiendo existir una relación estrecha entre esa actuación u omisión y los efectos

---

50 **Caso Wille contra Liechtenstein** de 28 de octubre de 1999, §§43 y ss. (son injerencia en la libertad de expresión unas cartas personales del Príncipe a un alto Magistrado anunciándole que no le nombraría en el futuro para ningún cargo a raíz de su opinión, contraria a los intereses del Príncipe, sobre un determinado asunto constitucional).

51 Por ejemplo, la omisión de la debida y razonable protección de las manifestaciones legales por parte de las autoridades, especialmente cuando pueden molestar o irritar a personas contrarias a las ideas o reivindicaciones que promueve. **Caso Plataforma “Médicos por la vida”** de 21 de junio de 1988, §§34 ss. Véase, también, **caso Airey c/ Irlanda** de 9 de octubre de 1979, §25.

52 **Caso Berrehab** de 21 de junio de 1988, §23.

restrictivos sobre el derecho (imputabilidad al Estado por estar involucrado en grado suficiente)<sup>53</sup>.

El Tribunal utiliza un cierto concepto poco sistemático, más bien profundamente casuístico, de injerencia o intervención, por lo que es difícil fijar una noción de validez general para todos los derechos, pero lo que es seguro es que sigue una interpretación material y amplia de injerencia (cualquier “formalidad, condición, restricción o sanción”)<sup>54</sup>.

El Tribunal no lleva, sin embargo, esa concepción “material” de injerencia o intervención en los derechos fundamentales hasta sus últimas consecuencias, al menos no de modo explícito. En efecto, con relación a los derechos en que no hay una regulación expresa de los límites de los mismos, el Tribunal no siempre utiliza explícitamente el concepto de injerencia, no obstante lo cual en el fondo (y materialmente) siempre opera con una categoría semejante y, lo que es mucho más importante, somete en general a esas medidas, sean una afectación del derecho a un proceso justo o sean una “privación” de la propiedad (pongamos por caso), a la exigencia de estar “previstas por la ley” y de ser proporcionales, como luego veremos, aunque acaso con un alcance menor, menos estricto, que cuando tal regulación expresa existe. A nuestro modo de ver, la utilización explícita y clara de la categoría de la injerencia debería generalizarse también para estos derechos, cuya protección, desde nuestro punto de vista, lejos de quedar comprometida, quedaría reforzada en la medida en que el examen de la legitimidad de las restricciones a los mismos resultaría mucho más claro y racionalmente controlable y, por ello mismo, dotaría a la jurisprudencia de una mayor seguridad y previsibilidad jurídicas. Ello constituye, a su vez, un presupuesto para una aplicación también explícita y transparente de las exigencias de la previsión por la ley y la necesidad o

---

53 **Caso M.M. c/ Países Bajos** de 8 de abril de 2003, §§38 y ss.

54 *Ibidem*, §43 y **Caso Groppera Radio AG y otros** de 28 de marzo de 1990, §61.

proporcionalidad a las medidas que incidan en alguno de estos derechos sin regulación explícita de sus límites, y muy especialmente con relación al derecho a un proceso justo.

En la doctrina alemana, que es donde se ha elaborado más a fondo (tanto dogmática como jurisprudencialmente) la noción de intervención o injerencia en los derechos fundamentales, el llamado “concepto clásico” de la misma (que nunca existió como tal y que hoy está ampliamente superado, en todo caso) exigía cuatro notas a la afectación del derecho para ser una “intervención”: a) final (dirigida a esa finalidad); b) directa; c) jurídica; d) imperativa. Pues bien, el concepto de injerencia que sigue el TEDH, como no puede ser de otro modo, no se ajusta a estas notas, sino que es indiferente, en principio, que la afectación del derecho sea final o imprevista, directa o indirecta, jurídica o fáctica, imperativa o sin mandato, por acción o por omisión<sup>55</sup>, aunque en determinados casos puede exigirse que se trate de un acto jurídico (juridicidad)<sup>56</sup> o se puede exigir una determinada intensidad (por ejemplo, para las torturas o para las poluciones ambientales)<sup>57</sup> o puede otorgarse relevancia a que se trate de un acto consentido (así, respecto del derecho al respeto de la vida familiar, su renuncia inequívoca puede tener relevancia, lógicamente). Lo que es incuestionable es que tiene que haber un efecto restrictivo, perjudicial o gravoso en el ejercicio del derecho fundamental y que el mismo esté en relación con la medida supuestamente constitutiva de una injerencia.

---

55 Respecto de las omisiones, véase, a modo de síntesis, **caso Airey c/ Irlanda** de 9 de octubre de 1979, §§32-33: el Estado debe proporcionar medios para obtener una separación matrimonial de Derecho y no sólo fáctica.

56 Así, la Comisión Europea de Derechos Humanos exigía, aunque ello no deja de ser cuestionable, que las investigaciones médicas o las vacunaciones se realizaran en cumplimiento de un mandato normativo imperativo para poder ser consideradas como una injerencia en el derecho del artículo 8 CEDH.

57 EHLERS, D., “2. Teil ...”, cit., p. 38.

Es especialmente importante destacar, por otro lado, que una cosa es que una determinada medida pueda resultar justificada para el Convenio y otra que esa medida sea una injerencia en el derecho. Dicho de otro modo, por claro que pueda parecer que una determinada medida afectante a un derecho fundamental resulta justificada (la sanción de una calumnia, por ejemplo), es preciso tratarla como una injerencia, para a continuación someterla al *test* de su legitimidad según el Convenio. Pero hay también casos, desde luego, en que no hay ya, de entrada, injerencia en el derecho y no procede, por ello, seguir este examen escalonado, lo que lleva al Tribunal a declarar que, al haber llegado a la conclusión de que no existe injerencia en el derecho, no tiene ya que entrar a considerar la legitimidad de la misma, obviamente<sup>58</sup>. Sin embargo, aquí de nuevo la prudencia ha de ser extrema y, de igual modo que propugnamos una concepción amplia del ámbito normativo de protección de los derechos fundamentales, también es preciso seguir un concepto correspondientemente amplio de “injerencia” o “intervención” en los mismos, de manera que sólo en casos en que resulte claro y cristalino, por haber general consenso en el Tribunal, que una medida no afecta restrictiva o gravosamente al derecho puede concluirse que no hay injerencia, pues la negación de toda interferencia en el derecho es algo que, como la denegación de que el caso real a enjuiciar encaje en el ámbito normativo protegido por aquel, tiene la importante consecuencia de detener el análisis y de excluir, así, todo examen ulterior de legitimidad conforme al CEDH, concluyendo sin más trámites que no ha habido violación del derecho. Por ello, cualquier decisión en ese sentido debe ser muy sopesada y consensuada, lo que no siempre ocurre, y esto suele acabar conduciendo a un “cierre en falso” del proble-

---

58 Por ejemplo, **caso Sindicato Nacional de la Policía belga** de 27 de octubre de 1975, §42. Muy cuestionable, **caso Glasenapp** de 28 de agosto de 1986, §52, que considera que la destitución de una funcionaria interina a consecuencia de su opinión publicada de apoyo al Partido Comunista no era una “injerencia” en su libertad de expresión.

ma<sup>59</sup> (se elude entrar a analizar la legitimidad de la medida por negar la “premisa mayor” de que tal medida sea una injerencia o restricción del derecho y, por tanto, excluir de plano la vulneración del mismo, cuando era bastante cuestionable que no hubiera realmente injerencia en el derecho).

## X.- JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN

La tercera y última fase de análisis por el Tribunal tiene por objeto el examen de si la intervención o injerencia resulta legítima en el marco del CEDH. Este nivel de examen se subdivide, a su vez, en otros tres subniveles, que hacen referencia al análisis acerca de la concurrencia de tres requisitos exigidos para la legitimidad de una intervención en el derecho fundamental: previsión legal, fin legítimo y necesidad en una sociedad democrática (proporcionalidad). Estos tres requisitos exigidos a toda limitación de los derechos reconocidos en el Convenio para que se la pueda considerar una limitación “legítima”, determinan tres subniveles escalonados en el examen de la conformidad al Convenio de toda medida limitadora de un derecho protegido por el Convenio, una vez establecido que tal derecho resulta aplicable al caso, y que, además, hay una intervención o injerencia efectiva en un derecho protegido por el mismo. Que estos subniveles sean escalonados significa que si la injerencia no aparece “prevista por la ley”, ya no es preciso pasar a la segunda subfase de examen; y si está prevista por la ley, pero no persigue uno de los fines legítimos según el Convenio, tampoco debe pasar a analizarse la “necesidad en una sociedad democrática” de la medida. Veamos ahora cada uno de estos subescalones.

### X.1.- Cobertura legal

El Tribunal examina, en primer lugar, si la interferencia o intervención tiene base legal, esto es, si se halla “prevista por la ley”. Y cuando el Tribunal entienda que una injerencia no está

---

59 Es paradigmático en este sentido el caso que analizamos en nuestro trabajo, “Libertad religiosa ...”, cit., pp. 405-408.

“prevista por la ley” en el sentido del Convenio, ello será motivo bastante para que no siga analizando si la medida persigue un fin legítimo y/o es necesaria en una sociedad democrática y rechace, sin más preámbulos, tal medida como ilegítima a la luz del Convenio<sup>60</sup>. Se trata de un requisito que está ligado al Estado de Derecho (división de poderes, interdicción de arbitrariedad) y al principio democrático (matizadamente, sólo los límites a los derechos fundamentales que los ciudadanos se autoimpongan a través de sus representantes son legítimos) y conlleva tácitamente ciertas exigencias de organización del Estado.

No obstante, hemos de comenzar por precisar que, para adaptar el concepto de ley del Convenio a países de Derecho continental (unos de fuerte impronta jurisprudencial y otros más legalistas) y de “common law”, el TEDH ha sentado la doctrina de que la ley exigida no ha de serlo formalmente (ley parlamentaria), sino que basta con que lo sea en sentido material (se incluyen, pues, las normas infralegales).<sup>61</sup> Pero ha de tener “cualidad material” de tal. No basta, en efecto, con que la “ley” sea alguna de las normas así consideradas y que sea válida según el propio Derecho interno, sino que además ha de reunir dos exigencias subsumibles en la expresión “cualidad de ley” o “cualidad material de ley”, y que vienen a complementar el concepto en principio formal de “ley” en la jurisprudencia de Estrasburgo: a) *Accesibilidad*: La “ley” o, por decirlo de un modo más comprensible para nosotros, la norma “tiene que ser lo suficientemente accesible: el ciudadano tiene que disponer de informaciones suficientes, dadas las circunstancias, sobre las normas jurídicas aplicables a un determinado caso”<sup>62</sup>, para lo que se atiende también a su publi-

---

60 Una aplicación clara a este respecto puede verse en **Casos Kruslin y Huvig** de 24 de abril de 1990, §§27 ss, especialmente §36.

61 No obstante, según algunos autores es preciso que la norma infralegal halle cobertura en todo caso en una ley parlamentaria. GRABENWARTER, Ch., *Europäische Menschenrechtskonvention*, cit., p. 109.

62 **Caso Sunday Times c/ Reino Unido** de 26 de abril de 1979, §49; caso

cidad con respecto a sus destinatarios<sup>63</sup>; b) *Precisión*: La ley ha de ser precisa en su contenido. Para tener la cualidad de ley propia de un Estado de Derecho se exige por el TEDH que se trate, además, de “una norma expresada con la precisión suficiente para que el ciudadano pueda acomodar a ella su conducta”<sup>64</sup> y pueda ser capaz, en su caso recabando asesoramientos autorizados, de “prever razonablemente, según sean las circunstancias, las consecuencias que pueda ocasionar una acción determinada”<sup>65</sup>.

---

**Malone** de 27 de octubre de 1983, §66.

63 **Caso Silver y otros** de 25 de marzo de 1983, §87 y 26, respecto de la singularidad de los presos a este respecto.

64 **Caso Silver y otros** de 25 de marzo de 1983, §88.

65 **Caso Malone** de 27 de octubre de 1983, §66; **caso Müller y otros** de 24 de mayo de 1988, §29 y **Caso Open Door y Dublin Well Woman** de 29 de octubre de 1992, §§59-60. No obstante, precisaría el TEDH en el **Caso Sunday Times** de 26 de abril de 1979, §49 que estas consecuencias no es necesario que se conozcan “con una certidumbre absoluta: la experiencia lo revela fuera de su alcance” y acepta las fórmulas más o menos vagas. Ello se explica porque existe una “imposibilidad de llegar a una absoluta precisión en la redacción de las leyes, especialmente en campos en que los datos cambian según la evolución de las concepciones de la sociedad” (**Caso Müller** de 24 de mayo de 1988, §29) o en que las situaciones a regular resultan ser muy complejas y variadas (**Caso Silver** de 25 de marzo de 1983 §88, respecto de la criba de la correspondencia en las prisiones) y, en general, en los casos en que las circunstancias a evaluar “son tan variables que sería difícil redactar una ley capaz de abarcar todas las posibilidades”, especialmente cuando se trata de tutelar bienes importantes y siempre y cuando existan garantías de que el ejercicio de todas las facultades legales por la Administración con relación a esta cuestión puede ser fiscalizado por los tribunales, quienes podrán evitar así las injerencias arbitrarias (**Caso Olsson** de 24 de marzo de 1988, §62). En cualquier caso, las facultades discrecionales han de estar sujetas a fiscalización por los Tribunales, no bastando con que la ley fije el alcance de las mismas (**Caso Olsson** de 24 de marzo de 1988, §61; **caso Gillow** de 24 de noviembre de 1986, §51). En el caso de los conceptos indeterminados y facultades discrecionales, puede decirse que el *minus* de predeterminación normativa puede “compensarse” con un plus de garantías (control judicial, en particular) frente a la arbitrariedad y el abuso.

A juicio del TEDH, tanto la noción de previsibilidad como la de accesibilidad dependen en gran medida del contenido del texto en cuestión, del campo que cubra<sup>66</sup> y del número y la condición de sus destinatarios<sup>67</sup>, por lo que pudo dicho Tribunal considerar una determinada “ley”, pese a su carácter extremadamente técnico y complejo, como suficientemente accesible en la medida en que sus destinatarios poseían la preparación técnica adecuada<sup>68</sup> para entenderla o en la medida en que sus destinatarios, con ayuda en su caso de asesores, podían saber acceder a esas normas<sup>69</sup>.

Por otra parte, la exigencia de previsibilidad y certeza, especialmente al tener que adaptarse el concepto de “ley” tanto a los países de Derecho continental como a los de “common law”, viene referida no tanto al concreto precepto de que se trate en sí mismo considerado, como a la interpretación que al mismo le han venido dando los tribunales nacionales encargados de su aplicación. Y así, el secuestro, sin destrucción, de unos cuadros considerados obscenos con base en un precepto penal – y por tanto, se supone que sujeto a una interpretación especialmente estricta – que castiga la publicación de objetos obscenos y prevé su *destrucción* (y no su secuestro), no resulta una medida que no esté prevista por la ley cuando existe una jurisprudencia firme (“de fácil conocimiento por el público y seguida por los tribunales inferiores”) que mitiga el rigor del precepto<sup>70</sup>.

---

66 Por ejemplo, “interceptación de las comunicaciones para las necesidades de las investigaciones de la policía”, **caso Malone** de 27 de octubre de 1983, §67, donde el Tribunal sienta la importante doctrina de que “el peligro de la arbitrariedad aparece especialmente cuando las facultades de la Administración se utilizan secretamente” (§68).

67 **Caso Groppera radio y otros** de 28 de marzo de 1990, §68.

68 **Caso Autronic AG** de 22 de mayo de 1990, §57.

69 **Caso Groppera Radio AG y otros** de 28 de marzo de 1990, §68.

70 Esta era la problemática planteada en el **caso Müller** de 24 de mayo de 1988, §38.

Se plantea, por último, la cuestión de la llamada “cláusula general de policía”, esto es, la cuestión de si pueden ser admisibles restricciones a la libertad que no partan de un fundamento legal expreso, sino meramente de la no-escrita cláusula general de policía (defensa de peligros graves y directos), lo que nos parece dogmáticamente no aceptable.<sup>71</sup>

---

71 Wildhaber y Breitenmoser entienden que, al margen siempre de la aplicación del artículo 15 (cláusula de necesidad), pueden justificarse intervenciones en el derecho del artículo 8 sin fundamento legal, pero sólo para la defensa de peligros directos y graves para importantes bienes jurídicos (defensa proporcional), lo que se puede apoyar en la cláusula general de policía, del mismo modo que ha reconocido el Tribunal, como fundamento legal suficiente, al Derecho no escrito con relación a los principios de *common law* en el Derecho anglosajón o también al Derecho judicial y consuetudinario en el sistema jurídico continental europeo. WILDHABER, L. y BREITENMOSEER, S., “Artikel 8”, en GOLSONG, H. (coord.), *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, Carl Heymann, Köln/Berlin/Bonn/München, 1986 (pero este fascículo, actualizado según entrega de abril de 1992), p. 200. Por ejemplo, un registro policial efectuado sin fundamento legal sólo puede justificarse *para la defensa de peligros directos y graves*, y no en general en el marco de la actividad usual de la policía judicial para la investigación de las infracciones legales y para el aseguramiento de material de prueba. La cláusula de necesidad del artículo 15, por su parte, permanecería para los casos de perturbaciones graves o para evitar peligros muy graves que amenacen directamente al orden público, que permite a los Estados adoptar medidas urgentes y temporalmente limitadas para la protección de bienes jurídicos fundamentales.

Esta postura no nos parece de recibo. En primer lugar, con relación a los derechos que, como los del artículo 8 a que los citados autores se refieren, tienen una regulación expresa de sus límites en el Convenio, el artículo 18 excluye de modo categórico cualquier limitación adicional e incluso el artículo 17 veda cualquier interpretación expansiva de las limitaciones expresas a los derechos (reglas interpretativas que se integran en cada derecho fundamental concreto). Pero incluso si entendemos que con la referencia a la cláusula general de policía no se pretende ampliar las causas de restricción de los derechos con regulación expresa de sus límites en el CEDH, ni siquiera la de los demás derechos del Convenio, sino simplemente admitir como “prevista por la ley” una restricción con fundamento en la cláusula general de policía, tal propuesta nos parece rechazable. En realidad, de admitirse, vendría a ser una burla, a secas, de la exigencia de

## X.2.- *Fin legítimo según el Convenio*

Se trata aquí de saber si la intervención en el derecho aparece cubierta por una finalidad legítima según la regulación del propio Convenio. Como se verá, esta fase de examen no tiene gran relevancia dada la generalidad de las finalidades previstas expresamente por el Convenio con relación a varios derechos o las alegadas con respecto a los demás, y dada también su relativa intercambiabilidad con frecuencia, aparte ya del margen de apreciación que se deja a los Estados en la jurisprudencia. Pero, desde luego, no faltan casos en que la apreciación de que la medida no respondía a una finalidad legítima basta ya para rechazar la medida.<sup>72</sup>

El Convenio regula expresamente en muchas ocasiones los fines para los que se puede restringir cada derecho fundamental, que varían (relativamente, al menos) para cada derecho. Cuando es así, sólo puede restringirse ese derecho fundamental para lograr una de tales finalidades expresas y no cualesquiera otras (así lo

---

que las restricciones a los derechos fundamentales estén “previstas por la ley”, por mucho que se quiera circunscribir su ámbito de aplicación a los supuestos de peligros directos y graves para bienes jurídicos relevantes a apreciar mediante un control de la proporcionalidad. La única situación de peligro que tiene en cuenta el Convenio es la prevista en el artículo 15 (peligro público para la vida de la nación), que permite entonces la suspensión de algunos derechos. En todos los demás casos, cualquier restricción a un derecho, si pretende ser legítima, entre otras condiciones, ha de estar “prevista por la ley”. La cláusula de policía, residuo histórico de los sistemas absolutistas, no puede pretender tener ninguna validez, por mucha que sea su vigencia en el Derecho administrativo de algunos países europeos, respecto de los derechos fundamentales, que le son resistentes. Ésta es, desde luego y en lo que ahora importa, la solución en el marco del CEDH. La cláusula de policía no sólo es Derecho no escrito, sino que, sobre todo, es un Derecho que no reúne las características ni de accesibilidad ni de previsibilidad que el TEDH exige, dada su intrínseca vaguedad y generalidad. Relacionado con esta cuestión, véase DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 379 y 389 y ss.

72 **Caso Burghartz c/ Suiza** de 22 de febrero de 1994, §28.

establece el art. 18).<sup>73</sup> Pero cuando el Convenio no prevé *de forma expresa* límites a un derecho explícitamente reconocido (derecho a la educación, por ejemplo), no se aplica el art. 18 citado, pues no son derechos con “restricciones ... previstas”, y sí cabe que operen respecto a tal derecho los límites o fines implícitos<sup>74</sup>, que, en nuestro criterio, son implícitos respecto al Convenio (al referirse a la proección de otros derechos o bienes jurídicos), pero no inherentes al derecho; y con mayor razón, igualmente pueden operar tales límites tácitos respecto de los derechos también implícitos (esto es, sin reconocimiento textual expreso) que el TEDH ha reconocido, como el derecho de acceso a los tribunales<sup>75</sup>.

Resulta, así pues, claro que procede el reconocimiento de límites implícitos con relación a los derechos tácitos acuñados por vía jurisprudencial, así como con respecto a los derechos expresos que, sin embargo, no hallan en el Convenio ninguna previsión explícita de límites. En cambio, no procede su aplicación, en ningún caso, respecto de los derechos para los que sí se contienen en el Convenio previsiones limitadoras específicas, pues la previsión textual de límites en el CEDH tiene por función precisamente evitar que se impongan al derecho otros límites distintos a los expresados. Ésta es en lo sustancial la posición del TEDH, aunque a veces sin la claridad que sería deseable (así, desde los **Casos “sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico belga”** y **“Golder”**, respectivamente).

---

73 Art. 18 CEDH: “las restricciones que, en los términos de la presente Convención, se pongan a los citados derechos y libertades no pueden ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas”. Cfr. SANTOLAYA, P., “Limitación a la aplicación de las restricciones de los derechos”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los derechos ...*, cit., pp. 757 y ss.

74 **Caso sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico belga** de 23 de julio de 1968, §5.

75 **Caso Golder** de 21 de febrero de 1975, §38.

No son, sin embargo, admisibles los límites “inherentes” o “inmanentes” al propio derecho fundamental. La diferenciación de estos con los límites implícitos es importante porque la doctrina de los límites “inherentes” supone, en realidad, que los mismos no son en realidad límites externos a los derechos, sino límites de su contenido, al que son inherentes, de manera que, cuando se da uno de ellos, no se plantea el problema de si se trata o no de un límite legítimo, sino que estamos ante un supuesto en que el derecho no resulta ya desde un principio de aplicación. Con ello, se excluiría de plano la aplicación de una serie de garantías (“previstas por la ley”, finalidad legítima, proporcionalidad, etc), hecho éste de gravedad y que permitiría, llevado al extremo, el vaciamiento de los derechos reconocidos por medio de la exclusión de toda aplicación de las garantías del Estado de Derecho previstas para toda injerencia en un derecho fundamental. Supondría, además, llegar al resultado absurdo, vedado para cualquier operador jurídico, de que unas pretendidas limitaciones no expresas del CEDH estarían sujetas a un control mucho menos intenso de su legitimidad que otras que el propio CEDH regula de un modo expreso y taxativo. Es por ello necesario alejar de modo expreso toda posible aplicación de esa peligrosa doctrina.<sup>76</sup>

---

76 Esta distinción, y aclaración, parece también importante hacerla a la luz de la jurisprudencia sentada por el Tribunal con respecto al disfrute de los derechos fundamentales por ciertas categorías de personas. Se trata, en suma, de la cuestión de si es posible limitar un derecho reconocido en el CEDH más allá de lo establecido expresamente en el mismo en virtud de las que se han llamado “limitaciones inherentes” al propio Convenio. Esta modalidad limitadora se derivaría del *status* especial de ciertos grupos, tales como prisioneros convictos, miembros de las Fuerzas Armadas, pacientes mentales y, en ciertos casos, funcionarios civiles. Esta idea había sido utilizada por la Comisión con relación a prisioneros convictos y otras personas detenidas y también la han defendido algunos autores (así, FAWCETT, J., *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 1987, pp. 232-233, cit. por JACOBS, F. and C. A. WHITE, R., *The European Convention on Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 298, n. 3.): ciertas restricciones a los derechos de estas personas, presos singularmente, serían necesarias, por lo que hay una delimitación

Tampoco puede operar respecto de los derechos fundamentales el expediente fácil del “abuso” del derecho. Aquí, no obstante, hay

---

desde el principio del derecho fundamental para esas personas y no es preciso justificar esas supuestas injerencias en el derecho. Aunque sin una argumentación lo suficientemente clara, como creemos habría sido necesario, el TEDH ha venido a rechazar esta peligrosa doctrina de los límites inherentes en el **caso Golder**. Rechaza el Tribunal contundentemente la idea de que no hubiese ninguna necesidad de encontrar justificación en el párrafo 2º del artículo 8 para justificar una interferencia en el derecho al respeto de la correspondencia por tratarse de un límite inherente o, por decirlo con mayor claridad aunque sin utilizar las expresiones del TEDH, de un *límite del contenido mismo* del derecho. Dicha tesis, alegada por el Gobierno demandado, “tropieza con el tenor literal del artículo 8. La redacción literal del párrafo 2 no deja lugar a la idea de límites implícitos [los aquí llamados límites inmanentes al derecho]. En este sentido, el régimen jurídico del derecho al respeto de la correspondencia, definido en el artículo 8 con cierta precisión, ofrece un neto contraste con el del derecho a un tribunal” (**Caso Golder** de 21 de febrero de 1975, §44).

Otra cosa distinta es, naturalmente, que, respecto de los derechos con límites expresos, pueda justificarse una limitación o interferencia más intensa con relación a unos determinados grupos de personas que tienen un *status* especial por su sujeción de especial intensidad respecto de la Administración (*especialmente* intensa respecto de la propia del común de los ciudadanos) y el alcance de los fines previstos en el Convenio para restringir un determinado derecho puede ser legítimamente diverso a efectos de justificar unas restricciones de mayor o menor intensidad con relación a determinados grupos de personas sin que por ello resulte violado el principio, y derecho, de no discriminación del artículo 14. Lo que no puede admitirse, a nuestro juicio, es sostener que ciertos grupos de personas (presos o militares, pongamos por caso) tienen un contenido recortado *ab initio* del derecho fundamental, y unos más y otros menos recortado. Su especificidad puede, naturalmente, incidir en el régimen de ejercicio de sus derechos (y por cierto, *de manera distinta* en cada caso: funcionarios, presos, policías, militares, etc. y en *cada* aspecto de *cada* derecho), pero como una cuestión de límites a sus derechos, que habrán de ser siempre justificados como cualesquiera otros límites por más que éstos se deriven de la posición particular de determinadas personas por su sujeción especial a los poderes públicos. Lo que no es admisible es tratar esa especificidad desde el punto de vista de derechos recortados de inicio para cada grupo de personas, sin necesidad de justificar jurídicamente esos recortes.

que diferenciar entre el abuso *stricto sensu* y *lato sensu*. El primero sería la categoría del artículo 17 CEDH,<sup>77</sup> que sí sería aplicable a los derechos fundamentales pero sólo como instituto de defensa extraordinaria de la democracia para evitar una subversión del sistema democrático y de derechos fundamentales<sup>78</sup> En cuanto al abuso *lato sensu*, el mismo no tiene reconocimiento expreso en el Convenio, y sería un límite intrínseco o inherente a los derechos que supondría que cuando se abusa de un derecho (uso antisocial o contrario a su fin o función), este realmente no es de aplicación, y aquí no podemos ya sino remitimos a lo dicho ya sobre los límites inherentes más arriba, rechazándolos por ser un expediente fácilón para excluir la ponderación y la fundamentación, negando

---

77 “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho de cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.

78 Este instituto se aplica con cautelas que en la práctica llevan a su operatividad sólo en casos absolutamente extraordinarios: a) de un lado, sólo es aplicable cuando las acciones que pretenden la protección iusfundamental estén dirigidas a extender la violencia o el odio, pretenden usar métodos ilegales o antidemocráticos, promover el uso de la violencia, acabar con el sistema político democrático y pluralista o perseguir fines racistas o destruir los derechos y libertades de otros (así, el voto concurrente del Juez Jambrek del **caso Lehideux and Isorni c/ Francia** de 23 de septiembre de 1998); b) en todo caso, sólo permite excluir del ámbito de protección iusfundamental un *concreto* ejercicio de un *determinado* derecho fundamental que pueda emplearse por algunos como cauce para esas actividades antes mencionadas (por tanto, en esencia, puede aplicarse a los derechos de los artículos 9, 10 y 11 en cuanto su ejercicio se dirija a destruir los derechos del Convenio), a fin de que no se pervierta su ejercicio (**Caso Lawless c/ Irlanda** de 1 de julio de 1961, §§5-7). El trabajo más completo sobre el tema entre nosotros es el de Javier García Roca, “Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los derechos ...*, cit., pp. 727 y ss. Este precepto es la cruz de una moneda de la que la cara es el art. 18 CEDH al prohibir el “abuso de las limitaciones”, aunque ambas sean en último término garantías de los derechos fundamentales en clave subjetiva e institucional.

el problema iusfundamental (y su discusión) para evitar tener que solucionarlo.

### ***X.3.- Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad***

Este requisito está muy ligado al anterior pues las medidas han de ser “necesarias en una sociedad democrática” para el logro de alguna de las finalidades legítimas que el Convenio enumera (o se deducen del mismo, cuando se trata de límites implícitos). La valoración separada es difícil en la práctica, pero el Tribunal distingue entre la finalidad legítima que la medida persiga y su proporcionalidad para el logro de esa finalidad. Son, pues, niveles diferentes de examen (si la injerencia no persigue un fin legítimo según el CEDH, no puede ser ya nunca necesaria en una sociedad democrática a efectos del Convenio), aunque desde luego uno no pueda desligarse del otro<sup>79</sup>. La medida interventora en el derecho protegido ha de ser necesaria en una sociedad democrática, esto es, responder a una necesidad social imperiosa; y para ello, deberá examinarse si la medida es, dentro del “margen de apreciación” que se reconoce a cada Estado con un alcance variable según las circunstancias, proporcional al fin legítimo perseguido. En términos generales este requisito equivale a la proporcionalidad, si bien matizada ésta, en ocasiones de manera muy relevante, por el “margen nacional de apreciación”<sup>80</sup>.

79 Véase, por ejemplo, **caso Young, James y Webster** de 13 de agosto de 1981, §59.

80 El alcance del “margen nacional” varía en función de criterios diversos, pudiendo ser unos a favor de un margen amplio y otros a favor de uno estrecho, en cuyo caso se impone una valoración *de conjunto* de los criterios en juego que se superpongan. En ocasiones, se produce lo que podríamos llamar una “reducción a cero” del margen nacional de apreciación, que no juega ningún papel. Aquí son de destacar, según Schokkenbroek (“The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, vol. 19, núm. 1, pp. 34-35), que es uno de los autores que ha estudiado la cuestión desde una dimensión más práctica, los siguientes factores generales, de valoración conjunta y flexible: la diversidad de regulaciones y prácticas ensancha el margen; el carácter poco objetivable del fin a que

El origen de la aplicación jurisprudencial de este principio de proporcionalidad se halla en el **caso Lawless**<sup>81</sup> (en el que sólo el demandante utiliza el término, pero el Tribunal acaba aplicando el concepto o idea) con relación al artículo 15 CEDH, pero pronto el TEDH lo ha extendido a los derechos de los artículos 8 a 11 del Convenio, sobre la base de la exigencia textual de que sus restricciones sean “necesarias en una sociedad democrática”, e incluso lo ha acabado generalizando a prácticamente todos los restantes derechos del Convenio por medio de la llamada “proporcionalidad latente”, que aplica bien para el control de la legitimidad de las restricciones, expresas o implícitas, a los derechos del Convenio –incluido el derecho a la igualdad (*en el ejercicio de los derechos del Convenio*) del artículo 14<sup>82</sup> o la prohibición de trabajos forzados u

---

responde la limitación, como protección de la moral, juega a favor de un margen amplio, frente a criterios más objetivables como “independencia e imparcialidad del poder judicial” que lo estrechan; hay determinados ámbitos en que el margen se amplía generalmente (derecho de propiedad, ámbitos como el de la política económica, o medioambiental, seguridad del Estado, cuidado de hijos, obligaciones positivas, etc); son relevantes también la tríada de factores derivados del **Caso Buckley**, constituidos por la importancia del ejercicio del derecho para el bienestar y desarrollo del individuo, la importancia de las actividades protegidas del reclamante y los intereses para el proceso democrático y la gravedad o intensidad de la intervención en el derecho; la existencia de situación de emergencia (en último extremo, la del art. 15 CEDH) justifica, en fin, un margen más amplio en general. Sobre este tema, véase el trabajo de GARCÍA ROCA, J., “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 117-143. Véase también ARAI-TAKAHASHI, Y., *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia Publishers, Antwerpen/Oxford/Nueva York, con prólogo de James Crawford, 2002.

81 **Caso Lawless** de 1 de julio de 1961, §§32 y 35 y ss.

82 Por ejemplo, **caso Schmidt y Dahlström** de 6 de febrero de 1976, §§40-42 (“no se ha infringido el principio de proporcionalidad”); **caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali** de 28 de mayo de 1985, §77-83 y **caso sobre ciertos aspectos del régimen lingüístico belga** de 23 de julio de 1968, §10; y **caso Rasmussen** de 28 de diciembre de 1984, §35 y 37. Sobre ello, véase CAR-

obligatorios (en este caso, el Tribunal aplica la proporcionalidad para la “delimitación”, que no para la limitación, al menos según sus aseveraciones teóricas, por lo demás cuestionables)—, bien para definir el alcance concreto de un derecho, bien para determinar el alcance de una obligación positiva del Estado. Un problema especial, en el que aquí no puede entrarse, es el de si la proporcionalidad puede aplicarse al derecho a no sufrir torturas o penas o tratos inhumanos o degradantes.<sup>83</sup>

En realidad, se quiera o no se quiera, y aunque desde luego el propio TEDH no lo haya reconocido siempre así de modo expreso, la aplicación del principio de proporcionalidad a todos estos derechos, incluso cuando no se aplica a sus restricciones, viene a suponer el reconocimiento de la necesidad de ponderar lo que sería el contenido *a priori*, sólo *a priori*, protegido de un derecho con otras exigencias imperiosas que tengan también base en el Convenio, para determinar así el concreto ámbito definitivamente protegido de ese derecho, lo que con frecuencia sólo puede hacerse en el caso concreto, y el TEDH, desde luego, se ha limitado siempre a la apreciación del asunto particular de que conoce.

En lo que se refiere al significado o contenido de este principio, el mismo hace referencia, como contenido mínimo, a la necesaria existencia de una relación de proporcionalidad entre una injerencia en un derecho fundamental y la finalidad (legítima) pretendida por tal injerencia<sup>84</sup>, esto es, entre los medios empleados (incluyendo su severidad, intensidad y duración) y el fin público perseguido. El TEDH se limita, en ocasiones, en su examen de la proporcionalidad, a analizar si una medida es proporcionada y si hay una relación razonable entre la injerencia en el derecho y el

---

MONA CUENCA, E., “La prohibición de discriminación (art. 14 CEDH y Protocolo 12)”, en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA, P. (coords.), *La Europa de los derechos ...*, cit., pp. 672 y ss.

83 Parece descartarlo el caso **Saadi v Italy** de 28 de febrero de 2008, ya comentado.

84 **Caso Ezelin** de 26 de abril de 1991, §52.

legítimo fin perseguido, pero por lo general aplica un examen más riguroso o intensivo, en especial con relación a la libertad de expresión. Y así, en el asunto *Sunday Times* aplica un triple control sobre: a) si la injerencia responde a una “necesidad social imperiosa”; b) si es proporcionada al legítimo fin perseguido; c) si las razones ofrecidas por la autoridad nacional para justificarla eran “relevantes y suficientes”. En realidad, lo que existe es una densidad variable del control de la proporcionalidad en función de los derechos fundamentales afectados (por ejemplo, se aplica un estándar menos estricto para el derecho de propiedad<sup>85</sup> y uno especialmente estricto para la libertad de expresión<sup>86</sup> y los aspectos íntimos de la vida privada<sup>87</sup>), en función del alcance o la intensidad de la injerencia o intervención en el derecho fundamental (control tanto más intenso cuanto más grave sea la injerencia<sup>88</sup>) y, en cierta medida, en función de la naturaleza del interés protegido contrapuesto al derecho (así, por ejemplo, parece existir una relativa deferencia por el TEDH respecto de la “seguridad nacional”), entre otros factores.

A la hora de determinar si una injerencia o intervención en un derecho fundamental es o no proporcionada, deben valorarse los siguientes elementos: a) en primer lugar, aunque no es del todo claro, parece que puede partirse de una regla general de que el Estado tiene la carga de probar que hubo razones “relevantes y suficientes” para tal injerencia, y si no cumple con esa carga, es casi inevitable que se declare una violación del Convenio; b) en segundo lugar, aunque ni el texto del CEDH ni tampoco el propio TEDH hayan consagrado de una manera expresa, como concreto componente de la proporcionalidad, al llamado subprincipio de

---

85 **Caso James y otros** de 21 de febrero de 1986, §51.

86 **Casos Barthold** de 25 de marzo de 1985; **Barfod** de 22 de febrero de 1989, §35; **Lingens** de 8 de julio de 1986, §43 y **Castells c. España** de 23 de abril de 1992, §46.

87 Además de la sentencia que se cita en la nota siguiente, véase **caso Dudgeon** de 22 de octubre de 1981, §59.

88 **Caso Smith and Grady** de 27 de septiembre de 1999, §90.

necesidad (que exigiría utilizar el medio menos restrictivo, de manera que una injerencia es ilegítima si había otros medios igualmente eficaces pero menos restrictivos del derecho), ni tampoco al subprincipio de la adecuación del medio al fin, en la práctica el TEDH viene aplicándolos frecuentemente<sup>89</sup>, por lo que una injerencia que no los respete será ilegítima<sup>90</sup>; c) cuando la injerencia es acordada discrecionalmente por una autoridad, el principio de proporcionalidad requiere una cierta justicia procedimental (*procedural fairness*) para asegurar que se toman en cuenta los intereses de los afectados, lo que si bien inicialmente regía para lo relativo a la custodia de los hijos en la actualidad tiene una aplicación más amplia<sup>91</sup>; d) debe valorarse igualmente en ciertos casos, en estrecha relación con lo anterior, la existencia o no de salvaguardias frente a posibles abusos y en concreto de un control judicial último<sup>92</sup>; e) es irrelevante la existencia, o no, de buena fe por parte de las autoridades nacionales<sup>93</sup>; y f) se atiende en ocasiones al Derecho y la práctica de los diversos Estados-parte, en especial a las corrientes dominantes, aunque, dado que ello podría afectar a la autonomía del CEDH así como reducirlo a un (bajo) estándar mínimo común, ello se hace con frecuencia a la luz de una interpretación dinámica y evolutiva.<sup>94</sup>

---

89 CLAYTON, R. y TOMLINSON, H., *The Law of Human Rights*, OUP, Oxford, 2000, p. 283.

90 Para el subprincipio de necesidad, **Caso Campbell** de 25 de marzo de 1992, §48. Para el de adecuación, uno de los pocos asuntos en que hay un análisis expreso y no tácito de su concurrencia es el **caso Lustig-Prean et Beckett** de 27 de septiembre de 1999, §67.

91 **Caso Buckley** de 25 de septiembre de 1996, §76.

92 **Caso Klaas y otros** de 6 de septiembre de 1978, §§48, 50 y 55 y **caso Silver** de 25 de marzo de 1983, §90. Véase también **caso Mialhe** de 25 de febrero de 1993, §37.

93 **Caso Dudgeon** de 22 de octubre de 1981, §59.

94 ARAI-TAKAHASHI, Y., *The margin ...*, cit., p. 15.

A partir de estos criterios generales, el conocimiento del alcance del principio de proporcionalidad es una cuestión a estudiar con relación a cada derecho fundamental en particular y la jurisprudencia que el TEDH ha sentado respecto del mismo. La abundante jurisprudencia ya existente y la multiplicidad de hipótesis enjuiciadas ha permitido construir una tupida red de aplicación del principio estudiado para cada derecho fundamental, cuyo estudio corresponde a la parte especial de una teoría de los derechos fundamentales y excede por ello mismo completamente del objeto de este trabajo y se abordará en otros de esta obra colectiva. No obstante, debe aquí advertirse que la aplicación de este principio de proporcionalidad es eminentemente casuística, por lo que, a la hora de estudiar cada caso habrá que conocer todas las circunstancias en el mismo concurrentes antes de extrapolar la doctrina en él sentada a otros supuestos más o menos parecidos y valorar la relevancia de las posibles diferencias que puedan existir.

## **XI.- CONCLUSIÓN**

Se han tratado de esbozar aquí los aspectos esenciales de una teoría general de los derechos del Convenio, aunque lógicamente somos conscientes de que algunos de los elementos de esta teoría general pueden encontrar ciertas modulaciones inevitables con relación a este o aquel derecho, pero ello es común a cualquier teoría general jurídica realista que no opere con categorías puramente ideales, y el estudio de tales modulaciones corresponde justamente a la “teoría” de cada derecho en particular. Sea como sea, lo fundamental de una teoría general como esta es que, de un lado, sea correcta en su contraste con la realidad y en su verificación con relación a los diversos derechos a que se refiere en particular y, de otro lado, que permita dar una explicación global del sistema y su funcionamiento y por ello mismo sea práctica y esto es lo que se ha pretendido hacer en este trabajo, así como suscitar debate al respecto.

Por otro lado, la teoría general de los derechos fundamentales en nuestra propia Constitución nacional y en el Derecho co-

munitario sigue siendo una tarea pendiente, y para su elaboración es indispensable atender a la construcción general de los derechos del CEDH, por lo que también en ese plano puede tener su utilidad esta teoría.



## CAPÍTULO TERCERO

### LA STAATSRECHTLICHE BESCHWERDE O RECURSO CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN SUIZA<sup>1\*</sup>

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN.- II.- COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL FEDERAL.- III.- LEGITIMACIÓN ACTIVA.- IV.- LEGITIMACIÓN PASIVA.- V.- OBJETO.- VI.- COMPETENCIA.- VII.- PARÁMETRO DE EXAMEN.- VIII.- DEMANDA Y PLAZO.- IX.- PRESUPUESTOS DE ADMISIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA SUBSIDIARIEDAD (ABSOLUTA Y RELATIVA).- X.- PROCEDIMIENTO.- XI.- LA SENTENCIA: EFECTOS, CONTENIDO Y EJECUCIÓN.- XII.- RECURSO DE AMPARO Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS.- XIII.- BIBLIOGRAFÍA ORIENTATIVA.

#### I.- INTRODUCCIÓN

La nueva Constitución suiza de 1999 — que entró en vigor el 1 de enero de 2000 y que fue resultado de un proceloso proceso de reforma en el que intervino intensamente la “sociedad abierta de intérpretes [reformadores, más bien, en este caso] de la Constitución” y cuyos planteamientos iniciales se re-

---

\* Publicado en Mac-Gregor/Fix, *El Derecho de amparo en el mundo*, Porrúa/U.N.A.M./Fundación Konrad Adenauer, México 2006, págs. 1035-1105.

montan a los años 60 — regula de manera bastante somera todo lo relativo a la justicia constitucional y, en concreto, a la ejercida por el llamado Tribunal Federal, con sede en Lausana (artículo 19 de la *Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege* de 1943) y que cuenta ya con una larga tradición en el país helvético desde su creación en 1874.

Si la nueva Constitución se presenta, antes que nada, como una (mera) sistematización y actualización de la Constitución anterior, vigente hasta entonces, de 1874, sin grandes cambios en términos generales, ello se constata, en particular, en materia de justicia constitucional, ámbito en el que no ha habido modificaciones apreciables en la nueva regulación, tras frustrarse algunos intentos (como en otras ocasiones) de una reforma de cierto alcance en este sector. De conformidad con ello, Suiza sigue siendo, en la nueva regulación constitucional, un Estado en el que hay un sistema difuso de control (limitado, como veremos) de la constitucionalidad en el sentido de que todos los tribunales, incluido por supuesto el Tribunal Federal, pueden y deben examinar la constitucionalidad de los actos de los poderes públicos. Todo poder público que vaya a aplicar una norma en ejercicio de sus funciones propias tiene el deber de contrastar esa norma con las superiores, incluida, por tanto, la Constitución federal (artículos 5,1 y 49 de la Constitución).

Ahora bien, esta competencia difusa general de control de la constitucionalidad encuentra una barrera que constituye la limitación más grave del sistema suizo de control de la constitucionalidad cuando la norma a aplicar es una ley federal o un tratado internacional, pues si la autoridad pública que va a aplicar una de tales normas arriba a la conclusión que la norma en cuestión es contraria a la Constitución federal, para lo cual ha de apurar primeramente todas las posibilidades de “interpretación conforme” al Texto fundamental, no podrá inaplicarla al caso de que esté conociendo, sino que estará vinculado por un verdadero deber de aplicarla (apreciación de inconstitucionalidad sin sanción),

sin perjuicio de que pueda apelar al legislador para que repare el vicio apreciado. De este modo, respecto de las leyes federales y tratados internacionales rige, no una prohibición de examen de su constitucionalidad, sino una prohibición de inaplicación o un mandato o deber de aplicación en todo caso, con los matices que se verán enseguida, de modo que una eventual apreciación de la inconstitucionalidad no excusa de su aplicación. Esta es una limitación, bien grosera, que tiene el sistema suizo de control de la constitucionalidad (justificable, en parte, por su sistema de democracia semidirecta, como veremos) respecto de las leyes federales y tratados internacionales, sin que hasta ahora hayan prosperado los diversos intentos, desde hace ya varias décadas, de acabar con ella mediante una reforma constitucional.

## II.- COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL FEDERAL

En este trabajo, nos interesa centrar nuestras reflexiones en el instituto procesal-constitucional suizo equivalente funcional del amparo mexicano, el español o el alemán. Este instituto es la llamada *staatsrechtliche Beschwerde* o *recours de droit public*, de la que conoce el Tribunal Federal como tribunal supremo suizo en que se residencian, entre otras, las competencias específicamente judicial-constitucionales. Pero antes de referirnos a los aspectos más relevantes, siempre desde la perspectiva procesal-constitucional, de este recurso de amparo o recurso de Derecho público suizo como competencia acaso más relevante del *Bundesgericht*, expondremos brevemente la regulación en la Constitución suiza relativa a este Tribunal Federal (*Bundesgericht*) y sus competencias.

En este sentido, comencemos por señalar que el artículo 188 de la Constitución helvética establece que el Tribunal Federal es la autoridad judicial suprema de la Confederación, que él mismo organiza su propia administración, y que la ley será la que “regulará la organización y el procedimiento” del Tribunal, previéndose asimismo que, en la elección de los jueces del Tribunal Federal, la Asamblea cuidará de que todas las lenguas oficiales estén representadas. El artículo 190 remite a la ley la regulación

de las competencias del Tribunal federal en materia civil, penal y administrativa, así como en otras materias del Derecho. Y este mismo precepto establece que los Cantones tendrán el derecho, bajo reserva de aprobación de la Asamblea Federal, de atribuir al Tribunal Federal el conocimiento de las controversias administrativas en materia cantonal. El artículo 191 establece que tanto el Tribunal Federal como las demás autoridades estarán obligadas a aplicar la legislación federal y los Tratados Internacionales.

Pero el artículo de mayor interés para nosotros, con toda claridad, es el 189, en el que, bajo el epígrafe "Jurisdicción constitucional", se regulan las competencias constitucionales propiamente dichas del Tribunal Federal, únicas que parece preciso que hallen regulación expresa y específica en la Constitución. Y este artículo dice, a la letra:

- “1. El Tribunal Federal conocerá de los litigios sobre:
  - a. Las quejas por lesión de derechos constitucionales;
  - b. Las quejas por lesiones a la autonomía de los municipios y a otras garantías otorgadas por los Cantones a las corporaciones de Derecho público;
  - c. Las quejas por vulneración de Tratados Internacionales o de Acuerdos Intercantones;
  - d. Las controversias de Derecho público entre los Cantones o entre la Confederación y los Cantones.
2. La ley puede en casos determinados atribuir la competencia para decidir a otras autoridades federales”.

Pues bien, de lo anterior resulta ya claro que la competencia constitucional que nos interesa aquí a los efectos de este trabajo es la prevista en el artículo 189,1,a): las quejas por vulneración de derechos constitucionales. Estas quejas pueden considerarse como el instituto equivalente al amparo en otros países: el amparo suizo de los derechos constitucionales, así pues, aunque con unas singularidades

que iremos viendo. Aquí también podría incluirse el amparo dirigido a la tutela de la autonomía de los municipios (*Autonomiebeschwerde*) y de otras garantías otorgadas por los Cantones a las Corporaciones de Derecho público, si bien no nos referiremos aquí a sus particularidades, ya que no cabe duda que en el caso de estas y otras variantes no se trata de un mecanismo de tutela procesal reforzada de los derechos fundamentales del individuo, por lo que su interés para nosotros es aquí menor. Tampoco abordaremos las especialidades de otras modalidades de amparo constitucional, como el amparo electoral. *Hic et nunc* nos centraremos en los aspectos procesal-constitucionales más relevantes de la genérica *staatsrechtliche Beschwerde*, que se remonta en Suiza a la Constitución de 1874 (vigente hasta 2000), desde una perspectiva genérica: legitimación activa y pasiva, objeto, competencia, parámetro, demanda, presupuestos de admisión, subsidiariedad, procedimiento, efecto suspensivo, asistencia letrada, sentencia, medios de ejecución, coordinación con la protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### III.- LEGITIMACIÓN ACTIVA

En lo que se refiere, en primer lugar, a los legitimados activamente para plantear el amparo constitucional o *staatsrechtliche Beschwerde*, ha de tratarse de personas (físicas, en principio) que:

- a) Tengan la capacidad para ser parte (dimensión procesal de la capacidad jurídica en el Derecho sustantivo) y la capacidad procesal (lado procesal de la capacidad de obrar);
- b) Sean además titulares del derecho fundamental invocado;
- c) Hayan sido afectadas por el acto impugnado en sus derechos subjetivos o en sus intereses jurídicamente protegidos, lo que no ocurre si sólo se afecta a las competencias u obligaciones de un funcionario o miembro de un poder público en su condición de tal; y

- d) Tengan un interés actual, jurídicamente relevante y no de mero hecho, y práctico en la prosecución del amparo. Con este requisito se trata de evitar que el Tribunal Federal se vea abocado a decidir “en abstracto” y no con relación a un caso concreto y real, por lo que si desaparece el interés a lo largo del proceso, la causa se sobresee; y si no existe ya *ab initio*, es causa de inadmisión inicial (cfr. BGE 123 II 285 E. 4, 286), si bien también el requisito de la “actualidad” del interés conoce alguna excepción (cuando la cuestión planteada se pueda abordar en cualquier momento bajo las mismas o semejantes circunstancias y exista un interés público notable en su respuesta debido a su significación básica. Ahora bien, esta exigencia de un interés personal se modula cuando el objeto del recurso es directamente una norma de carácter general y abstracto (no sus actos aplicativos), pues en este caso basta en realidad con un interés virtual en la eliminación del acto, esto es, basta con que el acto impugnado sea susceptible de llegar a ser aplicado al recurrente en el futuro. Se entiende por afectación virtual de los intereses jurídicamente protegidos propios aquella que puede tener lugar alguna vez, antes o después, con una mínima probabilidad (BGE 130 I 26 y ss, 29 y ss). Aquí deben incluirse los no beneficiados por una medida legal que se considere discriminatoria o consagratoria de un privilegio injustificado. Es claro que esta modalidad de amparo constitucional se aproxima bastante a una acción popular normativa de amparo (contra normas cantonales), aunque, desde nuestro punto de vista, no sin relevantes limitaciones que han de ser tenidas en cuenta: así, por lo pronto, por regla general, el recurrente ha de vivir en el Cantón correspondiente al ámbito territorial de la norma impugnada; además, en general, ha de pertenecer al grupo al que se ha de aplicar la norma; en todo caso, ha de existir la “mínima probabilidad” de aplicación de la norma que el Tribunal Federal exige, etc.

En cuanto a las *personas jurídicas*, se les reconoce también la posibilidad de estar activamente legitimadas en materia de derechos fundamentales cuando se trate, en concreto, de personas jurídico-privadas (cuando la naturaleza del derecho lo permita en todo caso), pero no cuando, aun siendo personas jurídicas de Derecho privado, cumplieren una tarea de Derecho público (cfr. BGE 112 Ia 356 E. 5a, 364). Es doctrina jurisprudencial que:

“Une corporation de droit public a qualité pour former un recours de droit public lorsqu’elle se trouve affectée par la décision attaquée de la même manière que n’importe quel particulier. Elle peut alors invoquer, au même titre qu’un particulier, une violation des droits constitutionnels et soulever de façon indépendante le grief de violation de l’art. 4 Cst. En revanche, lorsque la décision attaquée l’affecte en sa qualité de personne morale de droit public, elle peut seulement faire valoir par cette voie une atteinte à son existence, à son territoire ou à son autonomie. Elle peut en outre se plaindre de la violation de son droit d’être entendue, à condition que ce grief soit en rapport étroit avec celui tiré de la violation de l’autonomie ou de la violation du droit à l’existence. Pour que le recours soit recevable, il suffit alors à la recourante d’invoquer que le droit cantonal lui garantit le droit à l’existence ou une certaine marge d’autonomie dans le domaine envisagé, et que la décision attaquée viole ce droit ou cette autonomie. C’est en revanche une question de fond que de déterminer si la recourante jouit effectivement d’autonomie dans le domaine en cause ou d’un droit à l’existence, et si cette autonomie ou ce droit ont été violés (ATF 111 Ia 251 ss, 109 Ia 44, 107 Ia 178)”.

No se reconoce legitimación activa, en cambio, como regla general, a las *personas de Derecho público*, salvo cuando una corporación jurídico-pública, investida de poder soberano o público, se defiende frente a una afectación de la autonomía que la Constitución (artículo 50) le garantiza o cuando una persona jurídico-pública es afectada por un acto cantonal *como particular*, actuando conforme al Derecho privado (por ejemplo, como propietaria de un fundo), si bien ello es algo controvertido todavía. Cuando una

persona de Derecho público es afectada como particular, o alega su inmunidad internacional, también tienen acceso al amparo constitucional los Estados extranjeros (cfr. BGE 111 Ia 52 E. 2, 53 y ss y 113 Ia 172 E 1, 174).

En todo caso, el *demandante de amparo dispone enteramente del objeto del proceso*, ya que él, y sólo él, determina cuál es ese objeto, y además puede restringir su alcance o simplemente desistir del amparo hasta el momento de dictar sentencia. De este modo, por ejemplo, si el recurrente alega la vulneración de un determinado derecho constitucional, el Tribunal está vinculado por ello y no puede entrar a analizar la vulneración de otros derechos constitucionales diversos no invocados por el recurrente.

#### IV.- LEGITIMACIÓN PASIVA

Puede considerarse que tienen legitimación pasiva, en un sentido lato, tanto quienes hayan sido parte en el proceso cantonal previo y hayan tenido una posición procesal contrapuesta a la del ahora recurrente o la otra parte en la actuación administrativa de que se trate (algo así como “contraamparistas”), como también la autoridad que haya dictado el acto soberano impugnado. Incluso se prevé, con carácter complementario, la intervención procesal eventual de otros participantes que den su opinión sobre la causa por escrito en el marco de un trámite de audiencia pública y dentro de un plazo fijado por el Tribunal.

#### V.- OBJETO

El objeto del amparo constitucional o *staatsrechtliche Beschwerde* viene constituido por actos administrativos, legislativos (leyes, reglamentos) y judiciales de los Cantones o de los ayuntamientos o por actos intercantonales o concordatos entre Cantones (no cabe, en cambio, el amparo frente a los actos de la Confederación helvética). Esto requiere algunas precisiones, aclaraciones y matizaciones:

- a) En concreto, en el caso de las normas jurídicas (sólo las cantonales), las mismas pueden impugnarse *también* en

abstracto, al margen de un caso concreto de aplicación de las mismas, y el Tribunal Federal, en caso de estimar su inconstitucionalidad por lesión de derechos constitucionales, las anula con efectos generales. Ahora bien, no se admite, sin embargo, en la praxis jurisprudencial, la impugnación, a través de la *staatsrechtliche Beschwerde*, de las Constituciones de los Cantones, a pesar de ser normas cantonales, lo que se trata de justificar afirmando que su conformidad al Derecho federal (incluida la Constitución) correspondería a la Asamblea Federal (*Bundesversammlung*) ya que el necesario examen por ésta de las Constituciones cantonales no puede sino venir referido a su constitucionalidad, por lo que por razones de seguridad jurídica debe excluirse ya una revisión por el Tribunal Federal, pero esta argumentación no nos resulta en absoluto convincente, pues no puede pasarse por alto el importante dato de que el control de la *Bundesversammlung* es, *volens nolens*, uno político, mientras que el del Tribunal Federal es uno jurídico, lo cual marca una diferencia cualitativa sencillamente trascendental.

- b) En cualquier caso, y en virtud del artículo 84 de la Ley de Organización Judicial Federal de 16 de diciembre de 1943 (que, por otra parte, reitera lo establecido ya antes por Leyes de 1847 y 1893), el control de las leyes *federales* o de los tratados internacionales está prohibido incluso al Tribunal Federal, quien está vinculado más bien por el llamado “mandato de aplicación” de tales normas en todo caso (“*Anwendungsgebot*”), lo que sólo puede comprenderse cabalmente si se atiende al particular sistema de democracia semidirecta que existe en Suiza conforme a una larguísima tradición (las leyes y ciertos tratados internacionales pueden someterse a referéndum bastando con que así lo exija aproximadamente un uno por cierto del censo, de manera que tales normas pueden considerarse aprobadas por el pueblo directamente, al menos de forma tácita).

Ello, sin embargo, en nuestro criterio, no debería ser un obstáculo absoluto a un control de la constitucionalidad de tales leyes en la línea propuesta por buena parte de la doctrina, e incluso recientemente por el *Bundesrat*, siendo rechazada finalmente la propugnada reforma por las Cámaras legislativas con el peregrino argumento de proteger a los ciudadanos de unos sobrepoderosos jueces constitucionales (pero sin darles a los primeros la oportunidad de decidir si querían ser así protegidos de los segundos, esto es, a costa de la laguna de tutela judicial-constitucional de sus derechos constitucionales en la esfera federal). Así pues, *de lege data*, si se llegare a apreciar que una norma federal es contraria a la Constitución, el Tribunal Federal debería aplicarla en todo caso y, a lo sumo, podría dictar una sentencia apelatoria, instando, con mayor o menor resolución, al legislador a que corrija la inconstitucionalidad apreciada.

Con esta estructuración y regulación, es claro que el recurso de Derecho público no es más que un instrumento de carácter federal, sí, pero unilateral, pues sólo garantiza la observancia por parte del Derecho de los cantones o del Derecho municipal de la Constitución federal, pero no su cumplimiento por parte del propio Derecho federal y, por ello mismo, viene a ser un instrumento de control de la supremacía de la esfera federal frente a la cantonal.

Sea como sea, esta exclusión de las normas federales e internacionales del control a través del recurso de Derecho público requiere ser matizada a la vista de la doctrina del Tribunal Federal que, hace ya muchos años, reconoce que los Tratados Internacionales tienen primacía, en caso de conflicto, frente al Derecho nacional de cualquier nivel, lo que ha llevado al Tribunal a examinar, desde 1991, la compatibilidad de las leyes *federales* con la Convención Europea de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de

4 de noviembre de 1950 (que Suiza ratificó en 1974) o con sus Protocolos complementarios suscritos por Suiza, prohibiendo su aplicación en el caso concreto de que se trate en caso de apreciar una incompatibilidad lesiva de uno de aquellos derechos. De este modo, cuando una ley federal sea contraria a uno de los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos que se acaba de citar, sí que cabe un cierto control de su constitucionalidad a través del recurso de Derecho público, pero no en otro caso.

En principio, ello también sería aplicable a otros Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por Suiza, pero su importancia es claramente más limitada, pues todo depende de la aplicabilidad directa de la norma a la que se haga referencia. Y es que, en muchos casos, el Tribunal Federal presume, más bien, el carácter programático de las obligaciones internacionales derivadas de los tratados, necesitadas de la *interpositio legislatoris* y sin aplicabilidad directa en Suiza como derechos exigibles judicialmente por no tener un contenido lo suficientemente claro y concreto como para constituir la base de una sentencia. Pero no siempre es así y, por ejemplo, las normas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, que garantizan una serie de derechos humanos, el Tribunal Federal las considera también directamente aplicables y del mismo rango que los derechos enunciados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que abre también la vía a apreciar la inconstitucionalidad incluso de leyes federales con inaplicación al caso concreto.

Incluso respecto del Derecho federal no comprendido por el artículo 191 en relación con el 190 de la Constitución, que en principio podría ser examinado y revisado en cuanto a su constitucionalidad (por ejemplo, los reglamentos del *Bundesrat*), el control se limita también a enjuiciar esas nor-

mas con relación a un caso concreto y, si apreciare el Tribunal Federal su inconstitucionalidad, a negar su aplicación en el caso de que se trate, no siendo posible, pues, ni su control abstracto ni una anulación con efectos generales, como tampoco lo es respecto de una ley federal, mientras que respecto de las normas cantonales sí que es posible un control tanto abstracto como concreto.

- c) Los reglamentos, para ser impugnables a través de este mecanismo procesal-constitucional, han de producir un efecto externo sobre la esfera jurídica del ciudadano y, por ello mismo, no sólo las *Rechtsverordnungen* (reglamentos jurídicos), sino también eventualmente las *Verwaltungsverordnungen* (reglamentos administrativos) pueden impugnarse a través del amparo constitucional en tanto que estas últimas desplieguen algún efecto que vaya más allá del interior de la Administración, afectando a los ciudadanos en sus derechos.
- d) No cabe impugnar un acto administrativo que sea puramente confirmatorio o simple ejecución de otro anterior alegando la inconstitucionalidad de este último, salvo cuando se trate de derechos que se consideren irrenunciables e imprescriptibles por su estrechísimo vínculo con la personalidad del individuo (derecho a no ser sometido a torturas o penas corporales, libertad de culto, de pensamiento y de conciencia, libertad de matrimonio, libertad personal, etc; no, por ejemplo, la libertad económica, incluyendo la de empresa).
- e) También se admite, en fin, el amparo contra la falta de emisión de un acto cantonal debido (inactividad; omisión inconstitucional).

## VI.- COMPETENCIA

La competencia para conocer del amparo constitucional se atribuye al *Bundesgericht* o Tribunal Federal, formado por 30 jue-

ces titulares y 15 sustitutos, elegidos por seis años por la Asamblea Federal. Más en concreto, la competencia para conocer del amparo constitucional se atribuye a la Sala a la que corresponda por la materia (civil, penal, administrativa).

Al respecto, se plantea la cuestión de si puede considerarse al *Bundesgericht* como un verdadero tribunal constitucional. Desde nuestro punto de vista, aunque materialmente este Tribunal pueda aproximarse en grado muy considerable a un tribunal constitucional, no puede ser catalogado como uno de estos órganos judiciales especializados en materia constitucional con carácter exclusivo y excluyente de otras materias no específicamente constitucionales, al menos no desde una perspectiva técnica estricta, si queremos que la categoría de “tribunal constitucional” mantenga unos perfiles diferenciadores mínimamente nítidos.

Y ello cuando menos porque es un tribunal que, junto a unas competencias indudablemente jurídico-constitucionales, tiene atribuidas otras de pura y simple legalidad sin relevancia constitucional directa de ningún tipo, y que además son cuantitativamente significativas por la incidencia considerable que tienen en la carga global de trabajo del Tribunal federal, por lo que su atribución a un verdadero tribunal constitucional en sentido estricto no puede justificarse.

La noción teórico-constitucional de “tribunal constitucional” tiene componentes formales y materiales, debiendo concurrir unos y otros para poder considerar a un órgano jurisdiccional como un verdadero tribunal constitucional y en este caso no se dan todos ellos, lo que impide calificar al Tribunal Federal suizo como auténtico tribunal constitucional, sin perjuicio de reconocer su proximidad material a uno de estos tribunales, lo que, por otra parte, explica su participación en las Conferencias de Tribunales Constitucionales europeos y que su fuente de inspiración principal hayan de ser los tribunales constitucionales, más que los tribunales supremos o casacionales. Y es que, en suma, como la doctrina suiza más autorizada reconoce, el Tribunal Federal es, al mismo

tiempo, “juge suprême et juge constitutionnel”, en una “double casquette”, lo cual es una diferencia no puramente formal, sino un distingo estructural de relevancia (el juez constitucional es *también* e inseparablemente juez de legalidad ordinaria: no hay siquiera una Sala especializada en materia constitucional). Esto es, en nuestro criterio, algo incompatible con el concepto de tribunal constitucional en un sentido estricto, que ha de cumplir la función de delimitar, dentro de aquellos tribunales que conocen de la constitucionalidad de las normas, una categoría específica: la de aquellos que, entre otras condiciones, estén especializados en materia constitucional con carácter exclusivo y excluyente (de otras materias, no de la coparticipación de otros jueces y tribunales en el ejercicio de las competencias materialmente constitucionales), aun cuando aquí quepa hacer algunos matices, como hemos expresado en otra sede y ocasión.

Así lo reconoce, por lo demás, la mejor doctrina suiza, consciente de que el único tribunal constitucional en sentido estricto en Suiza por ahora es el *Verfassungsgericht/Cour Constitutionnelle* del Cantón de Jura, si bien este en realidad se integra en el llamado Tribunal Cantonal junto con otras *Cours* (artículo 104 de su Constitución: ¡también aquí se manifiesta el federalismo como experimentación!). Y por supuesto, nada de lo anterior obsta a que el *tertium comparationis* del Tribunal Federal suizo en otros países lo sean (y hayan de serlo necesariamente en cuanto a sus funciones constitucionales) los tribunales constitucionales, allí donde los haya, pues no cabe duda de que la función que materialmente desempeña en *Bundesgericht* es, en gran medida, una constitucional estricta. En este sentido, las consideraciones que en otro trabajo realizamos sobre la Suprema Corte mexicana son aplicables, *mutatis mutandis*, a la naturaleza del Tribunal Federal suizo.

## VII.- PARÁMETRO DE EXAMEN

El parámetro de examen viene constituido por los “derechos constitucionales”, que son los protegidos por el amparo constitucional.

Al respecto, hay que decir que, como la Constitución anterior de 1874 no preveía de modo expreso muchos derechos de los hoy considerados fundamentales o humanos, el Tribunal Federal no tuvo duda en reconocer nuevos derechos como “constitucionales” pese a la falta de toda previsión expresa al respecto en el texto constitucional, y esta práctica hoy se halla completamente consolidada y es aceptada de modo generalizado en la doctrina. Son las libertades no escritas o implícitas, concreción del Derecho constitucional judicial o no escrito.

En ocasiones, el Tribunal Federal reconoció incluso como derechos constitucionales a determinados derechos sin hacer ninguna referencia a ningún precepto o pasaje en concreto del texto constitucional. Así, con relación a la propiedad privada, el Tribunal sentó la doctrina apodíctica de que su garantía “pertenece al Derecho constitucional no escrito” (Sentencia de 11 de mayo de 1960); y con respecto a la libertad de expresión, manifestó que la misma “constituye un principio fundamental del Derecho federal y cantonal, escrito o no, y una extensión de la protección garantizada a la libertad de prensa”. Poco más tarde, en 1963, decía el Tribunal Federal que “la libertad personal es un elemento indispensable en el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho como es la Confederación, y según la concepción hoy dominante, esa libertad pertenece, como la garantía de la propiedad, a las normas no escritas del Derecho constitucional federal”. También se han visto así reconocidos el derecho a la garantía de la existencia (BGE 121 I 367 E 2, pp. 370 y ss.), la libertad de sufragio activo y pasivo (BGE 121 I 138), la libertad de reunión (BGE 96 I 219) o la libertad de lengua (BGE 91 I 480). Del principio de igualdad, se dedujeron asimismo numerosas garantías procesales, de gran relevancia.

En la actualidad, la nueva Constitución ha incorporado un catálogo amplio de derechos constitucionales, que integra ahora ya a nivel textual a la mayoría de los derechos constitucionales reconocidos por vía jurisprudencial. Pero de los treinta derechos

fundamentales garantizados, aproximadamente, por la nueva Constitución, sólo ocho de ellos estaban garantizados *expressis verbis* en la Constitución de 1874. En cualquier caso, la doctrina reconoce que el catálogo de derechos fundamentales de la nueva Constitución se basa en un sistema de lista de *numerus apertus*, tal y como ocurría también con la Constitución anterior.

Los principales derechos garantizados como derechos fundamentales son los siguientes: dignidad, igualdad, trato no arbitrario y de buena fe por el Estado, vida, libertad personal, libertad de movimientos, integridad física con prohibición de torturas, protección de la infancia y la juventud, auxilio en situación de desamparo, vida privada y familiar, matrimonio, libertad religiosa y de conciencia, libertad de opinión e información, libertad de prensa, libertad de idioma, libertad científica y artística, derecho a una enseñanza básica, libertad de reunión, asociación y residencia, protección contra la extradición y expulsión, propiedad privada, libertad económica, libertad de asociaciones sindicales y patronales, garantías procesales, derecho de petición, derechos políticos, etc.

Pero otros derechos que no se integran en el epígrafe *ad hoc* de derechos fundamentales, sino en otra sede dentro del texto constitucional, podrán protegerse también a través del recurso de Derecho público (amparo constitucional), y ello tanto si a todos o a alguno de esos derechos se les reconoce como si se les niega la condición de derecho fundamental, pues en cualquier caso son derechos constitucionales en tanto sean derechos justiciables, esto es, concretizables por los tribunales con los medios y procesos a su disposición, incluyendo, así pues, los derechos prestacionales (sociales inclusive).

Más aún, ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Federal ha sostenido, en jurisprudencia constante, que por derechos constitucionales han de entenderse no sólo los reconocidos en el Derecho constitucional confederal, sino también los garantizados por las Constituciones cantonales, con lo cual el abanico se amplía

todavía más, si bien hay que decir que el Tribunal Federal sólo reconoce a los derechos constitucionales cantonales un alcance autónomo a escala federal en la hipótesis poco frecuente de que vayan más allá de la protección otorgada por el Derecho constitucional federal, escrito o no. Por ejemplo, si una Constitución cantonal prohíbe la retroactividad en todo caso mientras que la federal la permite sólo bajo determinados presupuestos, el derecho constitucional cantonal va más allá del federal, por lo que se le reconoce un efecto autónomo.

En todo caso, los derechos fundamentales se conciben como derechos dirigidos frente al Estado, sin perjuicio de su efecto irradiador o eficacia indirecta en las relaciones *inter privatos*: "En revanche, contrairement à l'interdiction des discriminations en matière de rémunération (art. 4 al. 2, 3 e phrase, Cst.; ATF 113 Ia 110 et les références), la règle précitée ne s'adresse pas aux particuliers mais à l'Etat; elle ne produit pas d'effet horizontal direct (*direkte Dritt- oder Horizontalwirkung*; sur cette notion, cf. ATF 111 II 254 et les références) dans les rapports entre personnes privées. D'où il suit que la recourante n'a pas qualité pour s'en prévaloir directement en l'espèce à l'appui d'un recours de droit public dirigé contre une décision rendue dans une affaire opposant deux particuliers" (BGE 114 Ia 331). Hoy, esta eficacia indirecta de los derechos fundamentales encuentra cobijo expreso en las disposiciones del Texto fundamental, cuyo artículo 35 prevé:

"Artículo 35. Realización de los derechos fundamentales.

- <sup>1</sup> Los derechos fundamentales deben adquirir vigencia en todo el ordenamiento jurídico.
- <sup>2</sup> Quien lleve a cabo tareas estatales, está vinculado por los derechos fundamentales y tiene el deber de contribuir a su realización.
- <sup>3</sup> Las autoridades velan para que los derechos fundamentales, en tanto sean adecuados para ello, sean efectivos también entre particulares".

### VIII.- DEMANDA Y PLAZO

La demanda (junto con las copias para las partes) ha de presentarse, por escrito (en una lengua oficial) y debidamente firmada, en un plazo de treinta días desde la notificación, en el caso de actos o decisiones concretas; o desde la publicación, en el caso de las normas que se impugnen en abstracto (*dies a quo*), si bien, en esta última hipótesis, incluso después de transcurrido el plazo de treinta días desde la publicación, el ciudadano podrá recurrir normalmente la ley o norma de forma indirecta mediante la impugnación de cualquier acto de aplicación que considere lesivo de sus derechos constitucionales, aunque entonces la apreciación de la inconstitucionalidad sólo llevará a la anulación del acto concreto de aplicación de la norma, no a la nulidad de esta misma, siendo, así pues, un *konkrete* (no *abstrakte*) *Normenkontrolle*. Cuando la autoridad aporte ulteriormente las razones en que se basa la decisión, el plazo para recurrir se amplía a los 30 días siguientes al recibimiento de la justificación; pero, en todo caso, siempre que el solicitante de amparo haya tenido acceso a la fundamentación del acto, ha de aportarla con la demanda y si lo omite se le dará un plazo bajo apercibimiento de inadmisión *a limine* del amparo en otro caso.

La demanda, sea como sea, ha de identificar al recurrente, indicar el acto recurrido y los hechos fundamentales en que se base, y habrá de contener una exposición breve de los derechos o principios que se consideren vulnerados por el acto administrativo, resolución judicial o ley y los motivos para ello, así como las conclusiones, todo ello con la mayor precisión posible, debiendo tenerse muy presente que el Tribunal Federal sólo examina las quejas claras y detalladas sin entrar al fondo de las quejas insuficientemente fundamentadas o las críticas puramente retóricas (por ejemplo, sostener simplemente que el acto impugnado es arbitrario, sin mayor fundamentación). Cuando los defectos sean subsanables, se prevé un plazo para ello.

En principio, la demanda ha de presentarse ante el Tribunal Federal, pero la Ley Federal de Organización de la Administración de Justicia de 1943 establece que si la demanda se presenta ante el *Bundesrat*, o ante una instancia especial confederal de la Administración de Justicia administrativa, en debido plazo, ha de considerarse la misma como tempestiva y remitirse de oficio al Tribunal Federal.

#### **IX.- PRESUPUESTOS DE ADMISIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA SUBSIDIARIEDAD (ABSOLUTA Y RELATIVA)**

En lo relativo a los *presupuestos de admisión* del recurso de amparo constitucional, se ha de controlar que quien plantea la demanda tenga capacidad procesal, capacidad para ser parte y legitimación activa, que la demanda esté planteada en plazo y forma, que se respete la subsidiariedad, etc.

Puede considerarse, además, como un leve “filtro”, a fin de descargar al Tribunal Federal de los casos irrelevantes o de menor relevancia, la previsión de que aquel pueda decidir con una fundamentación sólo sumaria, sin deliberación pública y con una composición de tres jueces únicamente, en el llamado procedimiento abreviado, cuando se trate de recursos evidentemente inadmisibles o evidentemente insensuados o, por el contrario, manifiestamente fundados, siempre que haya unanimidad y ninguno de los jueces pida el retorno al procedimiento ordinario.

Especial importancia tiene también en el caso de Suiza el principio de *subsidiariedad* como regla procesal vertebradora del amparo constitucional. En la doctrina suiza se distingue, a estos efectos, entre la llamada subsidiariedad relativa y la absoluta:

- a) Dicho de manera muy sumaria, la primera exige que, para plantear un amparo constitucional, antes se hayan agotado las diversas instancias cantonales (*relative Subsidiarität der staatsrechtlichen Beschwerde*), salvo cuando se trate de amparos o quejas constitucionales en el ámbito de la doble

tributación intercantonal y del embargo por orden de Estados extranjeros, a lo que se suma la excepción, de creación pretoriana, de los casos en que existan serias dudas sobre la admisibilidad de un determinado recurso cantonal o en que la exigencia de agotamiento de las instancias cantonales devendría un requisito puramente formal vacío, un formalismo irrazonable (por ejemplo, cuando una instancia inferior ha decidido ya según las instrucciones de otra superior). Pero esta es la subsidiariedad relativa *formell*. Junto a ella, existe también una subsidiariedad relativa *materiell*, establecida recientemente por el Tribunal Federal (Sentencia de 21 de abril de 2004) en el sentido de que no se pueden hacer valer a través del amparo constitucional federal argumentos jurídicos que no se hayan alegado ya en el correspondiente proceso cantonal. Y es que se viene a entender que si el recurrente ha utilizado formalmente, por así decirlo, la instancia cantonal hasta agotarla (también formalmente), pero luego plantea, novedosamente, otras razones, en realidad no ha utilizado *materialmente* la instancia cantonal respecto de estas razones ahora alegadas y que debieron haberse planteado antes en la instancia cantonal para luego poder hacerlas valer mediante el recurso extraordinario de amparo constitucional. Es la prohibición de introducir argumentos jurídicos novedosos no empleados materialmente en la instancia cantonal (*Novenverbot*: prohibición de novación argumental) o subsidiariedad relativa material.

- b) La llamada subsidiariedad absoluta, en cambio, se refiere a que no debe quedar abierta la posibilidad de ningún recurso a nivel federal (en particular, el recurso de nulidad ante la Corte de Casación Extraordinaria Penal del Tribunal Federal, los recursos civiles de enmienda o nulidad o el recurso de Derecho administrativo), esto es, no debe existir la posibilidad jurídica de combatir la lesión de los derechos constitucionales alegada a través de una demanda o recur-

so ante el Tribunal Federal o ante cualquier organismo federal (*absolute Subsidiarität der staatsrechtliche Beschwerde*).

El Tribunal Federal no sólo puede, sino que debe controlar la observancia de la debida subsidiariedad, a instancia de parte o de oficio. Y es que el amparo constitucional se concibe como un mecanismo extraordinario de protección que sólo ha de quedar abierto cuando se han agotado todas las posibilidades procesales, ordinarias o extraordinarias, para lograr la tutela debida frente al acto combatido, dando lugar a un proceso autónomo que enjuicia la constitucionalidad del acto desde el específico punto de vista de los derechos constitucionales, y esta especificidad y excepcionalidad ha de ser controlada estrictamente por el Tribunal Federal.

En el caso de impugnación directa a través del amparo constitucional de normas jurídicas (sólo cantonales, pues no es posible la impugnación de las normas jurídicas federales), hay una remisión en cuanto a la subsidiariedad al Derecho del respectivo Cantón, de manera que es únicamente el Derecho cantonal el que determina si, antes de plantear el amparo constitucional frente a tales normas, es preciso acudir a una determinada autoridad o tribunal cantonales pero, si así lo estableciere, esos medios o recursos deben ser empleados y agotados antes de acudir en amparo constitucional federal al Tribunal con sede en Lausana.

## X.- PROCEDIMIENTO

En lo que respecta al *procedimiento*, se inicia con la presentación de la demanda por escrito en plazo y forma. Ahí comienza el procedimiento instructor, con la designación previa de un juez encargado de la instrucción por el Presidente. La tramitación es, en principio, por escrito, salvo un debate final oral de carácter excepcional que puede acordarse en casos extraordinarios y a solicitud de parte. El proceso se estructura contradictoriamente, en cualquier caso, con intervención de la contraparte o parte adversa y de la autoridad que dictó el acto impugnado, pero tam-

bién eventualmente de terceros, en los términos vistos, mediante el traslado de escritos. Una vez concluida la instrucción, en que puede acordarse la práctica de pruebas pertinentes para dejar bien establecidos los hechos, el juez instructor concluye esta fase y se inicia ya la fase de la decisión por sentencia.

Por otro lado, en principio, el planteamiento de un amparo constitucional no tiene ningún *efecto suspensivo*, sino que el acto impugnado es ejecutable y puede producir o seguir produciendo sus efectos en tanto no sea anulado por el Tribunal Federal mediante la oportuna sentencia estimatoria. No obstante, el Tribunal Federal, en concreto el Presidente de la Sala a la que corresponda conocer del amparo constitucional, está habilitado para dictar una suerte de Auto de medidas cautelares a instancia de una de las partes procesales cuando ello sea necesario para mantener la situación o estado existentes o asegurar temporalmente intereses jurídicos que se vean amenazados, lo que abre la puerta a acordar un efecto suspensivo, aunque no es la única posibilidad, sino que caben otras medidas cautelares, que en todo caso requieren siempre una adecuada y prudente ponderación. La decisión del Presidente de la Sala es irrecurrible.

*No se prevé la asistencia letrada.* Todo legitimado para plantear un amparo constitucional puede actuar por sí mismo o designar a un representante a libre voluntad, que no ha de ser abogado (a diferencia de lo que ocurre en materia civil o penal, donde se exige la representación por Letrado colegiado o por profesores de Derecho en una Universidad suiza y, con carácter excepcional, se admite la representación por abogados extranjeros). Lógicamente, en el caso de las personas jurídicas han de designar siempre a una persona que las represente y defienda y, así, en el caso de las personas jurídicas de Derecho público, pueden actuar a través de sus órganos o a través de un representante designado por aquellos a libre voluntad.

## XI.- LA SENTENCIA: EFECTOS, CONTENIDO Y EJECUCIÓN

Las *sentencias* del Tribunal Federal en el marco del amparo constitucional son definitivas, no cabiendo frente a las mismas recurso alguno, sin perjuicio del recurso ante el Tribunal de Estrasburgo. Se benefician, así, de la fuerza de *cosa juzgada en sentido formal*. Han de ser publicadas en el Diario Oficial de jurisprudencia del Tribunal Federal.

Las sentencias, en principio, pueden ser estimatorias o desestimatorias, si bien caben también otras modalidades sentenciadoras más o menos atípicas. En cualquier caso, para que la sentencia sea estimatoria, basta con la mayoría absoluta de sus integrantes, gozando el Presidente de voto de calidad en caso de empate.

En cuanto a la *cosa juzgada material (materielle Rechtskraft)*, esto es, la fuerza vinculante de las sentencias, más allá del efecto sobre las partes en el proceso, para otros amparos en la misma materia, depende del tipo de sentencia:

- a) Si la sentencia es *desestimatoria*, la misma no confirma la constitucionalidad ni menos todavía convalida al acto o norma impugnados, sino que simplemente declara infundadas las alegaciones de la parte recurrente, pero no excluye otros amparos por el mismo sujeto o por terceros contra el propio acto por otros motivos, sino que sólo impide un amparo planteado por la misma persona contra el mismo acto por los mismos motivos (sin perjuicio, en todo caso, del juego de los plazos correspondientes).
- b) En cambio, si la sentencia es *estimatoria*, conlleva la anulación de la norma jurídica cantonal (efectos *erga omnes*), cuando se hubiere impugnado una de tales normas directamente, y en los demás casos, la anulación del acto impugnado lesivo del derecho o los derechos constitucionales en cuestión o la inaplicación al caso de la norma impugnada cuando lo que se hubiere combatido fuese una norma con

relación a sus actos aplicativos a través del *konkrete Normenkontrolle* como “modalidad” del amparo (el efecto es entonces sólo *inter partes*, por tanto), siendo competencia del órgano emisor la promulgación de un nuevo acto o ley, sin que el Tribunal Federal pueda modificar el acto o ley impugnados (BGE 110 Ia 99 E 5e p. 105).

- c) En el caso de que se haya impugnado una falta de actividad, al no haber ningún acto positivo que anular, la sentencia se limitará a declarar la inconstitucionalidad de la inactividad de la autoridad correspondiente.

Puede darse el caso de que la estimación del amparo constitucional conduzca a una solución, a su vez, nuevamente inconstitucional, en cuyo caso el Tribunal a través de la sentencia se dirige al legislador cantonal para exigirle que apruebe una solución conforme a la Constitución dentro de un plazo fijado.

Una sentencia *desestimatoria*, por tanto, no produce efectos de cosa juzgada material y no excluye, así pues, la impugnación de nuevo del acto por el mismo recurrente o por terceros sobre la base de motivos diversos ni tampoco impide, cuando se haya impugnado una ley, que luego se impugnen los actos de aplicación de la misma (control normativo concreto o preliminar). Sin embargo, si la sentencia es formalmente desestimatoria, pero lo es “en el sentido de las consideraciones” realizadas en sus Fundamentos de Derecho (por ejemplo, en el sentido de que declarará la inconstitucionalidad de una determinada interpretación en el futuro o admitirá amparos ulteriores si la autoridad cantonal no actúa), esas consideraciones gozan también de la fuerza de cosa juzgada de la parte dispositiva y son, en definitiva, vinculantes.

Digamos, por último, y en relación en parte con lo anterior, que también puede dictar el Tribunal Federal una *sentencia interpretativa*, pues tanto él como todos los tribunales y autoridades en general vienen obligados a apurar todas las posibilidades antes de concluir con un juicio negativo el examen de la constitucionalidad de una ley, obligación que tiene también justamente

gran relevancia respecto a las normas que, conforme al artículo 191 de la Constitución, no están sujetas a un control judicial de la constitucionalidad, pues las mismas no pueden ser inaplicadas en caso de concluir su inconstitucionalidad, en los términos ya vistos, pero ello no excluye que las autoridades (judiciales o no) deban (meramente) *examinar*, como han de hacer efectivamente, la conformidad de las normas impugnadas con el Texto Básico, tratando de evitar considerarlas inconstitucionales (a través de una “interpretación conforme”, justamente) a toda costa, por lo que la interpretación conforme adquiere aquí una singular relevancia como único mecanismo de control (limitadamente) efectivo.

Las deliberaciones para dictar sentencia y las votaciones son públicas como regla general, esto es, están abiertas a cualquier persona y no sólo a las partes procesales. Sin embargo, como el Tribunal Federal puede decidir por unanimidad y, en tanto que ningún juez reclame una deliberación oral, es posible una deliberación mediante la práctica de la circulación de borradores (conocida en los E.U.A. como “circulation of drafted opinions”), en la práctica muchas sentencias se adoptan por vía escrita, sin necesidad de pasar la ponencia o proyecto de sentencia por lo que parece ser que un magistrado de la época primera del Tribunal Constitucional español llamaba, con relación a dicho tribunal, el “potro de tortura” de la deliberación judicial-constitucional.

A la hora de formular su *juicio de constitucionalidad* en la sentencia, el Tribunal Federal está, en principio, vinculado tanto por la valoración de la prueba como por los hechos declarados probados por las autoridades cantonales. Al respecto, hay pocas excepciones, en concreto para los casos de arbitrariedad en la fijación de los hechos: cuando los hechos probados son abiertamente falsos, cuando se basan en un error palmario, cuando están en clara contradicción con la situación de hecho, cuando incurren en contradicciones decisivas o cuando han sido fijados sin ninguna fundamentación en cuanto a la prueba. Ahora bien, si durante la fase instructora se practicara, excepcionalmente, alguna prueba, su valoración sería “libre” para el Tribunal.

La *intensidad del juicio* también varía y, así, en algunos casos el Tribunal valora todos los elementos de hecho y de Derecho alegados por las partes, mientras que en otros casos se limita al análisis *ictu oculi*, lo que algún autor explica con la metáfora de que el Tribunal Federal dispondría de dos pares de gafas en sus enjuiciamientos o análisis: unas estarían dotadas de lentes nítidas que le permitirían ver con claridad si se dan o no todos los vicios alegados; y las otras tendrían unas lentes opacas que sólo permitirían observar los vicios más graves y manifiestos. Parece ser que el juicio más intensivo o riguroso se reservaría para los casos en que el acto impugnado vulnera directamente Derecho constitucional, mientras que en los casos en que la vulneración del Derecho constitucional es indirecta (al tener por objeto directo un derecho infraconstitucional, como una ley cantonal, que desarrolle la Constitución) el juicio sería el más superficial, aunque hay quien sostiene también que el tipo de juicio más o menos intenso depende del tipo de vicio denunciado por el recurrente.

La ejecución compete a los cantones y el Tribunal Federal dispone de sus propios *medios de ejecución* de las sentencias y los Cantones tienen, en todo caso, la misma obligación de cumplir y ejecutar las decisiones de sus Cantones que las de las autoridades encargadas de la justicia federal, y entre ellas, como *primus inter pares*, el Tribunal Federal. En caso de ejecución defectuosa de una sentencia de éste, cabe plantear una queja al Consejo Federal (*Bundesrat*), que adoptará entonces las disposiciones pertinentes al caso, si bien hasta ahora parece que nunca se ha tenido que hacer empleo de esta facultad, y su desuso (por innecesario) parece, ciertamente, su mejor destino y es un buen termómetro del grado de observancia de las sentencias en materia de amparo constitucional.

## XII.- RECURSO DE AMPARO Y TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Aunque las sentencias del Tribunal Federal, como acaba de indicarse, son definitivas, de última instancia y con fuerza de cosa juzgada, lo cierto es que, si se alega que se ha vulnerado un derecho de los protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950 o cualquiera de los derechos reconocidos por los Protocolos complementarios suscritos por Suiza ya vigentes, cabe la posibilidad de acudir, una vez dictada sentencia por el Tribunal Federal en el marco de una *staatsrechtliche Beschwerde*, al **Tribunal Europeo de Derechos Humanos** de Estrasburgo (“amparo europeo”). Sin embargo, una eventual sentencia estimatoria dictada por el Tribunal de Estrasburgo no tendría ningún efecto casacional por sí misma, sino puramente declaratorio, aunque con la posibilidad de una revisión por parte del Tribunal Federal si es la única manera de reparar la pretendida lesión del derecho fundamental y ello de conformidad con el apartado a) del artículo 139 de la Ley Federal de Organización Judicial, que reza:

- “1. La solicitud de revisión de un fallo del Tribunal Federal o de una decisión de una autoridad inferior es admisible cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha admitido que una petición individual relativa a una violación del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 o de sus protocolos tiene fundamento y que sólo se puede obtener reparación por la vía de la revisión [ ...]
3. La autoridad cantonal está obligada a actuar ante la solicitud de revisión, aun cuando el derecho cantonal no prevea este motivo de revisión.”

Más allá de todo ello, como es lógico, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es seguida de cerca por el Tribunal Federal, llevando a desarrollos importantes.

**No cabe, en todo caso, recurrir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo**, puesto que la Confederación Suiza no es Estado parte en la Unión Europea al día de hoy, sin perjuicio de que su jurisprudencia sea asumida libre y autónomamente, o incluso deba ser observada en la interpretación de ciertos tratados internacionales (con la Unión Europea).

### XIII.- BIBLIOGRAFÍA ORIENTATIVA:

Hasta donde conocemos, el recurso suizo de Derecho público no ha sido apenas abordado hasta ahora, en su estricta dimensión procesal-constitucional, en la *literatura científica en castellano* con detalle en cuanto a sus aspectos procesal-constitucionales, si bien la literatura científica se ha hecho eco de su regulación *grosso modo* en alguna ocasión. Existe un antiguo y clásico libro de Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, que es la traducción del prof. Héctor Fix Zamudio (UNAM, México, 1961) del libro *La giurisdizione costituzionale delle libertà* (Giuffrè, Milán, 1955), en el que se trata ampliamente de este recurso, si bien, lógicamente, respecto de la Constitución de 1874 y actualizado sólo hasta los años cincuenta del pasado siglo en todo caso. Y también abordó esta cuestión brevemente el Dr. Fix Zamudio en su obra *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, UNAM, México, 1980, pp. 84-86. Aunque no trata apenas los aspectos procesales, es también de interés, por ofrecer una buena panorámica en español (aunque relativa, también, a la Constitución anterior de 1874): José Acosta Sánchez, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Tecnos, 1999, pp. 230 y ss. (“Producción de Derecho constitucional por el Tribunal Federal suizo”). Y, en fin, aunque no aborda el amparo en Suiza, puede ser aconsejable, para un contraste con el sistema alemán, consultar el libro por nosotros traducido de Peter Häberle, *El Tribunal Constitucional como tribunal ciudadano: el recurso constitucional de amparo*, con prólogo del autor

para el público mexicano, presentación de García Belaunde y estudio introductorio nuestro, FUNDAp, Querétaro (México), 2005, en prensa.

En cuanto a la *literatura en otros idiomas, y especialmente en alemán*, pueden destacarse las siguientes publicaciones, sin ánimo exhaustivo:

- AUER, Andreas, "Juge supreme et juge constitutionnel: la double casquette du Tribunal fédéral et la réforme de la justice", en: *Plädoyer. Magazin für Recht und Politik*, 1996, pp. 57 y ss.
- ----, *Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, traducción de Nanni Rojas, Helbing und Lichtenhahn, Basilea/Frankfurt del Meno, 1984.
- GRISEL, Etienne, "La jurisdiction constitutionnelle du Tribunal federal suisse", en: Giorgio Lombardi (ed.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato. Atti del Colloquio internazionale dal titolo "Venticinque anni di Giustizia Costituzionale", svoltosi a Cuneo e a Torino dall'11 al 13 giugno 1981*, Maggioli, Rimini, 1985.
- KÄLIN, Walter, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie. Funktionen der staatsrechtliche Beschwerde*, Stämpfli, Berna, 1987.
- ----, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, Stämpfli, Berna, 1994.
- ----, "Verfassungsgerichtsbarkeit", en: Daniel Thürer/Jean-Francois Aubert/Jörg Paul Müller (cords.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Schulthess, Zúrich, 2001.
- LOMBARDINI, Carlo, y CAMBI, Alessandra, "Le contrôle de la constitutionnalité des normes en droit suisse", en VV.AA., *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruselas, 1992.

- MARANTELLI, Vera, "Beziehungen zwischen dem Schweizerischen Bundesgericht und den übrigen einzelstaatlichen Rechtsprechungsorganen, einschliesslich der diesbezüglichen Interferenz des Handels der europäischen Rechtsprechungsorgane", Landesbericht Schweiz. XII. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, Bruselas, en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2004, 31/1-4, pp. 30 y ss.
- MOSER, Peter, "Zwischen Immobilität und Instabilität: Auswirkungen der Einführung der allgemeinen Volksinitiative und der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz", en *Schweizerische Zeitschrift für politische Wissenschaft*, 2/1996, 2, pp. 233 y ss.
- POGGI ERNST, Laura, "La giustizia costituzionale nell'ordinamento federale svizzero", en Jörg Luther, Roberto Romboli y Rolando Tarchi, *Esperienze di giustizia costituzionali*, tomo I (U.S.A., Canada, Svizzera, Austria, Germania, Francia), G. Giappichelli, Turín, pp. 109 y ss.
- VV.AA., *Justizreform: Die Einführung der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz auf Bundesebene: staatspolitische Bedeutung im nationalen und internationalen Kontext - Chancen und Gefahren*, Lausana 1999 (Simposio Internacional organizado por el Tribunal Federal con motivo de sus 150 años).
- ZIMMERLI, Ulrich, "Verfassungsgerichtsbarkeit", en *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Nueva época, tomo 121, 5/2002, pp. 445 y ss.

## CAPÍTULO CUARTO

# UNA VISIÓN PANORÁMICA DEL RECURSO CONSTITUCIONAL DE AMPARO EN LOS PAÍSES DE LA EUROPA DEL ESTE (CHEQUIA, CROACIA, ESLOVAQUIA, ESLOVENIA, HUNGRÍA, MACE- DONIA, POLONIA, Y RUSIA)\*

SUMARIO: I.- Introducción.- II.- Chequia.- III.- Croacia.-  
IV.- Eslovaquia.- V.- Eslovenia.- VI.- Hungría.- VII.- Mace-  
donia.- VIII.- Polonia; IX.- Rusia

### I.- INTRODUCCIÓN

El tema de la jurisdicción constitucional en los distintos países de la Europa occidental está bastante estudiado en la literatura jurídica en castellano en contraste con lo que ocurre con su desarrollo reciente en los países de la Europa Central y del Este, lo cual, por otro lado, tiene una fácil explicación y es que, por razones varias, es lógico que sea, dentro de Europa occidental, sobre todo la doctrina de los países más próximos quienes se dediquen a su estudio, centrándonos más en España, por muchas

---

\* Publicado previamente en *Revista de Estudios Políticos*, ISSN 0048-7694, N° 128, 2005, pags. 193-220.

razones, en la no menos rica ni interesante experiencia latinoamericana, que sin embargo sigue estando insuficientemente tratada entre nosotros, con importantes excepciones.

Sin embargo, pese a que en ocasiones se han hecho referencias abundantes a la justicia constitucional en los países de la Europa del Este en algunas obras recientes, falta un análisis jurídico-constitucional específico sobre el recurso constitucional de amparo o queja constitucional en todos estos países, hasta donde conocemos, y esta es precisamente la modesta finalidad del presente estudio: la de presentar un amplio panorama del amparo en la Europa oriental<sup>1</sup>, con una exposición de los aspectos más importantes de su regulación, siempre sobre la base de la traducción oficial al inglés o al alemán de sus correspondientes Constituciones y Leyes de la jurisdicción constitucional. También se ha manejado, limitadamente, alguna jurisprudencia relativa a aspectos procesal-constitucionales en los respectivos ordenamientos nacionales.

## II.- CHEQUIA

La Constitución checa de 1992 establece, entre las competencias atribuidas al TC (compuesto de 15 jueces), la de resolver los recursos constitucionales de amparo contra las decisiones finales u otras agresiones de los poderes públicos que infrinjan derechos y libertades fundamentales garantizados constitucionalmente (art. 87, 1, d), remitiendo su regulación procedimental a la Ley del Tribunal Constitucional (LTC, en lo sucesivo), única ley, aparte de la Constitución, a la que estarán vinculados los Jueces constitucionales (art. 88).

---

1 No se hará referencia aquí a Albania, pues, si bien su Constitución prevé un amparo, tiene un objeto muy delimitado para la protección del derecho al proceso debido y siempre que antes se agoten otros medios legales de protección que puedan existir (art. 131, i de la Constitución). Tampoco se estudiará aquí el caso de Serbia y Montenegro (la antigua Yugoslavia), dado el momento transicional por el que atraviesa este país,

Se regulan constitucionalmente tres *modalidades de amparo*: una general, y dos especiales (protección de la autonomía municipal o regional como derecho; y protección de los partidos políticos frente a su disolución u otras decisiones relativas a otras actividades políticas). Aquí nos referiremos sólo a la modalidad general.

La *legitimación activa* para plantear el amparo corresponde a cualquier persona, física o jurídica, que alegue que se han lesionado sus derechos fundamentales garantizados constitucionalmente por virtud de una decisión final en un proceso en que era parte, o por virtud de una medida o de cualquier otra interferencia de un poder público (art. 72, 1 LTC).

El *plazo* para interponer el amparo es de sesenta días, siendo el *dies a quo* el día en que se pronuncie la decisión en el último procedimiento disponible para la protección de los derechos, cuando tal procedimiento estuviere previsto, o, en otro caso, el día en que tuvieron lugar los hechos que son objeto del amparo constitucional (art. 72, 2 LTC).

Otro presupuesto procesal general para la admisión del recurso constitucional de amparo es el *agotamiento de los mecanismos legales de protección del derecho constitucional*, pues si no se agotaron los mismos el amparo es, en principio, “inadmisible” (una justificación para ello, puede verse en la Sentencia de 15 de abril de 2003). Sin embargo, se prevé que, con carácter excepcional, el TC no rechazará un amparo constitucional pese a no observarse el requisito de subsidiariedad (*amparo constitucional prematuro*) si:

- A) La significación del amparo va sustancialmente más allá de los intereses personales del demandante de amparo, en tanto en cuanto la demanda se haya presentado dentro del año siguiente a haber tenido lugar los hechos que son objeto del amparo, o si
- B) Las actuaciones en un proceso legal ya incoado están retrasándose considerablemente, y ese retraso da lugar, o puede

dar lugar, a un perjuicio serio e inevitable para el solicitante de amparo.

La *demanda* debe presentarse por escrito con correcta identificación del demandante, el asunto a que se refiere y el *petitum*; debe ir firmada y fechada; y en ella debe haber un relato veraz de los hechos cruciales a que se refiere e indicación de la prueba que se aportará, en su caso. A la demanda se anexará una copia de la decisión en el procedimiento final legalmente disponible, en su caso, para la protección de los derechos (art. 72, 4 LTC). Se prevé la posibilidad de que el solicitante de amparo pida también la anulación de una ley o cualquier otra disposición, o preceptos particulares de las mismas, siempre y cuando su aplicación se hubiera producido en el caso de autos y siempre que el demandante alegue que esa disposición legal está en contradicción con la Constitución si lo que se solicita es la anulación de una ley o en contradicción con una ley si la anulación se solicita respecto de otra disposición (art. 74 LTC).

La presentación de la demanda carece de todo *efecto suspensivo* (sí lo tiene respecto de la disolución de un partido político). Pero el TC puede, a instancias del solicitante de amparo, suspender la ejecución de una decisión impugnada si ello no fuera incompatible con intereses públicos importantes y en cuanto que el solicitante de amparo sufriría, debido a la ejecución de la decisión o al ejercicio del derecho otorgado por la decisión a una tercera persona, un perjuicio desproporcionadamente mayor que el que sufrirían otras personas si la ejecución se suspendiese (art. 79 LTC).

Además, si se plantea un amparo contra interferencias en los derechos por parte de un poder público diversas a una decisión de éste, el TC puede prohibir al poder público continuar con sus actuaciones cuando ello venga requerido por la necesidad de prevenir un serio daño o perjuicio inminente, o sea preciso para anticiparse a una intervención por la fuerza inminente, o para proteger cualquier otro interés público de peso. Estas *medidas provisio-*

*nales o cautelares* pueden acordarse sin audiencia oral y, en casos especialmente urgentes, sin audiencia de las partes principales y secundarias. Cesan cuando desaparezcan las causas que las originaron o cuando el TC resuelve (art. 80 LTC).

El artículo 81 establece que “el Tribunal no está vinculado por los pronunciamientos de hecho realizados en un procedimiento anterior”.

Serán *parte en el proceso* de amparo el demandante, el órgano estatal u otro poder público contra cuya actuación se dirige el amparo (partes principales) y las otras partes en el procedimiento ordinario en que se dictó la decisión impugnada en amparo (partes secundarias). Si el amparo se refiere a un proceso penal, las partes en el mismo serán partes secundarias en el amparo. También podrán ser partes secundarias otras personas que demuestren un interés jurídico en el resultado del proceso, si el TC les concede dicho *status*.

El recurrente puede *renunciar* al amparo planteado sólo hasta la fecha en que el TC se retire para su sesión final, en cuyo caso el Tribunal interrumpirá el procedimiento (art. 7 LTC).

Si el solicitante de amparo también propuso la *anulación de una ley u otra disposición* normativa, la Sala suspenderá el proceso y someterá la propuesta al Pleno para su decisión conforme al proceso de control de constitucionalidad o de la legalidad del artículo 87, 1, a) y b) de la Constitución. Si el Pleno tiene jurisdicción para considerar un amparo constitucional, también considerará la propuesta para la anulación de cualquier otra disposición conforme al artículo 87, 1, b) de la Constitución. Y si, al resolver un amparo constitucional, se llega a la conclusión de que una ley o cualquier otra norma, o preceptos individuales de las mismas, son incompatibles con la Constitución o, si el amparo se refiere a cualquier otra norma infralegal y se concluye que ésta es incompatible con una ley y además esa ley es de aplicación en el caso a que se refiere el amparo, entonces la Sala suspenderá el procedimiento y presenta-

rá una propuesta al Pleno para la anulación de la ley o disposición infralegal. Si fuera el Pleno el que llegara a esa conclusión, incoará y concluirá un procedimiento de control de la constitucionalidad de la ley parlamentaria o de la legalidad de otras disposiciones de rango infralegal (art. 78 LTC).

La *sentencia* puede ser estimatoria, desestimatoria, o en parte estimatoria y en parte desestimatoria. Si la sentencia es estimatoria, el TC declarará qué derecho o libertad fundamental y qué precepto constitucional se han conculcado y cuál fue la interferencia de un poder público que dio lugar a ello. Además:

- a) El TC anulará la decisión impugnada de la autoridad pública en cuestión.
- b) Si la conculcación del derecho fundamental protegido constitucionalmente se derivó de una interferencia de un poder público que no fue una sentencia, el TC prohibirá a ese poder público conculcar ese derecho o libertad o le ordenará restaurar, en la medida de lo posible, la situación que existía antes de la infracción (art. 82 LTC).

La *jurisprudencia* sentada por el TC en general, y específicamente en materia de derechos constitucionales, se ha encontrado con una resistencia en toda regla por parte de los tribunales ordinarios, sustentados en una visión positivista del Derecho, que ha dado lugar a un enfrentamiento constante entre el TC y los tribunales ordinarios (véase, por ejemplo, la Sentencia de 26 de marzo de 2003) y ello pese a que el TC ha subrayado que él no es un tribunal situado en una posición superior a los tribunales ordinarios ni es la cumbre del sistema judicial, por lo que no puede revisar la actuación de dichos tribunales en tanto éstos actúen dentro de los parámetros constitucionales (por ejemplo, Sentencia de 22 de junio de 1995) o pese a que reconoce explícitamente que pondera, y ha de ponderar, a la hora de anular o no resoluciones de los jueces ordinarios: a) de un lado, el principio de minimización de la interferencia con las decisiones de los jue-

ces ordinarios; b) de otro lado, el derecho fundamental en juego en las concretas circunstancias de que se trate (cfr. sentencia de 15 de abril de 2003). Sus decisiones deben servir de guía a la jurisprudencia ordinaria en materia de derechos fundamentales (cfr. Sentencia de 18 de septiembre de 1995).

### III.- CROACIA

El artículo 128 de la Constitución croata atribuye competencia a su TC para conocer, entre otros procesos, de los relativos a quejas constitucionales contra decisiones particulares de órganos gubernamentales, órganos de autogobierno local y regional y entidades jurídicas dotadas de autoridad pública cuando estas decisiones violen derechos humanos y libertades fundamentales, así como el derecho al autogobierno local y regional garantizado por la Constitución de la República de Croacia.

En desarrollo del capítulo constitucional relativo al TC, se dictó la Ley Constitucional del Tribunal Constitucional de la República de Croacia, número 99/99, de 29 de septiembre, cuya versión consolidada (tras la reforma mediante Ley 29/2002, de 22 de marzo) está publicada en el Diario Oficial (*Narodne novine*) número 49/2002, de 3 de mayo, si bien también tiene trascendencia al respecto el Reglamento Procedimental de 7 de noviembre de 2003 aprobado por el propio TC en ejercicio de sus facultades constitucionales para ello.

La *legitimación activa* para plantear este recurso de amparo corresponde a cualquiera que considere que: a) se ha producido una violación de sus derechos humanos o libertades fundamentales garantizados por la Constitución, o bien de su autogobierno local y regional garantizado por la Constitución; b) que se impute dicha lesión del derecho constitucional a una decisión individual de órganos gubernamentales, a un órgano de autogobierno local y regional o a una entidad jurídica dotada de autoridad pública que hayan decidido acerca de sus derechos y obligaciones o sobre la sospecha o acusación de un delito.

Se consagra el *principio de subsidiariedad como regla general* (véase al respecto, recientemente, la Sentencia de 23 de diciembre de 2004), de modo que si hay cualquier otro medio legal para combatir la supuesta violación de derechos constitucionales, sólo cabe interponer el recurso de amparo una vez que ese otro mecanismo legal ha sido utilizado y agotado (art. 62,2 LTC). Pero también se prevén *casos excepcionales en que no regirá esta regla de la subsidiariedad*, y el TC podrá incoar el procedimiento por una queja o recurso constitucional de amparo incluso antes de haberse agotado la vía judicial ordinaria (*amparo prematuro*) cuando un tribunal ordinario no hubiera decidido un asunto relativo a los derechos y obligaciones de la parte, o acerca de la sospecha o acusación de delito, dentro de un plazo razonable, o en los casos en que el acto individual impugnado viole groseramente derechos constitucionales y sea completamente claro que pueden surgir consecuencias graves e irreparables para el recurrente si no se incoa el procedimiento de amparo ante el TC. En la primera de las hipótesis, amparo prematuro por falta de decisión en un plazo razonable por los jueces ordinarios, si el TC otorga el amparo, habrá asimismo de fijar un plazo límite para que el tribunal ordinario apruebe el acto correspondiente (sobre los derechos y obligaciones del recurrente en amparo o sobre las sospechas o acusaciones), siendo el *dies a quo* de dicho plazo el día siguiente a la fecha en que se hubiera publicado la decisión del TC en la *Gaceta Oficial*. Además, el TC fijará una compensación adecuada para el recurrente por la violación de sus derechos constitucionales cometida por el tribunal ordinario que no decidió dentro de un plazo razonable, debiendo ser abonada en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud por el afectado (artículo 63 LTC).

El *plazo* para plantear el recurso de amparo es de treinta días desde la fecha en que se aprobó la decisión supuestamente lesiva de derechos constitucionales (art. 64). Pero se prevé *excepcionalmente* que si la persona presuntamente lesionada en sus derechos constitucionales ha superado el plazo para plantear el recurso de amparo *por razones justificadas*, el TC permitirá la restitución

de esta persona a su estado previo si, durante el plazo de los 15 días siguientes a la cesación de la razón que originó la no interposición en plazo del amparo, el afectado plantea la propuesta de restitución al estado previo y, al mismo tiempo, se eleva en recurso constitucional de amparo. En todo caso, tras el transcurso de tres meses desde el día de la no interposición del amparo en plazo, no será posible ya la restitución al estado previo, como tampoco lo será si el plazo para plantear la propuesta de restitución al estado previo es incumplido.

La *demanda* de amparo contendrá el nombre y apellidos, el número de identificación personal del ciudadano, el domicilio o residencia temporal, la designación de la decisión impugnada, así como del derecho supuestamente lesionado con indicación del precepto constitucional que lo protege, la prueba de que se han agotado los medios legales y de que la demanda se plantea en plazo, y la firma del solicitante de amparo, entre otros datos. A la demanda se anexará el acto impugnado original o una transcripción certificada (art. 65 LTC).

El planteamiento del recurso de amparo *no tiene efecto suspensivo alguno como regla general*, pero el TC puede, a propuesta del solicitante de amparo, posponer la ejecución de la resolución del tribunal ordinario hasta el momento de la decisión si considera que la ejecución causaría al solicitante de amparo tales daños que difícilmente podrían ser reparados y la posposición no es contraria al interés público ni causaría a ningún otro un daño mayor.

La resolución del recurso de amparo *en cuanto al fondo* corresponde a una Sala formada por seis jueces. En cuanto al *examen preliminar procedimental*, una Sala formada por tres jueces decidirá, sin embargo, acerca de los recursos constitucionales de amparo cuando no existan requisitos procesales para decidir sobre ellos (tardíos, falta de autorización para plantear un amparo, inadmisibles, etc). La Sala decidirá por unanimidad y con todos sus miembros presentes, pero si la Sala no logra decidir por unanimidad o si considera que la materia del amparo constitucional planteado

es de gran significación, la decisión sobre el recurso de amparo corresponderá al Pleno (art. 68). Conforme al artículo 72 LTC, el TC rechazará el amparo constitucional por resolución: a) si no es competente; b) si el amparo es intempestivo (art. 32 LTC); c) si es incompleto; d) si no es comprensible (y ello no se subsana en el plazo otorgado: art. 19 LTC); e) si no es admisible, entendiéndose que no lo es en los siguientes casos: cuando no ha habido agotamiento de los medios legales para combatir el acto impugnado, con las excepciones legalmente previstas; si el amparo ha sido planteado por quien no estaba legitimado o si el amparo ha sido interpuesto por una persona jurídica que no goza de los derechos constitucionales. En todo caso, tendrá lugar una terminación anticipada del proceso: a) cuando el solicitante de amparo fallezca; b) cuando el solicitante de amparo sea una persona jurídica y ésta deje de existir; c) cuando el amparo constitucional sea retirado (art. 79 LTC).

El TC sólo conocerá de aquellas violaciones de derechos fundamentales alegadas por el recurrente. Con carácter previo, una Sala de tres magistrados resolverá sobre si el amparo versa o no sobre violaciones de derechos fundamentales, debiendo adoptar una decisión por unanimidad pero, en caso de no alcanzarse esa decisión unánime, se remitirá a una Sala de seis magistrados (art. 71 LTC).

Una vez admitido a trámite el amparo, el *Ponente*: a) invita, fijando el plazo, al solicitante de amparo a complementar la demanda o a corregirla si, respectivamente, no es comprensible o si, después de la prueba y los anexos, no puede determinarse qué acto se impugna o si la demanda no ha sido firmada (demanda de amparo incompleta); b) cuando sea preciso, entregará una copia del amparo constitucional a las personas interesadas y las invitará a responderlo; c) requerirá, cuando sea preciso, la entrega de los autos que se refieran al asunto objeto del amparo respecto al informe sobre las violaciones de los derechos constitucionales por el acto impugnado (art. 69). Dentro del plazo fijado, el órgano que

dictó el acto impugnado tiene que entregar al TC todos los documentos relativos al objeto del amparo (art. 70).

La decisión sobre el amparo será estimatoria, con otorgamiento del amparo, o *desestimatoria*, no otorgando el amparo por no estar fundamentado (art. 73 LTC). La Sala o el Pleno sólo decidirán, en todo caso, respecto de las supuestas violaciones a derechos constitucionales que se hayan alegado en la demanda de amparo (art. 71,1 LTC). Si la *sentencia es estimatoria*, se anulará el acto lesivo (art. 76, 1 LTC), con expresión del derecho constitucional que se considera vulnerado y de aquello que produjo la violación. Si se determina que el derecho constitucional del solicitante de amparo fue lesionado no sólo por el acto impugnado, sino también por algunos otros actos adoptados en este asunto, el TC anulará también los mismos en todo o en parte (art. 74 LTC). Si el órgano judicial o administrativo competentes, el órgano de una entidad de autogobierno local o regional, o una persona jurídica con autoridad pública, son obligados a aprobar un nuevo acto para sustituir al acto que fue anulado por el TC, éste devolverá el asunto al órgano que aprobó el acto anulado para su tramitación (art. 76, 2), estando obligado dicho órgano en todo caso a obedecer lo dispuesto por el TC en su sentencia (art. 77, 2 LTC). Si la ley que atribuye la competencia fuera modificada antes de que el TC decidiera, el órgano que había aprobado dicho acto remitirá el asunto sin dilación al órgano competente. Si el acto lesivo de los derechos constitucionales ya no produce efectos, el TC se limitará a declarar su inconstitucionalidad y establecerá qué derecho constitucional del solicitante de amparo había sido violado por ese acto.

El original de la *sentencia* será firmado por el Presidente de la Sala o del TC, según quien hubiera decidido en cuanto al fondo, así como por el ponente y el “consejero jurídico”. Una transcripción certificada de la sentencia se entregará al solicitante de amparo, al órgano autor del acto impugnado y a las personas eventualmente invitadas por el TC a contestar (art. 78 LTC).

Se puede imponer por el TC al solicitante de amparo que ha visto desestimadas (todas) sus pretensiones el reintegro de los gastos procesales en su tramitación ante el TC si los causó intencionalmente (art. 80).

#### IV.- ESLOVAQUIA

La Constitución eslovaca también atribuye a su TC, integrado por trece magistrados, competencia para conocer de las infracciones alegadas de derechos o libertades fundamentales, o de derechos humanos y libertades fundamentales que derivan del Tratado Internacional que ha sido ratificado por la República Eslovaca y promulgado en la manera establecida por una ley, salvo que otro tribunal decida sobre la protección de estos derechos y libertades (art. 127, 1). También se prevén modalidades especiales de amparo, por ejemplo, en el campo de la protección de la autonomía territorial, a las que aquí no nos referiremos. Las previsiones constitucionales han sido objeto de desarrollo por medio de la Ley del Consejo Nacional de la República Eslovaca número 38/1993, de 20 de enero, sobre el Tribunal Constitucional de la República Eslovaca, los procedimientos ante el Tribunal Constitucional y el *Status* de sus Jueces, reformada en varias ocasiones hasta 2004 (en lo sucesivo, LTC).

En cuanto a la *legitimación activa*, ha de decirse que el recurso de amparo puede ser planteado por cualquier persona, física o jurídica, que alegue que sus derechos y libertades fundamentales han sido violados por una decisión, medida jurídica o por cualquier otra interferencia a menos que la protección de estos derechos y libertades caiga bajo la jurisdicción de otro tribunal (art. 49 LTC). La *legitimación pasiva* corresponde a cualesquiera poderes públicos, ya sean estatales o de un organismo con autogobierno.

El *objeto* del amparo viene constituido por las sentencias, medidas u otras interferencias en los derechos protegidos. El concepto de “interferencia” ha de ser entendido en un sentido resi-

dual, comprensivo de cualesquiera actos de autoridades públicas que no sean sentencias ni medidas.

La *demanda*, además de los requisitos generales (debe, en particular, acompañar poder especial de representación legal ante el TC), y de ir acompañada de una copia de la decisión jurídica, medida o de cualquier prueba acreditativa de una interferencia, especificará:

- e) Qué derechos o libertades fundamentales en particular han sido violados, según lo alegado por el demandante de amparo.
- f) La resolución judicial, medida u otra interferencia por virtud de la cual los derechos o libertades fundamentales han sido violados. La falta de regulación legal no es excusa para lesionar derechos fundamentales (Sentencia de 19 de febrero de 2003). También la inactividad puede constituir una interferencia en los derechos fundamentales.
- g) Contra quién se plantea el amparo.
- h) El tipo de sentencia que pretende (que se condene al infractor de sus derechos a actuar o dejar de actuar en determinado sentido, o restaure el estado anterior a la conculcación de sus derechos), así como si se pide la suspensión del acto o medida recurridos, o si se solicita que se adopten medidas cautelares, en todo caso expresando las razones para ello.
- i) En su caso, la cantidad que se reclama como compensación financiera y las razones para ello (art. 50 LTC).

Serán *partes procesales* el solicitante de amparo y aquel contra quien la demanda se dirige.

La presentación de la demanda no tendrá *efecto suspensivo* alguno como regla general, si bien, con carácter excepcional (desde 2002), el TC puede suspender la ejecución de la decisión, medida o interferencia a solicitud de la parte cuando ello no sea contrario al interés público imperativo. Esto se aplica a menos que dicha ejecución de la decisión, medida u otra interferencia impugnadas

pueda entrañar para el solicitante de amparo un daño mayor que el que podrían sufrir otras personas en caso de que la ejecución sea suspendida; en particular, la Corte impondrá al órgano supuestamente autor de la lesión del derecho que desista temporalmente de la ejecución; y a los terceros, que desistan temporalmente del poder o facultad que se les hubiera reconocido. Recientemente, se suspendió una decisión del Consejo de la Judicatura, por ejemplo. Esta medida cautelar expirará a lo sumo en la fecha en que devenga válida la decisión sobre el fondo a menos que el TC decida anular la medida antes. Esta medida cautelar puede ser anulada sin ninguna solicitud si hubieran cesado las razones por las que hubiera sido impuesta.

Conforme al *principio constitucional de subsidiariedad*, no cabe admitir un amparo si no se agotaron los medios legalmente previstos para proteger el derecho y que fueran aplicables en el caso, si bien se admiten excepciones a ello cuando hay razones de especial significación que así lo avalan (amparo prematuro).

El *plazo* para plantear el amparo es de dos meses desde la fecha en que se adoptó la última decisión o se conculcó el derecho fundamental (art. 53 LTC), sin que sea admisible su prórroga o extensión (Sentencia de 26 de mayo de 1998).

Cabe la *renuncia*, pero no se archivará el amparo cuando el TC decida que la renuncia es inadmisibile, particularmente si la medida impugnada viola derechos fundamentales de un modo extremadamente serio (art. 54 LTC).

Conforme a la jurisprudencia constitucional relativa a la *carga de la prueba en el amparo constitucional*, el solicitante de amparo debe probar, al menos, que sus afirmaciones son más probables y creíbles que las del “demandado” (Sentencia de 17 de enero de 2003).

Si se plantea un amparo idéntico en cuanto a los hechos y el Derecho, el TC no puede considerar al segundo como sustanciado

(un caso ya decidido), sino que tiene que valorar su razonabilidad (Sentencia de 26 de mayo de 1998)

Si el TC admite el amparo a trámite (y puede no hacerlo si es infundado o si la demanda no cumple el *standard* legal mínimo o si no se respeta la subsidiariedad), se prevé la convocatoria a una audiencia pública, si bien el TC puede prescindir de la misma si no se puede esperar ninguna clarificación de ella o puede acordar que sea una audiencia no pública o restringir su publicidad cuando razones importantes así lo exijan. El TC se basará en su sentencia en los *pronunciamientos de hecho* de las actuaciones judiciales previas, a menos que se decida otra cosa. Según la Sentencia de 24 de abril de 1998, el *TC eslovaco no tiene el poder de revisar la legalidad de las decisiones impugnadas a través del amparo constitucional*, sino que sólo puede enjuiciar aquellas respecto de si han conculcado un derecho fundamental, por lo que su examen se limita a los aspectos constitucionales en todo caso, sin entrar en los de legalidad ordinaria y sin que, conforme a la Sentencia de 3 de junio de 1998, pueda entrar a valorar la prueba.

Si el TC concede el amparo, declarará en su *sentencia* qué derechos o libertades amparados han sido conculcados por una decisión judicial, medida u otra actuación válidas y anulará tal decisión judicial, medida o actuación (o la moderará, si su naturaleza lo permite, según precisa la LTC). Si la infracción de tales derechos tiene su origen en inactividad, el TC puede ordenar a quien haya conculcado estos derechos o libertades actuar (en concreto, dice el art. 56 LTC, puede ordenar que la parte que vulneró el derecho trate el caso con sometimiento a regulaciones especiales). El TC puede, al mismo tiempo, reenviar el asunto para ulterior tramitación, o, en casos de lesiones de tracto sucesivo o continuos, prohibir la continuidad de la conculcación de derechos y libertades fundamentales o derechos humanos y libertades fundamentales derivados de un tratado internacional ratificado por Eslovaquia y promulgado en la manera fijada por la ley o, si es posible, ordenar al que conculcó los derechos y libertades en cuestión que reinstau-

re el estado anterior a la infracción de los derechos. El TC puede también otorgar una *satisfacción económica adecuada* a la persona cuyos derechos fundamentales se han declarado vulnerados por los daños inmateriales, pero para ello se exige un nexo de causalidad entre la lesión y los daños y la acreditación de estos (cfr. Sentencia de 16 de octubre de 2002) y se valora la importancia de la materia objeto del pleito para el peticionario de amparo (Sentencia de 30 de octubre de 2002). La *responsabilidad* de la autoridad infractora de los derechos por los daños u otra lesión no se verá afectada por la sentencia del TC y deberá ser abonada en el plazo de dos meses desde la vigencia de la sentencia. En caso de anulación o reenvío, la autoridad que lesionó los derechos fundamentales deberá reexaminar el caso y decidirlo de nuevo, estando vinculada por la sentencia del TC (art. 56 LTC).

## V.- ESLOVENIA

También el TC esloveno, establecido ya desde 1963 durante el gobierno comunista con tal denominación pero operativo como verdadero tribunal constitucional sólo a partir de la Constitución de 1991, tiene competencia para conocer de las quejas constitucionales por violación de derechos humanos y fundamentales (artículo 160, 1 de la Constitución) por actos particulares. El círculo de derechos protegidos es muy amplio, comprendiendo a todos los constitucionalmente garantizados y también a los derivados de convenios internacionales ratificados por Eslovenia.

La *legitimación activa* se otorga a cualquier persona, física o jurídica, que, en los términos establecidos por la Ley del Tribunal Constitucional (LTC), plantee un recurso constitucional de amparo ante el TC si cree que sus derechos humanos y libertades fundamentales han sido violados (art. 50 LTC). Además se prevé que el *Ombudsman* de derechos humanos pueda plantear, en los términos establecidos por la ley (especialmente, con consentimiento del titular del derecho), un recurso constitucional ante el TC respecto a un asunto particular que está discutiendo (art. 50 LTC), estableciendo el art. 52 que: "El *Ombudsman* de derechos humanos

planteará un recurso constitucional con el acuerdo de la persona cuyos derechos humanos o libertades fundamentales están siendo protegidos en un asunto particular”.

En cuanto al *objeto*, ha de decirse que pueden impugnarse no sólo actos administrativos, sino también decisiones judiciales y actuaciones de los poderes públicos: se puede impugnar “un acto particular de un órgano estatal, de un órgano de la comunidad local o de una autoridad legislativa” (art. 50 LTC), que son quienes están *legitimados pasivamente*, por tanto.

La *demanda* ha de ser escrita y ha de ir acompañada de una copia del acto particular que es objeto del recurso de amparo y de todos los documentos en que se basa el recurso, debiendo indicarse en la misma el acto particular que se impugna y los hechos en que se basa la violación alegada de los derechos humanos y libertades fundamentales y en qué consiste esa vulneración de los derechos.

Aunque la *regla general es la de la subsidiariedad* de este mecanismo procesal constitucional, de manera que sólo cabe plantear una queja o recurso constitucional de amparo una vez que todos los recursos legales hayan sido agotados, “*excepcionalmente*” el TC puede resolver un recurso constitucional si es probable una violación de un derecho fundamental y si la ejecución de un acto particular daría lugar a ciertas consecuencias irreparables para el recurrente en amparo (art. 51 LTC). Como dice el TC en su Sentencia de 25 de abril de 1995, en los casos en que se prevé protección judicial, se puede plantear un amparo contra una sentencia de segunda instancia jurídicamente vinculante contra la cual se han utilizado correctamente todos los medios legales extraordinarios pero, en cambio, contra una sentencia de un tribunal de primera instancia contra la que no se ha planteado siquiera un recurso legal regular no cabe amparo. Para que el TC haga uso de su facultad excepcional han de cumplirse los requisitos de obviedad de la lesión del derecho humano o libertad fundamental y probabilidad de un daño irreparable al recurrente.

En cuanto al *plazo de ejercicio* del recurso, la regla general es la existencia de un plazo de sesenta días posteriores al de la aprobación de un acto particular contra el cual se permita el amparo, pero si el amparo se plantea fuera de ese plazo no puede tampoco descartarse de plano que el TC llegue a conocer del mismo, pues la propia LTC prevé un conocimiento extraordinario del TC en algunos de esos casos: en concreto, aunque se supere el plazo mencionado, el TC podrá conocer “excepcionalmente” del recurso constitucional de amparo en casos “especialmente fundados”; esto es, han de aportarse buenas razones para ello, pero si se aportan, es posible ese conocimiento de un amparo *a priori* extemporáneo (admisibilidad excepcional de amparos extemporáneos).

La *decisión sobre la admisión o no* del amparo constitucional corresponde a una sala de tres jueces en una sesión cerrada al público, debiendo adoptarse la decisión correspondiente por unanimidad y no siendo recurrible la misma, si bien cabe su aceptación ulterior si, dentro de los 15 días siguientes a la decisión de inadmisión por la Sala, así lo acuerdan tres jueces del TC por escrito. Si el TC aprecia que la demanda es incompleta y no puede ser examinada por no contener los datos o documentos exigidos por el artículo 53 LTC, el TC requerirá al recurrente para subsanar esos defectos dentro de un específico plazo límite (art. 54 LTC), pero si no se subsana, será inadmitido (cfr. la Sentencia del TC de 15 de marzo de 1995).

Son *causas para no incoar el procedimiento*:

- a) La extemporaneidad, en los términos vistos.
- b) La existencia de recursos legales no utilizados, sin perjuicio de la facultad excepcional ya mencionada.
- c) El planteamiento del amparo por quien no estaba autorizado a ello.
- d) No subsanación de los defectos advertidos dentro de plazo conforme al art. 54 LTC.

Son *causas de inadmisión*:

- b) Inexistencia de alguna prueba evidente de una violación de derechos humanos y libertades fundamentales.
- c) Cuando la decisión no proporcionaría una solución a una cuestión jurídica importante y si la violación de derechos humanos o libertades fundamentales no tuvo consecuencias importantes para el recurrente.

Aunque, en principio, si el acto particular supuestamente lesivo del derecho humano o libertad fundamental *ya ha dejado de producir efectos*, el TC no decidirá al respecto, ello no es así si hay un interés jurídico especial que así lo justifique, como ocurre siempre, por ejemplo, según estableció el TC en su sentencia de 3 de julio de 2003, con relación al derecho a la libertad personal, dada su importancia central (sentencia de 11 de diciembre de 2003).

Si el amparo se admite a trámite, se remitirá una copia al órgano que dictó el acto particular impugnado para que conteste dentro de un plazo determinado a las alegaciones planteadas. El amparo será *discutido por el TC*, incluso en una audiencia pública en algunos casos.

Tanto la Sala como el Pleno puede *suspender la aplicación del acto particular impugnado, e incluso de una determinada ley o de otra regulación o norma general* para el ejercicio de poder público en que se basara el acto individual, si se considera que esa aplicación causaría un daño irreparable, pero la jurisprudencia constitucional ha precisado que, en todo caso, el TC no puede decidir sobre una solicitud de dictar medidas cautelares si el amparo no ha sido admitido (Sentencia de 28 de febrero de 1995). Y en todo caso, la suspensión de una norma general ha de ser una excepción, especialmente tratándose de normas parlamentarias.

Una vez presentada la demanda, se dará traslado de la misma al órgano que dictó el acto que se impugna para que la conteste en plazo. El TC resolverá, en algunos casos, celebrando antes una audiencia pública.

Una vez admitido y tramitado el amparo, el TC dictará *sentencia*. El TC no entra a valorar, en ningún caso, en su sentencia, la corrección de la aplicación del Derecho legal por los tribunales ordinarios ni la valoración de la prueba salvo en casos límite de arbitrariedad por basarse en un error absoluto y carecer de todo fundamento (Sentencias de 26 de febrero de 1998, 16 de noviembre de 2000 y de 8 de marzo de 2001). En la sentencia, el TC decidirá si el amparo era infundado o no; en la segunda hipótesis, aceptará el recurso de amparo y abrogará o anulará, total o parcialmente y con efecto retroactivo o sólo prospectivo, el acto impugnado, devolviendo el asunto al órgano competente. Pero el TC también puede anular, retroactiva o prospectivamente y total o parcialmente, e incluso de oficio, un *acto o regulación general* si considera el Tribunal que el acto individual anulado se basó en una regulación o acto general dictados para el ejercicio de poder público que resultan ser inconstitucionales (art. 59, 2 LTC).

En la hipótesis de *anulación retroactiva de un acto individual*, el TC puede también adoptar una decisión sobre un derecho o libertad contrapuesto si tal proceder es necesario a fin de anular las consecuencias que ya han tenido lugar sobre la base del acto individual anulado, o si tal es la naturaleza del derecho o libertad constitucional y puede adoptarse una decisión al respecto sobre la base de la información obrante en la causa (art. 60 LTC), correspondiendo su cumplimiento al órgano competente para dictar el acto particular que fue anulado por el TC y sustituido por su decisión (o al órgano que el TC designe, si no hay ninguno con competencias conforme a la regulación vigente). Ello ha dado lugar a cierta polémica sobre si con ello el TC no estaría invadiendo la esfera de la jurisdicción ordinaria y situándose más en particular por encima del Tribunal Supremo, pero hoy esta solución parece aceptada a la vista de que la jurisprudencia constitucional no ha ido más allá del examen jurídico-constitucional.

Además, y por otro lado, hay que decir que algún magistrado ha propuesto, en un voto particular, que en determinados

casos, por analogía con el procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el TC pueda acordar una *justa satisfacción* material para el recurrente en lugar de anular una sentencia de los tribunales ordinarios.

## VI.- HUNGRÍA

La Constitución húngara prevé, tras la “reforma” constitucional de octubre de 1989 y a iniciativa del gobierno comunista leninista (ante la suspicacia inicial de la oposición), la instauración de un Tribunal Constitucional para conocer de la constitucionalidad de las leyes y de las competencias que se le atribuyeran por ley. Este Tribunal, que no forma parte del Poder Judicial, empezó a funcionar de hecho el 1 de enero de 1990 y, aunque la Constitución preveía que su sede estaría en Esztergom, lo cierto es que, al no darse desde el principio las condiciones apropiadas para ello (según parece), desde el principio ha funcionado en Budapest. Ha sido un tribunal extraordinariamente activo y, ante la sorpresa de todas las fuerzas políticas (que no sabían muy bien qué era un tribunal constitucional cuando lo consagraron en la Constitución), ha tenido una actividad enorme, con una copiosísima jurisprudencia que se extendió a prácticamente cada aspecto de la transición a la democracia de Hungría y así, en 1996, la media era que el Tribunal había anulado una de cada tres leyes aprobadas en el Parlamento y ha anulado leyes aprobadas tanto por los partidos de tendencia más derechista como por los más izquierdistas o, por ejemplo, ha declarado inconstitucional la pena de muerte, en contra de la mayoría de la opinión pública y probablemente también de los parlamentarios. No obstante, en 1998 fueron renovados casi al mismo tiempo todos los magistrados y, o lo desde entonces, en parte por la nueva composición y en parte también por el contexto político (Hungría como democracia y Estado de Derecho consolidado), el TC, bajo la presidencia de János Nemeth, ha tenido una deferencia mucho mayor hacia el Gobierno y el Parlamento, perdiendo al mismo tiempo cierto prestigio entre los juristas por achacársele cierto déficit argumentativo, pero no entre la opinión pública,

para la que parece conservar todo el gran prestigio adquirido durante los años 90 bajo la presidencia de László Sólyom, quien en algún voto particular había llegado a hablar de la “Constitución invisible” que el TC había construido. Lo cierto es, en todo caso, que el TC, en especial por medio de la legitimación popular, llegó a tener intervenciones que, al menos en circunstancias normales, superan el ámbito en que un TC puede actuar legítimamente en una democracia.

La Ley XXXII/1989, de 19 de octubre, reguladora del Tribunal Constitucional (LTC, en adelante), asigna a éste, entre otras, la competencia para conocer de los recursos constitucionales planteados por violación de derechos garantizados por la Constitución (artículo 1,d), si bien el conocimiento de tales recursos no se atribuye al pleno (once magistrados), sino a una Sala de tres magistrados (art. 31). Este recurso de amparo, en realidad, es un mecanismo procesal individual por medio del cual el individuo afectado por una ley puede instar su control de constitucionalidad, sin que el Tribunal pueda ir más allá de la revisión judicial de la ley en cuestión, y en particular sin que el juicio del TC pueda extenderse a la actuación u omisión de la Administración o de los jueces para alterarla o anularla, más allá de prohibirles, con efecto retroactivo, en el caso del recurrente, aplicar la ley que se considere inconstitucional. De ahí que algunos autores consideren que este amparo tiene una naturaleza mixta: amparo/control normativo concreto de la constitucionalidad.

Aunque con la Ley en la mano, sólo cabe plantear el amparo contra normas jurídicas (leyes *lato sensu*), parece que la práctica constante del TC lo permite también respecto de otros “instrumentos jurídicos de administración pública”.

La *legitimación activa* para plantear este recurso constitucional de amparo corresponde a cualquier persona (incluidas las personas jurídicas), pero siempre que se den los siguientes presupuestos:

- a) Esa persona ha de considerar y alegar que sus derechos constitucionales han sido violados;
- b) La lesión de su derecho ha de ser consecuencia de la aplicación en el caso concreto de una norma jurídica inconstitucional;
- c) Han de haberse agotado todos los otros posibles medios legales o, en otro caso, no debe haber otros medios jurídicos disponibles;
- d) El plazo para plantear el recurso es el de sesenta días siguientes a haberse pronunciado la resolución no recurrible (art. 48).

La *demanda* ha de presentarse por escrito, señalando las normas jurídicas impugnadas y los preceptos constitucionales que se juzgan inconstitucionales, y solicitando expresamente la nulidad de las normas impugnadas, así como es aconsejable expresar si se pide que se prohíba retroactivamente aplicar la norma en el caso que da lugar al amparo. Las partes no tienen ninguna intervención ante el TC; no hay, como regla general, audiencias públicas; en consecuencia, los letrados deben exponer sus argumentos por escrito.

Una vez admitida la demanda, por cumplir todos los requisitos formales para ello, el TC dicta una sentencia, en la que el Tribunal no revisa los hechos, ni los puede calificar de otro modo, aunque obviamente tiene que examinarlos para resolver el caso ante él planteado. Y en caso de que el Tribunal declare la *inconstitucionalidad de la norma jurídica* o de cualesquiera otros “medios jurídicos de administración pública”, ello conlleva su anulación (art. 40), debiendo publicarse su resolución anulatoria en el *Magyar Közlöny* (Boletín Oficial del Estado) o en el boletín oficial en el que el acto administrativo fue primeramente promulgado (art. 41). La norma jurídica o el precepto anulados dejan de producir efectos y el acto administrativo se considera como revocado en el día de la publicación de la resolución. En el caso de que la nor-

ma jurídica declarada inconstitucional hubiera sido promulgada, pero todavía no hubiera entrado en vigor, quedará sin vigencia (art. 42 LTC).

En cuanto a los *efectos de las sentencias en el tiempo*, la regla general es que la norma jurídica o el acto administrativo no pueden aplicarse desde la fecha de la publicación de la resolución correspondiente en el Boletín Oficial (art. 43, 1), sin que ello pueda afectar a las relaciones jurídicas originadas antes de que la resolución fuera publicada ni a los derechos y obligaciones derivadas de ello (art. 43, 2). Pero esta regla encuentra una excepción, en todo caso, conforme a exigencias que derivan ya del Derecho internacional, en las hipótesis en que el Tribunal Constitucional ha de ordenar la revisión de los procesos penales concluidos con una sentencia no recurrible y que se hubieran basado en una norma jurídica o un acto administrativo que luego resultaren inconstitucionales siempre y cuando el condenado no hubiera sido eximido de todas las consecuencias adversas y la nulidad del precepto aplicado en el proceso llevaría a la reducción o suspensión de la medida o a la exención o limitación de la responsabilidad (art. 43, 3). Y otra excepción, pero ya de carácter general, aunque no preceptiva, es la que se deriva de la facultad otorgada al TC para separarse de la regla general de la inefectividad de la norma jurídica o acto administrativo desde la fecha de la publicación de la resolución del TC, pudiendo establecer un momento distinto a partir del cual la norma jurídica “deviene inefectiva” o respecto de su aplicabilidad en un concreto caso. Esta facultad del Tribunal es discrecional, pero no absolutamente libre, pues la Ley le fija un elemento reglado: la fijación de ese “dies a quo” específico tiene que estar justificada por el interés en la certeza jurídica o por un interés particularmente importante de la entidad que inició el proceso (art. 43, 4); en la práctica, cuando el Tribunal ha hecho uso de esta facultad, sólo excepcionalmente ha sido para fijar una eficacia retroactiva (respecto de normas que no han dado lugar a situaciones jurídicas amparadas por ellas o normas groseramente inconstitucionales y con un círculo estrecho de destinatarios) y por lo general ha fijado

una eficacia prospectiva. Si la norma se declara inconstitucional, el Tribunal debe ponderar si un “interés especialmente importante” del solicitante de amparo justifica una prohibición de aplicarle dicha norma. Una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1952 permite desde 1999 que los demandantes de amparo soliciten un nuevo juicio por los tribunales ordinarios siempre que, sobre la base del recurso de amparo, el TC declare la inconstitucionalidad de la aplicación en el caso de que se trate de la ley impugnada con carácter retroactivo.

Los *condicionantes procesales y la delimitación tan estricta del ámbito material del amparo* hacen que las demandas de amparo no representen más que un porcentaje de un 1% respecto de los asuntos que ingresan en el Tribunal (157 en el período 1990-2000, mientras que, en el mismo período, tuvieron entrada 4.954 asuntos de control normativo *a posteriori* de la constitucionalidad, respecto del que rige una verdadera legitimación popular). Hay, por ello, un amplio acuerdo en la doctrina y en el seno del propio TC sobre la necesidad de reformar la regulación del amparo, en especial para extenderlo al control de actos individuales sin naturaleza normativa, algo que el propio TC intentó inicialmente por vía jurisprudencial, pero encontró un fuerte rechazo ante la falta de toda base legal, lo que a la postre impidió seguir esa vía.

## VII.- MACEDONIA

El artículo 50 de la Constitución establece como primera garantía de determinados derechos y libertades fundamentales la de que todo ciudadano puede invocar la protección constitucionalmente garantizada para los mismos ante los tribunales ordinarios *y ante el propio TC* a través de un procedimiento basado en los principios de prioridad y urgencia. En congruencia con ello, el artículo 110 de la Constitución atribuye al TC, integrado por nueve magistrados, la competencia de proteger los derechos y libertades del individuo y el ciudadano, pero lo hace sólo respecto a su libertad de creencias, conciencia, pensamiento y expresión pública del pensamiento, asociación política y actividades de igual

naturaleza, así como en cuanto a la prohibición de discriminación entre ciudadanos por razón de sexo, raza, religión o filiación nacional, social o política; por tanto, el amparo macedonio es un instrumento procesal constitucional para la protección sólo de determinados derechos fundamentales, no de todos ellos, sin que se hayan aclarado nunca las razones de esta restricción tutelar. Por otro lado, el artículo 113 remite, en cuanto al modo de trabajo y el procedimiento del TC, a un reglamento aprobado por el propio TC, que son las Reglas de Procedimiento de 7 de octubre de 1992 (en adelante, RPTC).

La *legitimación activa* para plantear el amparo corresponde a cualquier ciudadano que considere que un acto o acción individual ha conculcado uno de los derechos mencionados. El *plazo* para plantear este recurso de amparo es de dos meses (art. 51 RPTC). El *objeto* del amparo pueden ser no sólo actos administrativos, sino también actuaciones de los poderes públicos y resoluciones judiciales.

En la *demanda* deben manifestarse las razones por las que se pide protección, los actos o acciones combatidos, los hechos y pruebas en que se basa la demanda y otros datos necesarios para la decisión del TC.

La demanda de protección de derechos y libertades ha de entregarse para *contestación a la entidad que emitió el acto individual*, en concreto, la entidad que emprendió la acción de conculcar aquellos dentro del plazo de tres días desde el día de su presentación. El plazo para contestar la demanda es de 15 días.

La tramitación procesal se divide en dos partes. Dentro de la *fase preliminar*, dirigida por el ponente, puede llamarse a las partes procesales y a otros interesados para consultarles y también requerirles para que aporten datos necesarios para el caso. Dentro de un plazo máximo de treinta días desde el día en que el caso ha sido dado para trabajar, ha de emitirse un informe para una reunión (datos de la demanda presentada, descripción de la práctica

constitucional y judicial, opinión y propuesta del ponente para resolver el asunto planteado ...) o ha de informarse al Tribunal del curso del procedimiento. Además, la regla general es que, para decidir sobre el amparo, el TC convocará a una *audiencia pública* a las partes en el proceso, al Fiscal y si es necesario, a otras personas, entidades y organizaciones. La audiencia pública puede celebrarse aunque algunas de las partes en el proceso o el Fiscal que hayan sido debidamente invitados no asistan (artículo 55 RPTC).

Se prevé la posibilidad de que, durante la tramitación del amparo, el TC pueda dictar una resolución para poner fin a la ejecución del acto individual o acción hasta que se adopte la decisión final.

El *plazo* previsto para interponer el amparo es de dos meses desde que se tuviera conocimiento de la conculcación combatida (y como máximo, dentro de los cinco años siguientes a la misma).

Es importante destacar que *para los (pocos) derechos protegidos por este amparo no rige la regla de la subsidiariedad*.

El TC emitirá una *sentencia* resolviendo sobre el amparo para la protección de los derechos y libertades constitucionales en la que definirá si hay una conculcación de aquellos y, dependiendo de ello, anulará el acto individual, prohibirá la acción causante de la conculcación de derechos o rechazará la petición. Basta con que estén presentes cinco magistrados para que el TC pueda adoptar una decisión.

Este instituto ha tenido poco éxito práctico, siendo muy escasos los amparos planteados, menos los admitidos a trámite y hasta 2003, al menos, ninguno había sido estimado (en más de una década de operatividad), algo que encuentra su explicación, en parte, en la existencia de una legitimación popular para el control normativo de la constitucionalidad.

## VIII.- POLONIA

El artículo 79 de la Constitución polaca establece que, de acuerdo con los principios especificados por ley, todos aquellos cuyos derechos o libertades hayan sido conculcados tendrán el derecho de apelar al Tribunal Constitucional para su enjuiciamiento de la conformidad con la Constitución de una ley u otro acto normativo sobre cuya base un tribunal u órgano de administración pública haya adoptado una decisión final sobre sus derechos o libertades o sobre sus obligaciones tal y como aparezcan especificados en la Constitución, con exclusión de los derechos del artículo 56 (asilo y refugio). Y el artículo 188, 5 de la Constitución atribuye al TC, compuesto de 15 jueces, la competencia para conocer de estos recursos constitucionales de amparo. El artículo 197 de la Constitución remite a la ley la regulación de la organización y modo de proceder del TC.

Se trata, por tanto, de un *control normativo que no se extiende a la aplicación de las leyes* (cfr. resolución procesal de inadmisión de 16 de enero de 2002), es un “amparo contra leyes”, debiendo probar el demandante de amparo que la norma cuya inconstitucionalidad se afirma fue la fuente de la conculcación de sus derechos que también afirma, de manera que la eliminación de esa regulación normativa es un presupuesto para restaurar un estado de conformidad con la Constitución en un caso concreto que le afecta; y por este motivo se inadmite un amparo dirigido contra una omisión legislativa (resolución procesal de inadmisión de 13 de octubre de 2004)

La *legitimación activa* corresponde a cualquier persona (arts. 79 y 191, 6 de la Constitución), probablemente también a las uniones de varias personas (sindicatos, asociaciones). El *Ombudsman* o Comisionado para la Protección de los Derechos Civiles también puede plantear un amparo, si bien no está claro si viene luego obligado a intervenir en esos amparos; y en todo caso, puede intervenir en todos los amparos, siendo la práctica hasta ahora la de que interviene en aquellos casos en que quiere avalar una posición que no le suscita dudas.

El *plazo* para interponer el amparo es de 3 meses.

Rige el *principio de subsidiariedad*, si bien hay dudas sobre su exacto alcance (por ejemplo, si es preciso, en el caso de un acto administrativo, agotar la vía administrativa o incluso es necesario agotar la vía contenciosa de revisión del acto administrativo).

La *demanda de amparo* incluirá específicamente:

1. Una precisa identificación de la ley u otro acto normativo sobre cuya base un tribunal u otro órgano de administración pública ha adoptado una decisión última respecto de derechos o libertades u obligaciones determinados en la Constitución y que es impugnado por el solicitante de amparo.
2. Indicación de qué derechos y libertades constitucionales han sido conculcados según el demandante de amparo y la forma en que lo han sido, sin que sea admisible una designación totalmente genérica e indeterminada, pues ha de permitir llevar a cabo el enjuiciamiento sobre derechos y preceptos específicos (cfr. resolución procesal de inadmisión de 16 de enero de 2002).
3. Fundamentos de la demanda, incluyendo la precisa descripción de los hechos del caso.

Se *adjuntará a la demanda* la sentencia, orden u otra resolución que se hayan dictado sobre la base del acto normativo que se impugna, con una indicación de la fecha de haberse pronunciado, según dispone el artículo 47 de la Ley del Tribunal Constitucional (en adelante, LTC).

La toma en consideración del amparo por el TC se llevará a cabo sobre la base de los principios y de acuerdo con el procedimiento previsto para el control normativo de la constitucionalidad de las leyes y del control de la constitucionalidad y la legalidad de otros actos normativos. De este modo, una vez presentado el amparo, quedará sujeto a examen preliminar por un juez constitucional designado por el Presidente del TC (arts. 49 y 36 LTC).

Se permite la *subsanción de los defectos formales* apreciados en el plazo de siete días desde su notificación, pero si no se subsanan en plazo o, en todo caso, si la demanda carece evidentemente de fundamento, el amparo ha de ser inadmitido por el juez, si bien esta decisión puede dar lugar a un recurso de queja ante el Tribunal en el plazo de siete días desde su notificación.

El TC puede dictar una resolución preliminar de *suspender o detener la ejecución de la sentencia* en el caso al que se refiere el solicitante de amparo si la ejecución de aquella, o de la decisión o de otra resolución podría llevar a consecuencias irreversibles vinculadas a un gran perjuicio para la persona solicitante de amparo o cuando habla a favor de ello un interés público vital u otro interés vital de la persona demandante de amparo. Esta decisión preliminar se entregará a continuación a la persona solicitante de amparo y al correspondiente órgano judicial o de ejecución; pero el TC la modificará si cesan las razones que hubo para adoptarla (art. 50 LTC).

1. Serán parte en el proceso de amparo:
  - a) La persona solicitante de amparo.
  - b) El órgano que promulgó el acto normativo impugnado.
  - c) El Fiscal General del Estado.
  - d) El Comisionado de Derechos del Ciudadano, cuando notifique su participación en plazo.

El TC informará al Comisionado para la Protección de los Derechos del Ciudadano sobre la incoación de actuaciones judiciales (arts. 51 y 33 LTC), pudiendo éste notificar su participación en los autos dentro del plazo de sesenta días desde la recepción de la información mencionada.

El conocimiento del amparo corresponderá a una Sala de tres o cinco magistrados dependiendo del rango normativo del precepto legal cuestionado, pudiendo conocer incluso del mismo el Pleno del TC en casos especialmente complicados. La audiencia

pública tendrá lugar, en su caso, con independencia de que las partes en el proceso comparezcan o dejen de hacerlo.

El TC se pronuncia sobre la conformidad a la Constitución de la norma cuestionada, por lo que los efectos de la sentencia serán los mismos que los propios de un control normativo abstracto *a posteriori* (esto es, eficacia *erga omnes* en cuanto a las disposiciones legales anuladas), pero ello no conlleva la anulación de la decisión o acto que se basó en la norma que se anula, sino que se permite al solicitante de amparo y a las restantes personas a las que se aplicó la norma declarada inconstitucional pedir la continuación de las actuaciones, siendo la única facultad exclusiva del demandante de amparo la de solicitar que se dicte un auto de medidas cautelares suspendiendo la ejecución de la decisión contra la que se planteó el amparo, pero sin que la estimación del amparo conlleve una estimación de sus pretensiones en las instancias inferiores.

## IX.- RUSIA

El artículo 125, 4 de la Constitución rusa atribuye al TC de la Federación de Rusia la competencia para conocer de los recursos presentados por violación de los derechos y libertades de los ciudadanos, según el procedimiento establecido por ley federal. Esta previsión constitucional ha sido desarrollada por medio de la Ley Constitucional Federal sobre el TC de la Federación Rusa (en adelante, LTC), de 12 de julio de 1994.

El TC se ha referido muchas veces en sus decisiones, en las que tiene un peso específico muy considerable la *normativa internacional* sobre derechos humanos, a la protección de los derechos a un juicio justo, a protección contra una acusación y frente a errores judiciales, el derecho de voto, el derecho de huelga, de seguridad social de la tercera edad, libertad de movimientos dentro del país y de salida del país, el derecho a doble nacionalidad, a protección contra desastres ecológicos, inviolabilidad del individuo, propiedad privada y herencia, etc.

La *legitimación activa* para plantear el amparo constitucional corresponde a los ciudadanos, rusos o extranjeros (Sentencia de 17 de febrero de 1998), cuyos derechos y libertades hayan sido supuestamente violados por la ley que les ha sido aplicada o debe serles aplicada en un caso específico, y a las asociaciones de ciudadanos (incluyendo a las sociedades mercantiles o los sindicatos: Sentencias de 24 de octubre de 1996 y de 17 de mayo de 1995), así como a otros órganos y personas cuando así lo prevea el Derecho federal, que lo prevén respecto del Fiscal General de la Federación o el *Ombudsman* federal las leyes federales que respectivamente los regulan, pero puede extenderse a otros supuestos al remitirse la Constitución a la ley, según la Sentencia de 24 de octubre de 1996.

Es especialmente importante destacar desde el primer momento, en cuanto al *objeto del amparo ruso*, que éste es sólo un *amparo contra leyes* (lesivas de derechos fundamentales), un control normativo concreto de la constitucionalidad de las leyes instado por el afectado por la supuesta inconstitucionalidad. Como lo ha dicho con meridiana claridad el propio TC en una de sus primeras sentencias: “El Tribunal Constitucional de la Federación Rusa no examina resoluciones judiciales. Un ciudadano tiene derecho de petición al Tribunal Constitucional de la Federación Rusa solo si supone que hay una falta de certeza sobre la cuestión de si la ley que afecta a sus derechos es o no conforme con la Constitución de la Federación Rusa” (Sentencia de 25 de abril de 1995). Ello es una limitación importante, que contrasta con la situación anterior a la reforma de 1993 (1991-1993), al excluirse del amparo no sólo la aplicación del Derecho, sino también incluso la constitucionalidad de todo el Derecho infralegal (reglamentos, instrucciones, circulares, etc), que es donde se vulneran más los derechos fundamentales en la práctica, según la experiencia muestra, sin que la protección que pueden brindar al respecto los tribunales ordinarios sea justificación suficiente, pues esos tribunales están fuertemente lastrados por la rutina de largos años en que su labor era completamente ajena y hasta contraria a los derechos humanos y que no

están nada familiarizados, desde luego, con su observancia y respeto ni con las peculiaridades de la hermenéutica constitucional, en especial la relativa a los derechos fundamentales.

También es una disposición relevante en cuanto al objeto del amparo, la previsión legal de que cuando, al plantearse el amparo o una vez ya interpuesto, la ley cuya constitucionalidad se enjuicia esté derogada o deje de estar vigente, la tramitación procesal del amparo “puede” cesar, salvo cuando la aplicación de la ley haya lesionado ya derechos o libertades de los ciudadanos (art. 43, in fine LTC).

La *demanda* ha de ser escrita e ir firmada por una persona autorizada, debiendo indicar:

- A) El TC de la Federación de Rusia como el órgano al que se dirige.
- B) El nombre completo del solicitante de amparo, su dirección y otros datos.
- C) Datos necesarios sobre el representante del demandante de amparo y sus poderes.
- D) La designación y dirección del órgano estatal al que se supone autor de la lesión combatida.
- E) Los preceptos de la Constitución y la LTC que legitiman para plantear el amparo.
- F) La precisa denominación, número, fecha de aprobación, fuente de publicación y otros datos sobre el acto a enjuiciar.
- G) Las específicas razones previstas por la LTC para la toma en consideración.
- H) La posición del solicitante en amparo respecto de la cuestión planteada y su sustanciación jurídica con referencia a las disposiciones relevantes de la Constitución.
- I) El *petitum*.

J) La lista de documentos adjuntos a la demanda.

A la demanda han de *adjuntarse los siguientes documentos* de manera anexa:

- a) El texto del acto a enjuiciar.
- b) Copia del documento oficial que acredite la aplicación o posibilidad de aplicación de la ley combatida para la decisión del específico caso, debiendo proporcionar esta copia del documento mencionado el funcionario u órgano que conoció del caso, a solicitud del demandante de amparo (sentencia, resolución de admisión o inadmisión, etc).
- c) El poder de procurador u otro documento que acredite los poderes del representante y copias de los documentos que acrediten el derecho de una persona a actuar como representante ante el TC ruso.
- d) El documento acreditativo del pago de la tasa estatal.
- e) La traducción al ruso de todos los documentos y otros materiales escritos en otra lengua diferente.

De la demanda y estos documentos habrán de aportarse tres copias.

El artículo 40 LTC prevé un *proceso preliminar de admisión* por el Secretario General del TC, quien puede rechazar la tramitación del amparo cuando el asunto sometido evidentemente caiga fuera de la jurisdicción del TC; cuando no reúna los requisitos formales que la LTC le impone; cuando haya sido interpuesto por una persona u órgano no legitimado; o cuando no se haya pagado la tasa estatal correspondiente. El Secretario General ha de notificar esta decisión al demandante de amparo, quien, a su vez, puede exigir que el TC adopte una decisión al respecto o bien subsanar los defectos consistentes en defectos formales o relativos a la legitimación y volver a plantear su demanda. Cuando el motivo de inadmisión sea que el asunto no cae evidentemente dentro de la jurisdicción del TC, el Secreta-

rio General puede remitir el asunto a los órganos u organizaciones estatales que sean competentes.

El Presidente del TC repartirá entre los magistrados los asuntos para *revisión preliminar*, que ha de producirse en el plazo máximo de dos meses desde la entrada de la demanda. Esta revisión preliminar por el Juez (Jueces) será una fase obligatoria de la tramitación ante el TC y su resultado será hecho saber al Pleno del TC (art. 41 LTC), quien adoptará la correspondiente decisión en el plazo máximo de un mes tras haber completado la revisión preliminar por el Juez (Jueces), debiendo notificarse la misma a las partes. En los casos de urgencia, el TC puede proponer a los órganos y funcionarios correspondientes que suspendan el acto combatido hasta que el TC haya terminado de examinar la admisibilidad del caso (art. 42 LTC). El TC rechazará la demanda preliminarmente cuando: a) la resolución de la cuestión planteada caiga fuera de la jurisdicción del TC ruso; b) la petición sea inadmisibile conforme a la LTC; c) el TC ha pronunciado una decisión sobre el objeto de la demanda de amparo que está vigente. El demandante de amparo puede retirar su demanda antes de que comience la toma de consideración del caso en la sesión correspondiente del TC, con archivo de la causa (art. 44 LTC).

Conforme al artículo 97 LTC, un amparo sólo es admisible si, en primer lugar, la ley impugnada *afecta a los derechos y libertades constitucionales* de los ciudadanos y si, en segundo lugar, *esa ley ha sido aplicada o debe ser aplicada al caso en cuestión*, cuyo conocimiento se ha iniciado o completado ante el tribunal u órgano de que se trate, con aplicación de dicha ley. Según la Sentencia de 25 de abril de 1995, el TC controla si existe indeterminación respecto de la conformidad a la Constitución de la ley impugnada y si las referencias a los correspondientes artículos de la Constitución son arbitrarias o insensuadas, con un gran margen de discrecionalidad al respecto. Incluso, el TC ha entendido que si se impugna una ley en su conjunto, pero sólo se han aplicado o se deben aplicar al caso concreto determinadas disposiciones

de la misma, el examen por el TC ha de limitarse a las mismas (Sentencia de 17 de mayo de 1995).

Si el TC toma en consideración el amparo y lo admite a trámite, lo notifica al tribunal u otro órgano que conoce del caso en que la ley combatida fue aplicada o debe ser aplicada, sin que ello conlleve la suspensión de la tramitación del caso necesariamente, aunque ese tribunal u otro órgano que conoce del caso puede acordar la suspensión hasta que el TC pronuncie la correspondiente resolución (según su grado de convencimiento de la inconstitucionalidad de la norma, el interés de cada parte en que continúe o no el procedimiento, etc).

Los llamados “límites de verificación” por el TC a la hora de enjuiciar la conformidad de la ley con los derechos y libertades de los ciudadanos consisten en que el TC podrá atender a:

- a) La sustancia de las normas.
- b) La forma de la promulgación, el convenio o el tratado.
- c) El procedimiento para su firma, conclusión, adopción, promulgación o entrada en vigor.
- d) Perspectiva de la separación del poder estatal en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial tal y como lo prevé la Constitución.
- e) Perspectiva de la delimitación de competencias entre los órganos federales del Gobierno central tal y como está prevista por la Constitución.
- f) Perspectiva de la delimitación de jurisdicción y poderes entre los órganos del Gobierno estatal de la Federación rusa y los órganos del Gobierno estatal de las entidades constituyentes de la Federación Rusa como se halla prevista por la Constitución, el Tratado de la Federación y otros convenios sobre la delimitación de jurisdicción y poderes.

Cuando se trate de normas preconstitucionales, los límites de verificación por parte del TC son mayores, pues se han de limitar, como es natural, a la sustancia de las normas, y no pueden extenderse a la forma de su promulgación.

En todo caso, el TC no está vinculado por las razones y argumentos de las partes a la hora de enjuiciar la constitucionalidad (art. 74 LTC).

Enjuiciada la constitucionalidad de la ley con esta perspectiva y con estos parámetros, el artículo 100 de la Constitución establece que el TC puede dictar una de las siguientes *sentencias*:

- 1.- Reconocimiento de la conformidad de la ley o algunos de sus concretos preceptos con la Constitución federal.
- 2.- Reconocimiento de la no conformidad de la ley, o algunos de sus específicos preceptos con la Constitución de la Federación Rusa.
2. Si el TC declara la incompatibilidad con la Constitución de la ley aplicada en el caso específico, el caso en cualquier hipótesis estará sujeto a la revisión por el órgano competente de acuerdo con el procedimiento regular; y los costes soportados por los ciudadanos y sus asociaciones serán reembolsados de acuerdo con el procedimiento ordinario (art. 100 LTC).
3. Conforme al artículo 87 LTC, además, la declaración de inconstitucionalidad será fundamento para la anulación conforme al procedimiento correspondiente de otras disposiciones legales basadas en la disposición legal declarada inconstitucional o que reproducen o contienen las disposiciones declaradas inconstitucionales; éstas no pueden ser aplicadas por los tribunales, otros órganos y funcionarios. Así pues, mientras para los recurrentes la Sentencia estimatoria conlleva la inaplicación automática de la norma declarada inconstitucional, en el caso de los otros ciudadanos debe instarse la correspondiente revisión por los cau-

ces procesales oportunos, si bien los tribunales y órganos administrativos no podrán aplicarla más en el futuro.

Por otro lado, y para terminar, debe decirse que la efectiva aplicación de las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas por el TC ha sido un problema de primer orden, en especial frente a las regiones, dando lugar a una polémica reforma legal de la materia dirigida a promover la aplicación y observancia efectivas de las declaraciones de inconstitucionalidad de las normas por el TC, que con toda frecuencia seguían siendo aplicadas en tanto no fueran derogadas por su mismo autor, como si la declaración de inconstitucionalidad no tuviera operatividad directa *ex constitutione*.

## CAPÍTULO QUINTO

“Stratisburgum locutus, causa finita”. El “amparo intereuropeo” ante el Tribunal de Estrasburgo, última instancia de tutela de los derechos fundamentales en Europa\*

---

\* Este trabajo completa una doble línea de investigación del autor desde hace algún tiempo ya: a) por un lado, y en primer lugar, es un complemento indispensable a nuestro trabajo “Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 25, núm. 74, mayo-agosto 2005, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 111 y ss., Madrid, en el que tratamos de esbozar una teoría general (sustantiva) de los derechos fundamentales en el Convenio, dejando declaradamente de lado todo lo relativo a los aspectos procesales, que son los que ahora abordamos, por razones de espacio y también guarda cierta relación con nuestro libro *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, y nuestro trabajo “Algunos aspectos de teoría general constitucional sobre los derechos fundamentales en los EE.UU.”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 123, 2004, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 271 y ss., también publicado en *Direito Público*, núm. 11, Jan-Fev-Mar 2006, Brasil, pp. 55 y ss.; y b) por otro lado, se prosiguen aquí las investigaciones sobre la teoría general de la jurisdicción constitucional de la libertad y el amparo en Argentina y México y ante la Corte Interamericana [*La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, prólogo de H. Fix Zamudio, Porrúa, México, 2005, colección de Derecho procesal constitucional dirigida por E. Ferrer Mac-Gregor], así como sobre el amparo en los países de la Europa del Este y en Suiza [en dos trabajos publicados en Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa/UNAM, México, 2006] y también en

SUMARIO: I.- Introducción: el amparo europeo. II.- Jurisdicción y competencia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su estructura y organización III.- Legitimación activa. Principio de interpretación “pro victima” IV.- Legitimación pasiva V.- Intervención de terceros VI.- Representación procesal VII.- Objeto VIII.- Plazo para el planteamiento del amparo intereuropeo IX.- Parámetro X.- Demanda XI.- Presupuestos procesales de admisibilidad XII.- Presupuestos materiales de admisibilidad XIII.- Procedimiento XIV.- Terminación anormal del proceso XV.- La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

## I.- Introducción: el amparo intereuropeo

Si el latín no nos falla, hoy podría decirse, en materia de derechos fundamentales, algo así como que “*Stratisburgum locutus est, causa finita est*”. La última instancia en materia de derechos fundamentales, respecto de los países que han ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en lo sucesivo), es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), con sede en Estrasburgo (Francia), que hoy es, además, un Tribunal permanente y sin el filtro de la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos u organismo similar. Con algunos matices, puede afirmarse que esa instancia última ya no lo es por más tiempo, materialmente y en tanto que estén en juego derechos

---

Alemania [en los Estudios introductorios a los libros, por nosotros traducidos: K. Hesse y P. Häberle, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán)*, Porrúa, México, 2005, colección de Derecho procesal constitucional dirigida por E. Ferrer Mac-Gregor; y P. Häberle, *El Tribunal Constitucional como tribunal ciudadano. El recurso constitucional de amparo*, FUNDAp, Querétaro, 2005, con prólogo del autor].

Este trabajo se publicó originariamente en Héctor Fix Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinadores), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa/UNAM, México, 2006. Conste aquí el agradecimiento a los editores de este libro. Se ha publicado también en Brasil en la Revista *Direito Público*, núm. 16, abril-junio de 2007, págs. 22-86.

garantizados por el CEDH, ni siquiera el respectivo Tribunal Constitucional o Tribunal Supremo de cada país.

Es decir, aproximadamente ochocientos millones de personas (europeos o de otros variados orígenes, pero sujetos a la jurisdicción de los 46 Estados parte) pueden acudir directamente, en las condiciones que veremos, a un único Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en la ciudad francesa de Estrasburgo, para hacer valer los derechos fundamentales (reconocidos en el CEDH) que, a su juicio, no se le han sabido garantizar en su país (o el país en que se hallare), en su caso ni siquiera por su Tribunal Supremo o Constitucional, etc.

En efecto, cualquier persona sujeta a la jurisdicción de los 46 Estados parte en el CEDH que se considere “víctima” de una violación de uno de los derechos reconocidos por el CEDH, de 4 de noviembre de 1950 o sus Protocolos, y que estime que dicha vulneración es imputable a uno de los Estados citados, puede acudir, con los requisitos que veremos (como el plazo de seis meses) y siempre una vez agotados todos los recursos legales efectivos (internos) del país de que se trate (subsidiariedad), ante el TEDH por medio de un recurso de protección de los individuos que puede considerarse como un “amparo europeo”, que resuelve dicho Tribunal.

Estamos, pues, ante un verdadero proceso judicial autónomo y contradictorio de protección de los derechos humanos, bien que de carácter internacional y subsidiario, y ante un auténtico órgano jurisdiccional, también internacional, cuyas sentencias despliegan una eficacia desde el orden internacional pero que penetran de una manera muy efectiva y profunda en los distintos ordenamientos nacionales, en cuyo seno ha de darse eficacia práctica, con libertad de medios en principio, a las resoluciones del Tribunal; su finalidad exclusiva es la protección de los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el CEDH y sus respectivos Protocolos Adicionales, siendo parte demandada siempre un Estado, a quien se imputa la violación de un derecho fundamental; la

competencia corresponde a un único Tribunal, sin la interposición de filtros entre él y el individuo que reclama (Gimeno Sendra y Morenilla Allard, 2003, 213 y ss.)

## **II.- Jurisdicción y competencia: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Su estructura y organización**

### **1.- El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Estatus, composición y estructura**

La jurisdicción para conocer de la “instrucción”, enjuiciamiento y fallo del proceso de amparo europeo corresponde al TEDH, con sede en Estrasburgo (Francia) y que tiene, desde 1998, “carácter permanente”. El Tribunal está formado por el mismo número de jueces que Estados-parte en el Convenio (art. 20 CEDH), aunque en absoluto tiene que haber uno por cada nacionalidad (no hay restricción alguna en cuanto al número de la misma nacionalidad, mientras que el CEDH originariamente sí prohibía que hubiera dos jueces de la misma nacionalidad).

Los jueces tienen dedicación a tiempo completo (con técnica poco clara, lo proclama el art. 21, 3 CEDH). Los jueces deberán gozar “de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia”, siendo elegidos por un periodo de seis años por la Asamblea Parlamentaria en razón de cada Alta Parte Contratante, por mayoría absoluta de votos, de una lista de tres candidatos presentada por esa Alta Parte Contratante (art. 22 CEDH). Son reelegibles y se procurará que la mitad de los jueces se renueven cada tres años. Su mandato finaliza, en cualquier caso, cuando alcanzan los 70 años. En caso de sustitución, habrán de continuar en su cargo hasta que esta se verifique efectivamente.

Durante su mandato temporal, tienen garantizada la inamovilidad y sólo podrán ser separados del cargo si los demás Jueces deciden, por mayoría de dos tercios, que ha dejado de reunir las condiciones requeridas para serlo (art. 24 CE; véase el voto par-

ticular del Juez Loucaides, suscrito también por el Juez Bîrsan, a la STEDH, de 17-2-2004, caso "Maestri v. Italia", donde se hace referencia a este artículo a los efectos puramente comparativos para la cuestión a estudiar).

Durante su mandato, los Jueces no podrán ejercer ninguna actividad que sea incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad o disponibilidad necesaria para una actividad ejercida a tiempo completo; y se prevé que "cualquier cuestión que se suscite en torno a la aplicación de este párrafo será dirimida por el [propio] Tribunal" (art. 21, 3 CEDH). Ejercen, en cualquier caso, su cargo a título individual, totalmente al margen del Estado de que sean nacionales, al que no representan en absoluto.

El Pleno del Tribunal elige su Presidente, uno o dos Vicepresidentes, y dos Presidentes de Sección por un período de tres años; aprueba el Reglamento interno del Tribunal y elige al Secretario y a los Subsecretarios del Tribunal. El Pleno como tal no tiene funciones jurisdiccionales; es un órgano de gobierno.

Según su Reglamento, el Tribunal se divide en cuatro Secciones, cuya composición (11 Jueces, actualmente), estable durante tres años, debe ser equilibrada, y ello tanto desde el punto de vista "geográfico" como desde la perspectiva de la representación de sexos, teniendo en cuenta asimismo los diferentes sistemas jurídicos existentes en los Estados contratantes. Dos Secciones son presididas por los Vicepresidentes del Tribunal, y las otras dos por los presidentes de Sección elegidos por el Tribunal. Los Presidentes de Sección son asistidos y, si es necesario, reemplazados, por los Vicepresidentes de Sección.

En el seno de cada Sección se constituyen a su vez, por períodos de doce meses, Comités de tres jueces, que tienen un papel muy relevante en cuanto a la admisión o no de los amparos planteados, como veremos.

Y también dentro de cada Sección se constituyen Salas de siete miembros, elegidos por el Presidente de cada Sección de

modo rotatorio, aunque son miembros preceptivos de la misma el Presidente de la Sección y el juez nacional del Estado demandado (o, más precisamente, el juez elegido “a título del Estado” demandado; y si no hay ninguno o no está capacitado para actuar, la persona que designe dicho Estado), según cada caso. Cuando este juez no es miembro de la Sección, actuará en la Sala en calidad de miembro *ex officio*. Los miembros de la Sección que no son miembros titulares de la Sala serán suplentes.

En cuanto al reparto de competencias para conocer del fondo de los asuntos entre la Sala y la Gran Sala, responde a la siguiente distribución:

- a) Las Salas conocen de las demandas individuales que no hayan sido archivadas o inadmitidas por unanimidad por el Comité correspondiente.
- b) La Gran Sala, integrada por diecisiete jueces, tiene una competencia extraordinaria o excepcional, y conoce de los recursos contra las sentencias de las Salas (en los muy restrictivos términos que luego veremos), decidiendo sobre la admisión del recurso un Colegio de cinco jueces de la Gran Sala, y también conoce de los asuntos que le remitan las Salas cuando consideren que el asunto plantea “una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos” o que “la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal” y siempre que no medie oposición de alguna parte (art. 30 CEDH). En cuanto a su integración, destacar que son miembros de pleno derecho de la Gran Sala el Presidente y los Vicepresidentes del Tribunal, así como los Presidentes de Salas.

De lo anterior resulta fácil deducir que, aunque aquí hablemos, y así sea habitual, de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, en realidad, el Pleno del Tribunal no tiene función jurisdiccional alguna ni emite ninguna jurisprudencia, sino que

lo hacen así exclusivamente, en cuestiones de fondo, las Salas y, excepcionalmente, la Gran Sala. En cierto modo, más que de “un” Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habría, pues, que hablar de varios (tantos como Salas), por más que se trate de preservar, lógicamente, la unidad al máximo, pero sin que tampoco pueda desconocerse que incluso cuando quien fija jurisprudencia es, excepcionalmente, la Gran Sala, esta no está integrada por todos los jueces.

Aunque la *sede* del TEDH, como la del Consejo de Europa, está en Estrasburgo (Francia), se prevé que el Tribunal, “cuando lo estime procedente”, pueda desarrollar sus funciones en cualquier lugar del territorio de los Estados miembros del Consejo de Europa y decidir, en cualquier fase de la investigación de un caso, que es necesario que el Tribunal como tal o uno o varios de sus miembros procedan a una investigación o realicen cualquier otra tarea en otro lugar.

Digamos, también, que el TEDH tiene toda esta nueva estructura y organización a raíz del Protocolo núm. 11, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1998, y que llevó a cabo una profunda reestructuración del mecanismo de protección de los derechos en el marco del CEDH. El Protocolo, al modificar en profundidad el sistema de protección arbitrado por el CEDH, tuvo que ser aprobado por unanimidad, como así fue. En virtud de dicho Protocolo, se suprimió el importante filtro, hasta entonces operante, de la Comisión Europea de Derechos Humanos (que siguió operando, no obstante, interinamente por un año, hasta el 31 de octubre de 1999), así como la jurisdicción del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y el TEDH ha asumido las funciones de una y otro.<sup>1</sup>

---

1 En el sistema anterior al Protocolo núm. 11, tres instituciones se repartían esta responsabilidad de control: la Comisión Europea de Derechos Humanos (establecida en 1954), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (instituido en 1959) y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, compuesto por los ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros o sus representantes. Según el Convenio de 1950 los Estados contratantes y, en el caso de aquellos Estados que habían aceptado el derecho de de-

Una de las finalidades de dicha reforma fue también acabar con el retraso del conocimiento de los asuntos planteados, suprimiendo la Comisión, pero ello no se ha logrado en absoluto, puesto que este Tribunal, al igual que todos los tribunales constitucionales que conocen de un amparo del tipo del alemán o el español, sufre hace años una verdadera avalancha anual de reclamaciones individuales,<sup>2</sup> que es así un problema común a los tribunales constitucionales como el español o el alemán y al TEDH, aunque desde luego en contextos y con dimensiones bien diferentes. Ello ha generado que se haya solicitado un aumento de recursos y también ha dado lugar a un nuevo debate sobre la conveniencia de una reforma.

---

manda individual, también los demandantes individuales (particulares, grupos de particulares u organizaciones no gubernamentales), podían presentar ante la Comisión demandas contra los Estados contratantes que estimasen que habían violado los derechos garantizados por el Convenio, siendo ellos víctimas. Las demandas eran objeto de un examen preliminar por la Comisión, que determinaba su admisibilidad y se ponía a la disposición de las partes a fin de obtener un arreglo amistoso. En aquellos casos en los que dicho arreglo no era posible, la Comisión elaboraba un informe estableciendo los hechos y formulando una opinión sobre el fondo del asunto. Este informe era transmitido al Comité de Ministros. Cuando el Estado demandado había aceptado la jurisdicción obligatoria del Tribunal, la Comisión y/o cualquier Estado Contratante interesado tenían un período de tres meses a partir de la transmisión del informe al Comité de Ministros para elevar el caso ante el Tribunal a fin de que este tomara una decisión definitiva y vinculante. Los particulares no estaban autorizados a presentar sus casos ante el Tribunal. Si un caso no era presentado ante el Tribunal, el Comité de Ministros decidía si se había producido o no una violación del Convenio y otorgaba, si lo estimaba pertinente, una satisfacción equitativa para la víctima. Igualmente era responsable de supervisar la ejecución de las sentencias del Tribunal. Cfr. el documento oficial "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Historia, organización y procedimiento", European Court of Human Rights, 2004, p. 2.

2 Una estadística puede verse en <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/4753F3E8-3AD0-42C5-B294-0F2A68507FC0/0/SurveyofActivities2005.pdf>.

En el transcurso de la Conferencia de Ministros sobre los Derechos Humanos que tuvo lugar en Roma los días 3 y 4 de noviembre de 2000 para celebrar los 50 años de la apertura a la firma del Convenio, el Comité de Ministros fue invitado, mediante una resolución, a realizar en el plazo lo más brevemente posible una reflexión profunda sobre las diversas posibilidades y opciones para garantizar la eficacia del Tribunal a la vista de la nueva situación. Para dotar de eficacia a esta resolución, el Comité de Ministros puso en marcha, en febrero de 2001, un Grupo de evaluación, que presentó su informe en septiembre de 2002. Recomendaba la elaboración de un proyecto de protocolo al Convenio que confiriera al Tribunal la competencia para negarse a examinar en detalle las demandas que no plantearan ninguna cuestión substancial respecto del Convenio, y la realización de un estudio sobre las posibilidades de creación, en el seno del Tribunal, de una división nueva y distinta que se encargaría del examen previo de las demandas. El 8 de noviembre de 2001, el Comité de Ministros encargó a los Delegados de los Ministros continuar el examen urgente de todas las recomendaciones contenidas en el informe, incluyendo aquellas medidas que impliquen la modificación del Convenio.

Más recientemente, en la tercera Cumbre del Consejo de Europa de mayo de 2005, en Varsovia, se constituyó un Grupo de Sabios a fin de estudiar una estrategia conjunta para asegurar la efectividad a largo plazo de la Convención Europea de Derechos Humanos y su sistema de protección.

Y el 21 de diciembre de 2005 se ha conocido el Informe de la Comisión Presidida por Lord Wolf (quien también forma parte del Grupo de Sabios citado), "Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights", donde se proponen, entre otras, las siguientes medidas para racionalizar el trabajo del Tribunal y evitar que acabe ahogándose de éxito: a) que sólo conozca de las demandas completadas adecuadamente; b) que se establezcan oficinas satélite del Registro en países clave en los que se detecten cifras elevadas de demandas (predominantemente, inadmitidas);

c) mayor uso de los Defensores del pueblo nacionales y otras modalidades de resolución alternativa de conflictos; d) que el Tribunal dicte más “sentencias-piloto” (que luego estudiaremos), dando además prioridad en su tramitación a los asuntos susceptibles de solucionarse por medio de una de tales sentencias (además de a aquellos asuntos que planteen serias cuestiones de Derecho) y estableciendo equipos que detecten los casos repetitivos a tales efectos.

## **2.- Ámbito jurisdiccional**

El ámbito de la jurisdicción del TEDH viene dado por el conocimiento de las demandas individuales (lo que aquí llamamos “amparo ante el TEDH” o “amparo europeo”), las demandas interestatales y las demandas por las que se solicite una “opinión consultiva” del TEDH, y ello con los correspondientes límites territoriales, personales, materiales y temporales, que luego veremos cuando hablemos de la admisibilidad. Sea como sea, hay que aclarar que, hasta cierto punto, el TEDH tiene la Kompetenz-Kompetenzen, o competencia de competencias, pues, según dispone el artículo 32, 1 CEDH, “en caso de impugnación de la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma”.

## **III.- Legitimación activa. Principio de interpretación “pro víctima”**

Debe necesariamente comenzar por destacarse que uno de los rasgos más llamativos y sobresalientes del sistema europeo de protección de los derechos humanos en el marco del Consejo de Europa es precisamente la posibilidad del individuo, como tal, de acceder, por sí mismo, a un tribunal internacional y ello para demandar a un Estado, que con toda frecuencia será el suyo propio. El otorgamiento de esta legitimación activa al individuo en la esfera internacional contó, naturalmente, con muchas resistencias. Así, en la regulación anterior al Protocolo número 9,<sup>3</sup> el demandante

---

3 Ya antes, en realidad, desde 1970, la Comisión había adoptado la práctica de hacerse acompañar a la vista ante el TEDH del representante del de-

no podía ser parte en el proceso ante el TEDH, sino que él planteaba la demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos y era luego ella la que, sólo si finalmente admitía la demanda tras la oportuna investigación y consideración, representaba de algún modo los intereses del individuo reclamante ante el TEDH.

En la actualidad, el acceso del individuo al TEDH es un principio cardinal del sistema europeo de protección. En este sentido, el art. 34 CEDH establece de manera cristalinamente diáfana: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos”.

De este precepto se deduce que la legitimación activa (o *locus standi*) corresponde a aquellos en quienes concurren estos dos elementos:

- A) En primer lugar, ha de tratarse de una persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares. No pueden plantear un “amparo” o demanda individual de protección de derechos, por tanto, ningún Estado u organización gubernamental de cualquier tipo, cualquiera que sea su autonomía o nivel.

La legitimación activa corresponde sólo a los individuos o personas físicas, a los grupos de particulares (asociaciones, etc) y también a las organizaciones no gubernamentales. Ello responde al sentido y razón de ser de los derechos fundamentales, que no es proteger al Estado, sino a los individuos, como titulares que son de los derechos fundamentales. No tiene legitimación activa, por ello, el Gobierno de una región o comunidad autónoma,<sup>4</sup> o municipio, etc. Ello

---

mandante, al que el Presidente del Tribunal daba la palabra como parte en el recurso (Gimeno Sendra y Morenilla, 2003, 231).

4 No tiene, así, legitimación activa el Gobierno autonómico vasco para

no impide, desde luego, que también los miembros de un Gobierno o del aparato burocrático o funcional pueden plantear un amparo y tengan legitimación activa en cuanto tales individuos que son, no actuando en nombre y representación del Estado, especialmente si se trata de proteger sus derechos frente al propio Estado.

También tienen legitimación activa las personas jurídicas de Derecho privado, siempre que no se trate de hacer valer derechos que no puedan corresponder a las personas jurídicas. El TEDH atiende, sobre todo, a que se trate de entidades distintas al Estado, a que tengan una completa autonomía de este (por ejemplo, Monasterios, en la STEDH de 9 de diciembre de 1994, caso “Los Santos Monasterios c. Grecia”).

No hay restricciones en cuanto a la edad o capacidad de obrar, por lo que tienen legitimación activa también los menores y enfermos mentales o incapaces, sin perjuicio de la necesidad de que se complemente su capacidad procesalmente.

- B) En segundo lugar, la persona recurrente ha de considerarse “víctima de una violación” de los derechos garantizados

---

plantear una demanda ante el TEDH alegando, con respecto al recurso de inconstitucionalidad planteado ante el Tribunal Constitucional y resuelto por este (sobre la ley que prohibía determinados partidos políticos), la falta de imparcialidad del Presidente del Tribunal Constitucional y la vulneración del artículo 7 del Convenio, aisladamente y en combinación con el 11. El TEDH recordó, citando numerosa jurisprudencia, que deben ser calificadas de “organizaciones gubernamentales” en contraposición a las “organizaciones no gubernamentales” recogidas en la disposición citada, tanto los órganos centrales del Estado como las autoridades descentralizadas que ejercen “funciones públicas”. En la medida en que, tanto el Gobierno demandante como la Comunidad Autónoma a la que representa, constituyen autoridades públicas que ejercen competencias y funciones oficiales atribuidas por la Constitución y las leyes, independientemente de su nivel de autonomía, el Tribunal inadmitió la demanda por incompetencia *ratione personae* con las disposiciones del Convenio. La decisión de inadmisión es de fecha 3 de febrero de 2004.

por el Convenio (y sus Protocolos, en la medida en que hayan sido ratificados por el Estado a que se impute dicha vulneración).

Este es, en realidad, el elemento clave determinante de la legitimación activa: la circunstancia de ser, o afirmar fundadamente ser, el recurrente “víctima de una violación” de uno de los derechos garantizados por el Convenio o uno de sus Protocolos (que vincule al Estado demandado). Ahora bien, es importante destacar que el TEDH, y antes la Comisión, han interpretado el concepto de “víctima” con gran amplitud y “generosidad” (interpretación “pro víctima”), ya que lo contrario conduciría a consecuencias injustas (STEDH de 6 de noviembre de 1990, caso “Guzzardi”), lo que ha permitido al Tribunal apreciar que gozaban de legitimación activa las personas que pueden considerarse víctimas “indirectas” o las llamadas víctimas meramente “potenciales” de una vulneración de sus derechos, pero, en cualquier caso, es claro que ello no puede, ni mucho menos, llevar al extremo de pretender hacer operar a la legitimación activa en el sentido de una *actio popularis* (así se deduce de la STEDH de 26 de octubre de 1998, caso “Norris c. Irlanda”, entre otras muchas) ni tampoco cabe hablar de víctima “en abstracto” a los efectos del art. 34 CEDH.

Y, así, por ejemplo, en caso de fallecimiento de la *víctima (directa)* de una presunta violación de uno de los derechos del Convenio, se permite que el proceso continúe a instancias de los herederos o parientes de la víctima o de quienes tengan un vínculo especial con la persona fallecida (como *víctimas “indirectas”*), pero la interpretación lata no llega hasta el punto de permitir la continuación del proceso a instancias del Letrado de la pretendida víctima, a falta de parientes o herederos que expresen su voluntad en tal sentido (STEDH de 29 de abril de 2003, caso “Sevgierdogn c.

Turquía”). También pueden tener la condición de víctimas los familiares de una persona desaparecida.

No se requiere una afectación particularmente intensa para tener la condición de víctima (por ejemplo, la tiene un accionista minoritario: STEDH de 27 de abril de 1989, “caso Neves e Silva”); hay ocasiones en que la mera existencia de una legislación restrictiva de un derecho que potencialmente podría aplicarse al demandante, aunque hasta el momento de hecho no se le haya llegado a aplicar en absoluto, permite a este asumir la condición de víctima a los efectos del art. 34 CEDH, simplemente por correr el peligro de que se le llegue a aplicar de modo directo esa legislación: por ejemplo, la existencia de una legislación que castiga los actos homosexuales se considera una afectación directa y constante a la vida privada y, por ello, esa ley, en sí misma y por su propio contenido, aun sin aplicarse en concreto al demandante, convierte a este en “víctima” (STEDH de 26 de octubre de 1998, caso “Norris c. Irlanda”); o la existencia de una legislación que prevé la vigilancia secreta de las comunicaciones permite dar la consideración de víctimas a las personas que potencialmente pueden verse afectadas por dicha legislación (STEDH de 6 de septiembre de 1978, caso “Klass y otros c. Alemania”).

Estos últimos ejemplos lo son también de *víctimas “potenciales”*, que gozan igualmente de legitimación pasiva según la jurisprudencia de Estrasburgo. También son víctimas potenciales los extranjeros respecto de los que se acuerda una expulsión o extradición a un país donde es muy probable que puedan sufrir tratos inhumanos o degradantes (por ejemplo, el consistente en ser condenado a la pena de muerte y tener que esperar durante años en el pasadizo de la muerte a la ejecución de dicha pena) o a un país en guerra civil; también es víctima potencial el extranjero respecto del que se acuerda su deportación a su país de origen,

después de cumplir una condena, si dicho extranjero está enfermo de S.I.D.A. y en su patria no va a poder seguir siendo tratado de su enfermedad.

El TEDH también ha admitido la condición de “víctima” aunque la violación alegada de derechos fundamentales ya hubiera terminado mientras se desarrollaba el proceso en Estrasburgo, y señala, además, a este respecto, que las sentencias del Tribunal Europeo “frecuentemente sirven a un propósito declaratorio”, es decir, para “clarificar, salvaguardar y desarrollar las normas establecidas por el Convenio”, por lo que toma en cuenta si el caso plantea cuestiones interpretativas de suficiente importancia como para decidir el caso, aunque siempre en atención al caso concreto (STEDH de 6 de noviembre de 1990, caso “Guzzardi”, §85). El Tribunal se ha pronunciado, así, en numerosos casos en que la violación alegada del derecho se había producido ya en un período anterior a que el caso llegara a Estrasburgo o había cesado mientras se tramitaba el amparo ante el TEDH (o la Comisión, antes).

#### **IV.- Legitimación pasiva**

Conforme al artículo 34 CEDH, la legitimación pasiva corresponde a “una de las Altas Partes Contratantes”, es decir, a uno de los Estados parte en el CEDH. Sólo los Estados pueden ser demandados a través de este amparo europeo. Eso sí, el Estado responderá de los actos de su poder legislativo, ejecutivo o judicial (división horizontal), y cualquiera que sea su nivel (división vertical: Estado central o federal; Regiones, Estados, Länder, Comunidades Autónomas; municipios, etc), también de los organismos públicos que tengan cierta independencia.

De lo anterior se deduce que los particulares carecen de legitimación pasiva en el amparo europeo. Y es claro que, procesalmente, no pueden ser demandados. Ello, sin embargo, no ha de llevarnos a tener una imagen equivocada, por completo,

de la eficacia real del Convenio y los derechos que garantiza, pues lo anterior no implica, en modo alguno, que los derechos fundamentales garantizados por el CEDH sólo desplieguen su eficacia en las relaciones del individuo frente al Estado y no en la vida social, en las relaciones entre particulares (*inter privados*). Lo que ocurre es que, siguiendo la diferenciación propia de la doctrina alemana entre una eficacia directa y una indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (es habitual en todos los países referirse, con relación al Convenio, a la *Drittwirkung*, así en alemán), en el CEDH cabría hablar de una eficacia “sólo” indirecta, de manera tal que buena parte de las supuestas lesiones de derechos fundamentales entre particulares pueden ser imputadas al Estado en tanto que este se obliga a “asegurar” el ejercicio de tales derechos en su ordenamiento jurídico (lo que conlleva una obligación positiva de hacer efectivo el derecho en unos términos o con un alcance que variará de derecho a derecho e incluso según cuál sea el aspecto concreto del derecho fundamental de que se trate en cada caso): es la *mittelbare Drittwirkung* o eficacia indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Sea como sea, ello supone que el único legitimado pasivamente es siempre el Estado parte, nunca el particular a quien eventualmente se impute la lesión directa del derecho. A partir del Convenio, el único punto de vista posible es el de si el Estado tenía una obligación positiva derivada del derecho fundamental de que se trate en cada caso por virtud de la cual tenía que asegurar la vigencia del derecho en un determinado ámbito de las relaciones entre particulares y si ha dejado de cumplir esa obligación positiva.

#### **V.- Intervención de terceros**

La intervención de terceros se regula de doble forma en el artículo 36 CEDH:

- a) Por un lado, se establece que “en cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, la Alta Parte Con-

tratante cuyo nacional sea demandante tendrá derecho a presentar observaciones por escrito y a participar en la vista". Se trata de lo que procesalmente se conoce como intervención voluntaria de un tercero, y este tercero ha de ser el Estado (que ha de ser parte en el Convenio, en cualquier caso) de donde sea nacional el demandante de amparo (que ha demandado a otro Estado diverso de aquel).

- b) Por otro lado, se prevé que, "en interés de la buena administración de justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista", si bien el RTEDH precisa que la invitación a participar en la vista sólo podrá producirse en casos excepcionales. En cierto modo, es la figura del *amicus curiae*; es también una intervención voluntaria de terceros; y tiene las siguientes características:
- Se trata de una intervención ocasionada discrecionalmente por el Presidente del Tribunal cuando así lo aconseje el "interés de la buena administración de justicia", pero que es únicamente una "invitación", por tanto no vinculante en absoluto.
  - El "invitado" puede ser: a) un Estado parte que no intervenga ya en el asunto; o bien, b) cualquier otra persona (física o jurídica) "interesada" distinta del demandante (por ejemplo, la Comisión de Venecia).
  - La invitación lo es a presentar "observaciones por escrito" o "a participar en la vista". En cualquier caso, el Presidente puede condicionar de cualquier modo la participación, fijando cuestiones concretas a las que dar respuesta y limitando la participación a ciertos extremos.
  - Esta facultad puede tener especial interés cuando la interpretación a llevar a cabo en la sentencia puede tener un

efecto en el ordenamiento jurídico de otros Estados (STEDH de 23 de junio de 1993, caso “Ruiz Mateos c. España”, con intervención voluntaria de Portugal y Alemania, países ambos que contaban con tribunal constitucional, si bien el Tribunal subraya que no es su tarea la de pronunciarse “en abstracto” sobre la cuestión controvertida –en el caso, si el art. 6,1 CEDH se aplica a la jurisdicción de un Tribunal Constitucional– ni siquiera sobre la cuestión respecto de otros Estados con una situación legal más o menos análoga --Alemania o Portugal, entre otros--, sino que su función es enjuiciar la cuestión sólo con relación al concreto caso que se le somete, relativo a España).

- El RTEDH regula el procedimiento y los plazos (art. 44).

## **VI.- Representación procesal**

### **1.- Representación procesal del demandante**

La cuestión se regula en el art. 36 RTEDH, en su redacción tras la reforma de 7 de julio de 2003, que establece que los individuos y organizaciones no gubernamentales legitimados pueden presentar el “amparo europeo” por sí mismos o por medio de un representante, pero que, tras la notificación de la demanda de amparo al Estado parte demandado, tras no ser aquella inadmitida ni archivada (art. 54,2 RTEDH), y a menos que el Presidente de la S decida otra cosa, el demandante de amparo debe estar representado bien por un abogado habilitado para ejercer en cualquiera de los Estados parte y que resida en uno de ellos, o bien por cualquier otra persona admitida por el Presidente de la Sala. El demandante deberá estar así representado en cualquier audiencia acordada por la Sala, salvo que el Presidente de la misma excepcionalmente le autorice a presentar su propio caso, bajo la condición, si es preciso, de ser asistido por un abogado u otro representante autorizado.

Se prevé también una facultad extraordinaria del Presidente de la Sala con respecto a la representación, puesto que “en circunstancias excepcionales”, y en cualquier fase del pro-

cedimiento, aquel puede acordar, cuando considere que las circunstancias o la conducta del abogado o la otra persona elegida como representante así lo avalan, que este representante cese en su representación o asistencia, debiendo buscar el demandante una representación alternativa.

Sea como sea, el RTEDH exige que el abogado o, en su caso, el otro representante o el propio demandante que pretende ser autorizado a presentar su caso tenga un “conocimiento apropiado” de uno de los idiomas oficiales del Tribunal (inglés o francés), si bien, si no tiene esos conocimientos, el Presidente de la Sala puede autorizarle el uso de otra lengua no oficial del Tribunal, pero oficial de alguno de los Estados parte, aunque entonces el demandante asumirá los gastos de la interpretación o traducción al inglés y/o francés de las observaciones orales o escritas.

Los artículos 91 y siguientes del RTEDH prevén el beneficio de la asistencia jurídica gratuita para aquellos demandantes que no dispongan de los medios económicos suficientes para ello. Es el Presidente de la Sala el competente para otorgar o no este beneficio de justicia gratuita, tras la oportuna comprobación.

## **2.- Representación procesal del Estado demandado**

El artículo 35 RTEDH establece que los Estados parte “estarán representados por agentes, quienes están autorizados a contar con la asistencia de abogados o asesores”.

## **VII.- Objeto**

El objeto primordial del proceso de amparo es cualquier conducta, activa u omisiva, consistente en la violación (afirmada por el demandante) de uno de los derechos garantizados por el CEDH o sus Protocolos por parte de un Estado parte (Grabewarter, 2005, 46). Respecto de dicha (pretendida) vulneración de alguno de los derechos del CEDH o sus protocolos, se ejercerá, como sostienen Gimeno Sendra y Morenilla (2003, 218), “una pretensión mixta, básicamente declarativa de la violación de su de-

recho, pero con posibles connotaciones de condena a la reparación por la lesión causada al Estado demandado". La sentencia del TEDH será, sin embargo, básicamente declarativa, pues se limitará a constatar la violación de un derecho humano o fundamental, aunque ello conllevará para el Estado demandado la "obligación de resultado" de llevar a cabo todas las actuaciones precisas (en el orden legislativo, administrativo o judicial y en cualquier ámbito territorial) para corregir la vulneración de ese derecho y evitarla en lo sucesivo, disfrutando en principio (con la salvedad de las sentencias piloto, que luego se comentarán) de "libertad de medios" para lograr ese fin, pero también existiendo garantías colectivas efectivas para asegurar el cumplimiento de las sentencias por el Estado demandado.

Al margen de lo anterior, el Estado demandado se obliga a no impedir ni obstaculizar en modo alguno el ejercicio del "derecho de amparo" por parte de cualquier persona bajo su jurisdicción, incluidos reclusos por ejemplo, sin que sea aceptable ningún tipo de presión, directa o indirecta, más allá de los contactos aceptables, a fin de que esa persona retire o modifique de cualquier modo su demanda. Aunque ello es, en principio, una norma procesal antes que nada, su inobservancia puede constituir una violación de ese derecho de demanda individual al que podemos llamar también "derecho de amparo".

### **VIII.- Plazo para el planteamiento del amparo intereuropeo**

El plazo de ejercicio de la acción de amparo ante el TEDH, cuya inobservancia genera la inadmisibilidad de la misma, es el de 6 meses "a partir de la fecha de la resolución interna definitiva". Este es, pues, el *dies a quo*: la fecha de la resolución nacional definitiva que se combata, que puede ser una resolución administrativa o judicial, lo que es indiferente, pues a lo que hay que estar siempre es a que sea "definitiva", si bien la fecha en que una resolución puede considerarse "definitiva" a los efectos del artículo 35 CEDH es algo a determinar con referencia al contenido del Convenio, no sobre la base de lo establecido en el Derecho

interno de un país (STEDH de 26 de septiembre de 1996, caso “Di Pede c. Italia”, §22).

No cabe duda de que los derechos humanos, los derechos fundamentales son imprescriptibles, pero como hay que compatibilizarlos con la seguridad jurídica es habitual, y máxime en la esfera internacional, que se fije un *plazo de ejercicio de la acción o recurso* para reclamar tales derechos, que en este caso es de seis meses, lo que se juzga un punto de equilibrio entre las exigencias de la seguridad jurídica y el tiempo preciso para adoptar o no la decisión de recurrir con fundamento y preparar la demanda correspondiente y, en cualquier caso, es un plazo claramente más amplio al que suele existir para plantear el amparo ante los tribunales constitucionales nacionales (por ejemplo, veinte días en España; un mes en Alemania; seis semanas en Austria). No obstante, hay que decir que el TEDH ha interpretado la fórmula del artículo 35,1 CEDH en un sentido flexible, antiformalista (“the Court often looks behind mere appearances, without excessive formalism” en este campo: STEDH de 31 de julio de 2000, caso “Jecius”) y favorable al demandante de amparo, atendiendo siempre al “objetivo y propósito” de dicho plazo. Algunas de las líneas básicas en la interpretación de este *dies a quo* son las siguientes:

- f) La carga de la prueba de que se ha observado el plazo, como ocurre con el requisito del agotamiento de los recursos internos, incumbe al demandante de amparo (art. 47, 2, a RTEDH).
- g) El requisito del plazo hay que interpretarlo en conexión con el requisito de la subsidiariedad, por lo que se toma como “resolución interna definitiva” sólo una resolución que sea de última instancia tras un recurso legal efectivo y que se refiera al objeto del amparo ante el TEDH.
- h) Se suele entender que la fecha de planteamiento del amparo es, no la de entrada de la demanda, sino la de la primera comunicación del solicitante de amparo en que se expone

(aunque sea de modo resumido, pero en su esencia) el objeto del amparo (en la práctica, normalmente, la fecha del franqueo, según parece), pero el Tribunal puede determinar otra cosa. Después de esa fecha ya no es posible complementar la demanda con afirmaciones de otras vulneraciones de derechos.

- i) El *dies a quo* varía según que en el ordenamiento jurídico nacional de que se trate esté prevista o no la notificación de oficio de la resolución interna definitiva al demandante de amparo, pues si está prevista, el *dies a quo* será el de la fecha de la notificación (a partir de ahí comienza a correr el plazo de seis meses), pues de este modo el “objetivo y propósito” del plazo de la demanda de amparo ante el TEDH hallan una mejor realización, pero si no se prevé dicha notificación en el Derecho interno, y las partes podían conocer de hecho su contenido desde que se dictó dicha resolución, a este último momento hay que estar como *dies a quo* (STEDH de 25 de marzo de 1999, caso “Papáchelas c. Grecia”, §30). Es decir, hay que atender al momento en que el demandante fue consciente, tuvo conocimiento del acto o decisión respecto del que se queja. Y, sea como sea, la negligencia del demandante en conocer la resolución definitiva no puede hacerse valer para prolongar el plazo (STEDH de 29 de marzo de 2001, caso “Haralambidis c. Grecia”, §39).
- j) Si el Estado pone trabas de cualquier tipo a la tramitación del recurso que generan una dilación en su tramitación (por ejemplo, provoca un retraso de ocho meses en la tramitación de un amparo ante el TEDH por parte de un recluso), el TEDH no inadmitirá el amparo por falta de plazo (STEDH de 7 de octubre de 2004, caso “Polshchuk contra Rusia”, §35).
- k) Si en el Estado de que se trate, con relación a los hechos *sub judice*, no se prevén recursos o si los recursos que se prevén no son efectivos en la práctica (no lo es un proceso de revisión, por ejemplo), el *dies a quo* será en principio el de la fecha

de los hechos o la medida que se combaten ante el TEDH. Si el amparo viene referido a una situación continuada de supuesta vulneración de uno o varios derechos del CEDH (por ejemplo, una privación de libertad), el plazo comenzará con la finalización de dicha situación (por ejemplo, STEDH de 31 de julio de 2000, caso "Jecius"), aunque en tanto esta terminación no se produzca el requisito del plazo no obstará a conocer de la demanda. Y lo mismo rige para las "violaciones continuadas" que hay que atribuir a una decisión que se adoptó antes de la entrada en vigor del CEDH o uno de sus Protocolos en el Estado parte de que se trate.

- l) Pero en casos excepcionales en los que los demandantes recurrieron ante las instancias nacionales y solamente después se hicieron conscientes, o debieron hacerse conscientes, de que tales recursos eran ineficaces, el periodo de 6 meses empieza a contar desde ese momento en que adquirieron, o debieron adquirir, esa conciencia de las circunstancias que hacían en realidad inefectivos esos recursos internos (STEDH de 29 de junio de 2004, caso "Docan y otros c. Turquía", §113), lo que conecta con el requisito del agotamiento de los recursos internos (efectivos), aunque, ante la duda de si un determinado recurso interno es en realidad efectivo (o el TEDH lo considerará tal), lo aconsejable sería plantear ya el amparo ante dicho Tribunal, sin perjuicio de utilizar al mismo tiempo ese recurso interno de cuya efectividad se tienen dudas.
- m) Excepcionalmente, el plazo puede interrumpirse o detenerse si el demandante de amparo se vio impedido *de facto* para plantear la demanda individual ante el TEDH (por ejemplo, por hallarse privado de libertad; no por tener una mala situación en cuanto a la salud) (Grabewarter, 2005, 69, quien cita jurisprudencia).
- n) El cómputo del plazo se hace de mes a mes, es decir, termina en el mismo número de día que el de la fecha en que

comenzó a correr el plazo (SSTEDH de 22 de septiembre de 1993, casos “Istituto de Vigilanza” y “Figus Milone”, §§12 y ss). Si el plazo termina en festivo, se ha de entender, obviamente, que finaliza en el día laboral inmediatamente siguiente.

- o) El Tribunal puede apreciar la inobservancia del plazo en cuestión en el planteamiento de la demanda “en cualquier fase del procedimiento” (art. 35, 4 RTEDH) y ello puede hacerlo incluso de oficio (STEDH de 8 de abril de 2004, caso “Assanidze c. Georgia”, §127); el incumplimiento del plazo fundamenta la inadmisión a trámite o el archivo en cualquier momento, así como una sentencia que no entre a conocer del fondo (así, por ejemplo, la STEDH de 29 de marzo de 2001, caso “Haralambidis c. Grecia” o la de 28 de julio de 1999, caso “L.M. c. Italia”). El cumplimiento del plazo no es renunciable por el Estado demandado ni cabe exceptuarlo alegando, por ejemplo, la negligencia o desidia del abogado.

## **IX.- Parámetro**

### **1.- Determinación del parámetro**

El parámetro o criterio a partir del cual el TEDH juzga los hechos o normas sujetos a su escrutinio viene constituido por los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y sus Protocolos. En este sentido, hay que aclarar que este CEDH ha sido sucesivamente objeto de diversas adiciones y reformas por medio de diversos Protocolos. En concreto, tras la entrada en vigor del Convenio originario, han sido adoptados catorce Protocolos Adicionales. De ellos, son los Protocolos nº 1, 4, 6, 7, 12 y 13 los que han añadido nuevos derechos y libertades a aquellos consagrados inicialmente por el Convenio.

Pero no todos los Estados han suscrito estos Protocolos, ni tampoco siquiera todos ellos han entrado en vigor. Por ello, el

parámetro utilizado por el TEDH tendrá unos derechos mínimos comunes a todos los Estados parte, pero también habrá otros derechos que podrán ser utilizados como parámetro de enjuiciamiento respecto de la jurisdicción de unos Estados parte, pero no respecto de la jurisdicción de otros, según hayan ratificado o no el Protocolo por el que se reconoce ese derecho.

De este modo, en la actualidad, el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha de considerarse integrado, tras la reforma de largo alcance operada por el Protocolo núm. 11 (1994) —que aprobó un “texto refundido” del Convenio e hizo perder valor autónomo a los Protocolos núms. 2, 3, 5, y 8 a 11, que se integraron ya en el “texto refundido” —, por:

- 1.- El texto principal u originario, que contiene la primera Declaración de derechos y la regulación del funcionamiento y los procesos del Tribunal de Estrasburgo. Fue ratificado por España, con alguna reserva específica, el 4 de abril de 1979.
- 2.- Los Protocolos 1, 4, 6 y 7. España ha ratificado, hasta ahora, sólo el núm. 1 (1990) y el núm. 6 (1985); no el 4 ni el 7, aunque sí los ha firmado.

Los principales derechos reconocidos en el Convenio y sus Protocolos son los siguientes:

- c) Derecho a la vida
- d) Prohibición de torturas
- e) Prohibición de la esclavitud y los trabajos forzados.
- f) Derecho a la libertad y la seguridad
- g) Derecho a un proceso justo o equitativo
- h) Principio de legalidad
- i) Derecho al respeto de la vida privada y familiar
- j) Libertad de pensamiento, conciencia y religión

- k) Libertad de expresión
- l) Libertades de reunión y asociación
- m) Derecho a contraer matrimonio
- n) Derecho a un recurso efectivo
- o) Prohibición de discriminación *en el ejercicio de los derechos del Convenio*
- p) Propiedad privada (Protocolo núm. 1)
- q) Prohibición de prisión por deudas (Protocolo núm. 4)
- r) Libertad de circulación (Protocolo núm. 4)
- s) Prohibición de expulsión de los nacionales (Protocolo núm. 4)
- t) Prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (Protocolo núm. 4)
- u) Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros (Protocolo núm. 7)
- v) Derecho a la doble instancia en materia penal (Protocolo núm. 7)
- w) Derecho a la indemnización por error judicial (Protocolo núm. 7)
- x) Derecho al *ne bis in idem* (Protocolo núm. 7)
- y) Derecho a la igualdad entre esposos (Protocolo núm. 7)
- z) Prohibición de la pena de muerte, salvo en tiempos de guerra (Protocolo núm. 6; el Protocolo núm. 13, firmado pero todavía no ratificado por España, suprime incluso esta excepción)
- aa) Derecho de igualdad y prohibición de discriminación en cualquier ámbito, y no ya sólo en el ejercicio de los derechos del Convenio, que es lo que garantiza ya el artículo 14 del Convenio (Protocolo núm. 12, hecho en Roma el 4

de noviembre de 2000, que no ha sido siquiera firmado por España ni ha entrado en vigor en ningún país todavía).

Todos estos derechos, en la medida en que ya hayan estado en vigor en el respectivo Estado y en la medida en que no estén afectados por una reserva legítima<sup>5</sup> por el Estado correspondiente, serán el parámetro utilizado por el TEDH. Y es que, como lo dice el artículo 32, 1 CEDH, “la competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos”.

## 2.- Consideraciones sobre la peculiaridad del CEDH como parámetro

En términos generales, más allá de los concretos derechos que integran el CEDH, y por ello el parámetro de enjuiciamiento utilizado por el TEDH, hay que destacar la peculiaridad que el CEDH presenta a este respecto frente a lo que ocurre cuando el parámetro es un texto constitucional. Y es que, como lo ha destacado Balaguer Callejón (2004), mientras en los ordenamientos nacionales “los derechos fundamentales expresan en cada momento el proyecto de comunidad que se desarrolla mediante la interacción entre Constitución, ley y jurisdicción”, en el caso del CEDH y el TEDH falta la *interpositio legislatoris*, o al menos la mediación de un legislador global específico del CEDH, sino que la única rama existente en el marco del CEDH es la judicial (y no existe, desde luego, la legislativa). Y sigue diciendo Balaguer Callejón:

“Esto significa que el enjuiciamiento de las actuaciones lesivas de los derechos se produce siempre mediante el control de

---

5 El artículo 57 CEDH dispone: “1. Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general; 2. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate”.

los poderes públicos nacionales y, por tanto, aplicando una lógica a veces distinta (la del CEDH) a la del propio ordenamiento enjuiciado (de ahí que el TEDH haya reconocido al principio de subsidiariedad como un principio esencial que debe respetar a la hora de enjuiciar la actividad de los poderes públicos nacionales)”.

“Este rasgo presenta, sin duda, una faceta positiva: la lejanía implica ausencia de compromisos, capacidad de sustraerse a la opinión pública nacional, mayor independencia, podríamos decir. Pero, al mismo tiempo puede presentar otras facetas negativas: el TEDH puede intervenir sobre los ordenamientos nacionales de una manera fragmentaria, no sistemática, afrontando los problemas de manera parcial y aportando soluciones que pueden resultar comprometidas cuando no difíciles de realizar desde la perspectiva de esos ordenamientos nacionales. El TEDH nos puede ofrecer así una visión en negativo fotográfico, por así decirlo, de las jurisdicciones constitucionales nacionales: por un lado el TEDH no tendrá, seguramente las contemplaciones ni los miedos que puedan tener las jurisdicciones nacionales ante la repercusión de sus sentencias. Por otro lado, esa mayor independencia puede dar lugar también a la incompreensión del problema jurídico que se está abordando o a una solución que resulte más lesiva para el ordenamiento en su conjunto aunque garantice de manera más eficaz el derecho lesionado. Estos riesgos se acrecientan, necesariamente con la ampliación del número de Estados que han ratificado el CEDH y del número de miembros (de muy diverso origen nacional) del TEDH. La labor de enjuiciamiento de una medida estatal lesiva de los derechos no se puede realizar desligada del contexto ordinamental en que esa lesión se ha producido. Hay siempre dos términos en el control que se realiza: por un lado el parámetro de control y por el otro el objeto de control. El juez no sólo debe conocer muy bien el parámetro sino que también debe conocer muy bien el objeto, pues en caso contrario el control que se realiza no será correcto. La desvinculación entre el parámetro y el objeto de enjuiciamiento puede ser un elemento distorsionador [...]

**X.- Demanda**

- A.- La demanda de amparo ha de realizarse mediante un formulario que proporciona la Secretaría del Tribunal, salvo que el Presidente de la Sección concernida decida lo contrario y ha de ir firmada por el solicitante de amparo o su representante. Dicho escrito, que puede redactarse en la lengua de cualquiera de los Estados parte (y no sólo en una lengua oficial: inglés o francés), contendrá:
- 1.- El nombre, fecha de nacimiento, nacionalidad, sexo, ocupación y dirección del solicitante de amparo;
  - 2.- El nombre, trabajo, y dirección del representante, si lo hubiere;
  - 3.- El nombre de la Parte o Partes Contratantes contra la que se formula la demanda de amparo;
  - 4.- Una exposición sucinta de los hechos;
  - 5.- Una exposición sucinta de la/s violación/es alegadas del Convenio y los argumentos relevantes al respecto;
  - 6.- Una exposición sucinta de la conformidad del recurrente con los criterios de admisibilidad (agotamiento de los remedios domésticos y la regla de los seis meses) establecidos en el artículo 35, 1 del Convenio; y
  - 7.- El objeto de la solicitud.
- B.- La demanda deberá, además, ir acompañada de las copias de cualesquiera documentos relevantes y, en particular, de las decisiones, judiciales o no, referidas al objeto de la solicitud de amparo ante el TEDH.
- C.- Los solicitantes de amparo, además, proporcionarán la información precisa, en especial los documentos y decisiones a los que hemos hecho ya alusión, permitiendo así acreditar la observancia de los criterios de admisibilidad del artículo 35, 1 CEDH. Y también indicarán si han sometido

sus quejas a cualquier otro procedimiento internacional de investigación internacional o acuerdo.

- D.- En caso de que el solicitante quiera que no se revele su identidad al público, habrá de hacerlo constar, exponiendo las razones para ello, algo que sólo muy excepcionalmente puede autorizarse, como se verá.
- E.- Si no se cumplen los requisitos anteriores, la demanda podrá no ser examinada por el Tribunal.
- F.- Los demandantes mantendrán informado al TEDH de cualquier cambio de dirección y de cualesquiera circunstancias relevantes respecto de la demanda presentada.

## **XI.- Presupuestos procesales de admisibilidad**

### **1.- Capacidad para ser parte y capacidad procesal**

El artículo 34 CEDH otorga legitimación a cualquier persona física, así como a toda organización no gubernamental o grupo de personas. Pero, más allá de ello, esa persona ha de ser, o poder ser, titular de alguno de los derechos garantizados en el CEDH o alguno de sus Protocolos y vigentes en el momento de que se trate en el Estado al que se demanda (capacidad para ser parte); y además, ha de tener la capacidad de llevar a cabo actuaciones procesales válidas (capacidad procesal).

#### **a) Personas físicas**

Todas las personas físicas son, en principio, titulares de los derechos que garantiza el CEDH o sus Protocolos, y ello con independencia de su edad, su capacidad negocial o su nacionalidad, o cualesquiera otros factores, por lo que todas ellas tienen capacidad para ser parte en el proceso de amparo ante el TEDH.

En cuanto a la capacidad procesal, por lo general la tendrán, pero no rigen aquí, en cualquier caso, reglas rígidas. Los solicitantes de amparo menores de edad o incapaces son, por lo general, representados por los encargados de su cuidado o repre-

sentación, aunque no, claro está, cuando hay un conflicto de intereses. Bajo ciertas circunstancias, una persona que, conforme al Derecho interno, no está legitimada para la representación de otra persona, puede, sin embargo, actuar ante el TEDH en su nombre (por ejemplo, una madre natural privada de la patria potestad respecto de su hijo bajo tutela estatal: STEDH de 13 de julio de 2000, caso “Scozzari and Giunta”) (Grabenwarter, 2005, 52).

En caso de fallecimiento del demandante a lo largo del proceso (que conlleva que pierde la capacidad procesal, no la capacidad para ser parte), el amparo puede ser proseguido, en principio, por los herederos o parientes próximos si tienen un interés legítimo en ello o si se trata de un amparo de interés general.

Para determinar si existe o no ese interés legítimo debe atenderse a los efectos directos o indirectos que tuvo la alegada violación del derecho en la persona que pretende continuar el amparo y si el interés en determinar si se ha vulnerado el Convenio se ha transmitido a dicha persona o no. Hay que afirmar ese interés si la conducta combatida ha producido al heredero o familiar próximo en cuestión un daño material que le grava (interés financiero), reclamando generalmente una indemnización conforme al artículo 41 CEDH. No obstante, también pueden tener un interés legítimo moral o inmaterial en la continuación del amparo para lograr hacer justicia tras la muerte de su causante o pariente, interés que no existe en todo caso si se trata de derechos personalísimos del fallecido.

Existe un interés general si las cuestiones jurídicas planteadas afectan a otras personas diversas del fallecido y sus herederos o parientes, sobre todo si la lesión del derecho fundamental va más allá del caso particular, teniendo su origen en una determinada situación o praxis jurídica o en un determinado sistema jurídico, y la continuación del proceso es necesaria para determinar la conformidad o no al Convenio. Las exigencias del TEDH son, sin embargo, bastante considerables (Grabenwarter, 2005, 53).

Y, en todo caso, el Tribunal proseguirá con el conocimiento del amparo “si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos” (art. 37 CEDH), pues también entonces habrá un interés general (Grobenwarter, 2005, 54). Y es que no puede olvidarse que, como dice la STEDH de 18 de enero de 1978 (caso “Irlanda c. Reino Unido”): “Las sentencias del Tribunal sirven de hecho no sólo para decidir aquellos casos planteados ante el Tribunal, sino, más en general, para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las normas establecidas por la Convención, contribuyendo de este modo a la observancia por los Estados de los compromisos asumidos por ellos como Partes Contratantes”.

**b) Organizaciones no gubernamentales, personas jurídicas y grupos de personas**

El CEDH legitima para plantear la demanda individual de amparo, además de a las personas físicas, a las “organizaciones no gubernamentales”, en el sentido no visto, lo que abarca, desde luego, a las personas jurídicas, pero también a las asociaciones y sociedades sin personalidad jurídica, así como a los partidos políticos. Su capacidad para ser parte es totalmente independiente de la capacidad jurídica conforme al Derecho interno, así como de si se le reconoce o no personalidad jurídica, aunque sí depende de que esas organizaciones, grupos o personas jurídicas puedan ser titulares del derecho fundamental de que en cada caso se trate (no pueden serlo, evidentemente, del derecho a la vida o a no sufrir torturas en ningún caso; en el caso de los partidos políticos, por ejemplo); y en principio, sólo pueden alegar o hacer valer sus propios derechos y no los de sus miembros, aunque esto último se permite cuando se trate de personas jurídicas (sindicatos, asociaciones empresariales o profesionales, etc) que actúen en interés de sus componentes siempre que revelen la identidad de cada miembro afectado en sus derechos y acrediten la representación procesal correspondiente respecto de cada uno de ellos (si no, el amparo se considera como anónimo y no se admite). Incluso si el

Estado procede a su disolución, tienen capacidad para ser parte a fin de combatir esa disolución y los efectos o sanciones que se deriven de lo anterior. No se comprende aquí a las personas jurídicas de Derecho público, salvo que no actúen como “organizaciones estatales” ejerciendo funciones o tareas o competencias públicas (Grobenwarter, 2005, 54).

## **2.- Condición de víctima del solicitante de amparo**

Al respecto, nos remitimos a lo ya manifestado al hablar de la legitimación activa.

## **3.- Agotamiento de los recursos internos y alegación del derecho en las instancias nacionales: la subsidiariedad del amparo**

Tomando una diferenciación que el Tribunal Federal suizo ha consagrado recientemente para el amparo suizo (Sentencia de 21 de abril de 2004), creemos que podría distinguirse también, aunque no se haga habitualmente así, dos tipos de subsidiariedad: la subsidiariedad formal (también llamada en Alemania subsidiariedad vertical) y la material (llamada también en Alemania subsidiariedad horizontal).

### **a) Subsidiariedad formal o vertical**

Entendemos aquí por subsidiariedad formal la derivada del cumplimiento del requisito de “agotamiento de los recursos internos”, que es una exigencia de cumplimentación indispensable para poder acceder por medio de una demanda individual al TEDH a fin de que este se pronuncie sobre el fondo de la cuestión. Es clara la conexión de este requisito con la subsidiariedad, que es un principio general en el Derecho internacional, usual en los sistemas de protección de derechos fundamentales: sólo si agotan los recursos que ofrece el Estado, puede decirse que se ha dado al Estado en cuestión la “oportunidad” (formal) de “lavar los trapos sucios en casa” antes de acudir a la esfera internacional (lo que, sin embargo, puede ser una carga para el justiciable,

pero de la que precisamente habrá que exonerarle cuando ello resulte irrazonable por completo). Se entiende así que el artículo 35 CEDH disponga que “al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos”.

Al respecto, deben destacarse varios aspectos:

- 1.- Por supuesto, lo primero que tienen que existir *de hecho* son recursos internos (esto es, mecanismos legales) para combatir la supuesta violación de un derecho fundamental, pues si no existen, malamente puede exigirse su agotamiento. Pero tales recursos, además, deben existir *jurídicamente* conforme al propio CEDH, que reconoce como derecho fundamental el derecho a un “recurso efectivo” frente a las violaciones a los derechos del Convenio (art. 13). Ahora bien, si *de facto* no existen, aparte de que se haya vulnerado el propio derecho procesal del artículo 13 CEDH que acabamos de mencionar, este requisito no será, lógicamente, exigible, pues no habrá entonces recursos a agotar, al no existir ningún mecanismo legal disponible.
- 2.- En segundo lugar, los recursos que hay que agotar son los recursos “efectivos” (y la ineffectividad del recurso, a su vez, puede tener repercusión en el cómputo del plazo, como hemos visto) y no los que no lo sean, por ejemplo: a) por no tener perspectivas de éxito, aunque, ante la duda sobre el éxito, habrá que agotarlos; o b) por existir obstáculos jurídicos o de hecho a su interposición. El TEDH sigue un criterio bastante antiformalista y casuístico para determinar si un recurso es o no “efectivo”, y atiende al caso concreto del demandante de amparo, y no meramente a la situación o regulación abstracta, teórica, global o general. Como dice la STEDH de 8 de abril de 2004, caso “Assanidze c. Georgia”, §127, no hay obligación alguna de utilizar los recursos que sean inadecuados o inefec-

tivos, sino sólo los que sean efectivos en la práctica. La exigencia de efectividad del recurso conlleva la de accesibilidad, naturalmente. Y los recursos extraordinarios que no satisfagan los requisitos de “accesibilidad” y “efectividad” no son recursos que haya que agotar a los efectos de poder acudir en amparo ante el TEDH. En general, sin embargo, el recurso de amparo ante los tribunales constitucionales será un recurso efectivo que habrá que agotar, aunque también parece que debe entenderse que si existe disponible en el caso un recurso de amparo ante un tribunal constitucional, pero hay jurisprudencia establecida que permite afirmar que ese recurso no tiene posibilidades de prosperar por razones formales o materiales, no será preciso utilizar el recurso de amparo nacional. Todo ello requiere, sea como sea, una valoración casuística.

- 3.- Cuando se trata de violaciones especialmente graves a los derechos fundamentales (artículos 2 y 3, ante todo), los recursos no penales sino de ejercicio de meras pretensiones de resarcimiento económico no son recursos efectivos que haya que agotar, pues en tales casos la protección exigida por el Convenio es la averiguación y castigo de los autores, y no la mera indemnización por los daños (STEDH de 19 de febrero de 1998, caso “Kaya c. Turquía”, §105). Cuando se trata de quejas relativas al incumplimiento del plazo razonable en la tramitación procesal, los recursos a agotar son los que permitan combatir las dilaciones en el ordenamiento interno. Y si se trata de violaciones continuadas de un derecho fundamental, no es preciso, obviamente y *rebus sic stantibus*, un ejercicio continuado de recursos contra las medidas cuestionadas (Grabenwarter, 2005, 65-66).
- 4.- También tiene especial importancia la jurisprudencia del TEDH (y antes ya de la Comisión) conforme a la cual cuando una misma conducta supuestamente lesiva de algún derecho del Convenio tiene lugar de manera no indivi-

dualizada, sino reiterada y generalizada y contando con la aprobación o tolerancia por parte de las autoridades, no es preciso agotar los recursos internos. Así lo estableció el Tribunal en la STEDH de 18 de enero de 1978 (caso “Irlanda c. Reino Unido”), §159:

“Una práctica incompatible con la Convención consiste en una acumulación de infracciones idénticas o análogas que son suficientemente numerosas e interconectadas como para constituir no meramente incidentes aislados o excepciones, sino un patrón o sistema; una práctica no constituye por sí misma una violación separada de tales infracciones.

Es inconcebible que las autoridades supremas de un Estado sean inconscientes, o al menos que puedan serlo, acerca de la existencia de tal práctica. Además, conforme a la Convención, aquellas autoridades son estrictamente responsables por la conducta de sus subordinados; están sujetas a un deber de imponer su voluntad a sus subordinados y no pueden refugiarse en la incapacidad para asegurar que ello se respeta.

El concepto de práctica es de importancia particular para el funcionamiento de la regla de agotamiento de los recursos domésticos [...] en principio, la regla no se aplica cuando el Estado solicitante se queja de una práctica como tal, con el objetivo de evitar su continuación o recurrencia, pero no solicita al [...] Tribunal que adopte una decisión sobre cada uno de los casos presentados como prueba o ilustración de esa práctica”.

- 5.- Parece que los recursos existentes en el ámbito del Derecho comunitario han de considerarse como recursos domésticos o estatales a efectos de la subsidiariedad (Ehlers, 2003, 43).
- 6.- Han de tenerse igualmente en cuenta algunas de las consideraciones vertidas con relación al plazo para el planteamiento del amparo intereuropeo.
- 7.- Procedimentalmente, el TEDH examina de oficio el cumplimiento de este requisito que hemos llamado de la

“subsidiariedad formal” *antes* de dar traslado de la demanda al Estado demandado, correspondiendo entonces la carga de la prueba del agotamiento de los recursos internos efectivos al demandante de amparo, sin que quepa alegar razones personales como ignorancia del Derecho, deficiente asesoramiento jurídico, etc y debiendo atenderse por lo general al momento de presentación del recurso para comprobar si había o no recursos efectivos (hay casos excepcionales, especialmente para evitar una sobrecarga todavía mayor del TEDH: por ejemplo, la exigencia de hacer uso de la Ley Pinto, en Italia, para exigir indemnización por dilaciones procesales indebidas, masivas en el país transalpino, incluso si la ley es posterior al planteamiento de la demanda en Estrasburgo). *Una vez verificado el traslado* de la demanda al Estado demandado, este puede alegar la inobservancia de este requisito, pero entonces es él quien tiene la carga de la prueba al respecto, debiendo demostrar que había recursos internos efectivos y no puramente teóricos o inefectivos y que el demandante de amparo no los empleó; pero si el Estado demandado no lo alega en su toma de postura respecto de la admisibilidad, se entiende que consiente (“estoppel”) (Grabenwarter, 2005, 60).

**b) Subsidiariedad material u horizontal**

Entendemos aquí por subsidiariedad material la que se deriva de la exigencia de haber alegado los derechos fundamentales ante las instancias nacionales para poder acudir en amparo ante el TEDH. Esta exigencia hace referencia también a la subsidiariedad en la medida en que se entienda que, por más que *formalmente* se hayan empleado todos los recursos internos correspondientes, si en esas instancias nacionales (o, al menos, en la suprema) no se ha alegado el derecho fundamental cuya violación pretende denunciarse, lo cierto es que no se ha dado al Estado la oportunidad, materialmente hablando, de corregir o

subsanan esa pretendida lesión a un derecho fundamental, pues este ni siquiera se ha alegado.

Sobre esta exigencia, pueden destacarse los siguientes aspectos básicos, siguiendo a Grabenwarter (2005, 66-67):

- A.- La alegación previa que se exige es una sustantiva. No se exige en ningún caso que se haya citado un artículo de la CEDH ni esta siquiera en su globalidad, sino que basta con que el demandante de amparo haya citado ante las instancias nacionales otras normas (nacionales, normalmente) protectoras de algún derecho fundamental *equivalente grosso modo* a alguno de los derechos garantizados por el CEDH, aunque a falta de otro fundamento en el ordenamiento interno, se exigirá la alegación ante las instancias nacionales de preceptos del CEDH.
  - B.- Por lo general, basta si se cumple con este requisito ante la instancia nacional última, si esta tiene competencia para juzgar sobre el objeto del amparo y la pretendida violación de derechos del CEDH.
  - C.- El solicitante de amparo deberá haber respetado las normas procesales nacionales correspondientes, de manera que si no ha planteado el recurso en forma, desaprovecha plazos de interposición o fundamentación, deja de abonar anticipos de costas exigidos conforme a Derecho, o no cumple otros requisitos formales, y sus recursos son desestimados, no se habrá respetado el requisito de la subsidiariedad horizontal o material, aunque ello es distinto si tales requisitos se aplican de modo abusivo en contra del ahora demandante de amparo ante el TEDH. Pero si, pese a la inobservancia de requisitos formales, el tribunal nacional conoce del asunto, no podrá aducirse el no agotamiento de los recursos internos (STEDH de 9 de julio de 1988, caso “Huber”).
- 4.- Extemporaneidad del amparo

Como hemos visto al hablar del plazo de ejercicio de la acción, este es de seis meses. Si este plazo no se cumple, la demanda de amparo debe ser inadmitida de oficio, sin que haya límite temporal alguno para ello (debe inadmitirse inicialmente, pero si no lo fuera, puede serlo en cualquier momento hasta la sentencia), y ello incluso aunque el Estado demandado no lo exija o esté dispuesto a admitir una demanda fuera de plazo. No entran aquí en juego criterios de justicia material a fin de modular los efectos de este plazo establecido en aras de la seguridad jurídica, que, una vez transcurrido el plazo, prevalece frente a cualquier consideración de justicia material. El TEDH, como se ha dicho ya, es, sin embargo, relativamente flexible y no plantea formalismos enervantes. Por lo demás, remitimos a lo dicho al hablar del plazo de ejercicio de la acción de amparo.

## **XII.- Presupuestos materiales de admisibilidad**

El artículo 35 CEDH preceptúa:

- “1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de 6 meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva.
2. El Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del art. 34, cuando:
  - a) Sea anónima, o
  - b) Sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo, y no contenga hechos nuevos.
3. El Tribunal considerará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en aplicación del art. 34, cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva.

4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibles en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento”.

**1.- Incompatibilidad del amparo con el Convenio. Jurisdicción y competencia**

El artículo 35, 3 CEDH establece que “el Tribunal considerará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en aplicación del art. 34, cuando la estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos”. Con ello, se hace referencia a los límites competenciales de la actuación del TEDH. En este sentido, suele diferenciarse entre una incompatibilidad personal o *ratione personae*, otra local o *ratione loci*, otra temporal o *ratione temporis*, y otra material o *ratione materiae*.

**a) Ratione personae**

Esta causa de incompatibilidad concurre cuando el solicitante de amparo:

- Carece de legitimación activa, que la tienen todas las personas físicas y jurídicas, y organizaciones no gubernamentales en el sentido más amplio que se hallen sujetas a la jurisdicción de un Estado parte, cualquiera que sea su nacionalidad o situación regular o irregular en el territorio.
- No tiene capacidad para ser parte.
- No tiene capacidad procesal.
- No tiene la condición de víctima.

También será incompatible con el Convenio la demanda cuando se dirija contra quien:

- Es un Estado que no es Parte en el CEDH o en el Protocolo alegado.
- Es otro sujeto de Derecho que no es parte del CEDH (por ejemplo, una organización internacional, incluida la Unión

Europea, como hemos visto ya). El todavía no vigente Tratado por el que se establece una Constitución para Europa prevé la adhesión de la Unión Europea al CEDH (y también la prevé el Protocolo núm. 14, de 13 de mayo de 2004, que no ha sido firmado por España todavía, ni ha entrado en vigor en ningún país), pero hoy por hoy esto no es así, y la Unión Europea como tal excede de la jurisdicción del TEDH, aunque está por aclarar todavía si el TEDH puede llegar a pronunciarse sobre actos de la Unión Europea como tal por la vía de demandar a todos los Estados miembros de la misma. Desde luego, lo que la jurisprudencia del TEDH admite claramente es el control de los actos de los Estados parte realizados en ejecución del Derecho de la Unión Europea, pues los Estados parte siguen estando vinculados por el CEDH incluso cuando actúan en virtud de las obligaciones asumidas mediante tratados internacionales o de su pertenencia a organizaciones supranacionales, incluso si meramente ejecutan un Derecho que no les resulta disponible, pues en cualquier caso serán responsables por haber firmado dichos tratados internacionales o haber entrado a formar parte de dichas organizaciones supranacionales, lo que basta para que puedan ser demandados incluso cuando actúan en este ámbito (STEDH de 18 de febrero de 1999, caso “Matthews c. Reino Unido”).

No es un Estado a quien pueda imputarse la conducta frente a la que se eleva el amparo.

**b) *Ratione loci***

Como dice la STEDH de 8 de abril de 2004 (caso “Assanidze c. Georgia”, §127), a partir del artículo 1 CEDH (que dice que las Partes Contratantes protegerán los derechos y libertades de todos dentro de su jurisdicción) se desprende la responsabilidad del Estado por cualquier infracción de los derechos y libertades de cualquier persona, cometida dentro de su jurisdicción. Y el concepto de jurisdicción en el sentido del artículo 1, dice el TEDH,

como regla general, es esencialmente territorial (STEDH de 12 de diciembre de 2001, caso "Bankovic", §§54 y ss): comprende todos los territorios del Estado parte, dentro o fuera de Europa.

Sólo en algunos casos excepcionales, la jurisdicción se asume en base a factores no territoriales, como actos de autoridad pública realizados en el extranjero por representantes diplomáticos y consulares del estado, actividades criminales de individuos en el extranjero en contra de los intereses del Estado o de sus nacionales, y crímenes internacionales particularmente graves (jurisdicción universal).

También hay que precisar que, además del territorio del Estado propiamente dicho, la jurisdicción territorial se extiende a cualquier zona que se encuentre bajo el control (militar) meramente de hecho del Estado, como territorios ocupados (doctrina de los asuntos "Chipre c. Turquía" o "Loizidu c. Turquía"). Así, en el caso Louizidou, el TEDH consideró aplicables los derechos fundamentales del CEDH en el territorio del norte de Chipre ocupado por Turquía desde 1974, y declarado como República Turca de Chipre del Norte (sólo reconocida por Turquía), pues tal territorio había de considerarse bajo la "jurisdicción" de Turquía, ya que este país "como consecuencia de una acción militar, legal o ilegal, ejerce control efectivo de un área fuera de su territorio nacional", lo que conlleva su obligación de asegurar en dicho territorio el respeto a los derechos del CEDH, y ello con independencia de si dicho control es "ejercido directamente a través de sus Fuerzas Armadas, o a través de una Administración local subordinada": STEDH de 23 de marzo de 1995 (caso Loizidou), §62. Además, el artículo 56 CEDH, y disposiciones concordantes de los distintos Protocolos, permiten a los Estados-parte extender la aplicación del Convenio a ámbitos espaciales de cuyas relaciones internacionales sean responsables (la llamada "cláusula colonial"), pero si no lo hacen así, en tales territorios no será de aplicación el CEDH y habrá una incompatibilidad *ratione loci* con el CEDH o sus Protocolos en el caso de las demandas presentadas.

Y, en fin, ciertos derechos fundamentales pueden conllevar un deber de protección para el Estado que exija de éste velar por la observancia de aquellos por parte de terceros Estados y en el territorio de éstos en la medida en que ello pueda depender de su propia actuación. Es el llamado efecto extraterritorial (por antonomasia) de los derechos fundamentales del CEDH. Así, un Estado-parte incurre en responsabilidad conforme a la CEDH si, como consecuencia directa de su actuación, expone a una persona a la probabilidad de tortura, pena o trato inhumano o degradante “fuera de su jurisdicción” (la extradición a un país con probabilidad de ser condenado a la pena de muerte y una larga espera en el “pabellón de la muerte”<sup>6</sup>; la extradición a un país en situación de guerra civil<sup>7</sup>; o la deportación al país de origen, tras el cumplimiento de una condena, de una persona enferma de S.I.D.A. cuando en dicho país no iba a poder seguir siendo tratado adecuadamente de su enfermedad<sup>8</sup>).

### c) *Ratione temporis*

La jurisdicción temporal del TEDH tiene como límite la fecha del depósito del instrumento de ratificación del CEDH o sus Protocolos (salvo para los diez primeros Estados firmantes, para los que entró en vigor al ratificar el Convenio el décimo, el 3 de septiembre de 1953), por lo que el CEDH no tiene ningún efecto retroactivo, aunque el TEDH tiene aquí una interpretación bastante restrictiva a la hora de entender la irretroactividad del CEDH, por lo que no se aprecia que haya incompatibilidad *ratione temporis*, por ejemplo, en el caso de las “violaciones continuadas” de un derecho del Convenio o sus Protocolos (que tuvieron su inicio antes de la entrada en vigor en el Estado correspondiente del Convenio o sus Protocolos, pero que siguen produciendo efectos

---

6 STEDH de 7 de julio de 1989 (caso *Soering*), §91.

7 STEDH de 17 de diciembre de 1996 (caso *Ahmed c/ Austria*), §

8 STEDH de 2 de mayo de 1997 (caso *D c/ Reino Unido*), §54. Véase, no obstante, STEDH de 6 de febrero de 2001 (caso *Bensaid c/ Reino Unido*), §

tras su vigencia), si bien el Tribunal limita su enjuiciamiento a los momentos posteriores a la vigencia del CEDH o sus Protocolos en el correspondiente Estado, pero si la decisión se adopta en un proceso judicial tras la entrada en vigor del CEDH o sus Protocolos, el TEDH enjuiciará todo el proceso que condujo a esa decisión judicial<sup>9</sup>. En todo caso, habrá incompatibilidad *ratione temporis* también incluso cuando se trate de actos instantáneos (y no continuos) anteriores a la entrada en vigor pero que sigan produciendo efectos tras la entrada en vigor, salvo que dichos actos anteriores a la entrada en vigor del CEDH o sus Protocolos hayan sido confirmados o aprobados una vez que dicha entrada en vigor ya se ha producido.

Además, también hay incompatibilidad con el CEDH o sus Protocolos *ratione temporis* cuando la demanda se refiera a hechos realizados durante un período de suspensión de la vigencia del CEDH, conforme a su artículo 15 y a los límites allí establecidos, que el TEDH ha interpretado muy rigurosamente.

También se dará la incompatibilidad *ratione temporis* en caso de hechos posteriores a la denuncia del CEDH por el Estado parte o en caso de expulsión, todo ello en las condiciones previstas por el propio CEDH (artículos 58 y 42,2).

*d) Ratione materiae*

El TEDH sólo tiene jurisdicción en tanto que esté en juego algún derecho fundamental garantizado por el CEDH o sus Protocolos y sólo en la medida en que el Estado parte en cuestión haya

---

9 STEDH de 25 de noviembre de 1997 (caso *Zana contra Turquía*), §42 caso en el que el TEDH consideró que tenía competencia *ratione temporis*, pues si bien la condena penal del demandante de amparo se refería a hechos anteriores a la entrada en vigor del CEDH para Turquía como Estado demandado, en realidad el “hecho principal” sometido al TEDH se refería a la condena penal en sí misma (por tales hechos), que era posterior a la entrada en vigor del CEDH en Turquía y que fue la que constituyó una “interferencia” respecto de su libertad de expresión, aparte de la vulneración del derecho a un proceso justo en dicho proceso judicial.

ratificado dicho Protocolo (y no se aplique alguna reserva válida) y ese Protocolo, además, haya entrado en vigor. Para determinar si está en juego o no el derecho fundamental alegado por la parte, habrá que estar a la interpretación del TEDH sobre su ámbito normativo de protección, aunque la inadmisión sólo se dará en casos claros, ya que en otro caso se entrará a conocer del fondo y se resolverá ya en una sentencia sobre el fondo.

## **2.- Falta evidente de fundamentación del amparo**

El artículo 35, 3 CEDH también establece que “el Tribunal considerará inadmisibile cualquier demanda individual presentada en aplicación del art. 34, cuando la estime [...] manifiestamente mal fundada”.

Esta causa de inadmisión, que afecta ya al fondo del asunto, es la que permite al TEDH filtrar el mayor número de asuntos. Precisamente porque se trata de un motivo de inadmisión de fondo, en buena técnica nos parece que debería examinarse sólo una vez que se concluya que los demás presupuestos de admisibilidad se han cumplido, pero lo cierto es que la indubitada praxis del TEDH emplea a este presupuesto de admisibilidad como filtro no sólo más importante, sino también como un filtro previo a otros de carácter procesal.

La “evidencia” de la falta de fundamentación, por otro lado, no hay que entenderla en el sentido de que salte a la vista que la demanda de amparo carece de fundamentación, sino que muchas veces puede ser necesario un examen en profundidad, incluso eventualmente una audiencia a las partes; lo decisivo es que, finalmente, el TEDH considere que la demanda es claramente infundada y que no plantea cuestiones importantes de naturaleza jurídica o fáctica. El Tribunal, con frecuencia, recurre a una “fórmula global” para considerar evidentemente infundadas las demandas de amparo, lo que inicialmente se aplicaba a los amparos “confusos”, pero luego se extendió a otros claramente planteados (Grabenwarter, 2005, 76).

Por ejemplo, es frecuente que el Tribunal inadmita por evidentemente infundadas demandas por violación del derecho a no sufrir torturas o penas o tratos inhumanos o degradantes en tanto que considere que, incluso si se dieran por ciertos los hechos en que se basa el demandante, no habría, en ningún caso, uno de los tratos prohibidos mencionados (Jacobs & White, 2002, 413).

### **3.- Anonimato del amparo**

Dice el artículo 35, 2, a) CEDH que “el Tribunal no admitirá ninguna demanda individual entablada en aplicación del art. 34, cuando: a) Sea anónima ...”. Ello no permite inadmitir una demanda en la que no se identifique al demandante, sino sólo aquella en que este no sea identificable. También se inadmiten por este motivo las demandas de personas jurídicas que hacen valer los derechos del Convenio de sus miembros sin dar la identidad de estos, sino sólo la de la persona jurídica.

No obstante, el artículo 47,3 RTEDH prevé la posibilidad, como una excepción a la regla general de publicidad de los procedimientos, de que el Presidente de la Sala pueda autorizar el anonimato de un demandante en “casos excepcionales y debidamente justificados”, cuando aquel lo solicite mediante escrito, exponiendo las razones para ello.

### **4.- Cosa juzgada**

Otro motivo de inadmisión de la demanda de amparo ante el TEDH viene constituida por la existencia de la cosa juzgada en el sentido del artículo 35, 2, b) CEDH, es decir, cuando la demanda presentada “sea esencialmente la misma que una demanda examinada anteriormente por el Tribunal”. Lógicamente, para apreciar la concurrencia de cosa juzgada a tales efectos, debe existir identidad de recurrentes o demandantes, identidad de materia e identidad de causa entre la demanda que se presenta y otra ya examinada anteriormente por el TEDH.

Ello será distinto cuando existan nuevos hechos *relevantes* (por ejemplo, el agotamiento efectivo de los recursos internos, si el amparo se rechazó por no darse este requisito). Sea como sea, hay que distinguir estos casos, que se plantean nuevamente al TEDH sobre la base de nuevos hechos relevantes, de los casos en que es procedente la revisión del proceso (Grabewarther, 2005, 77), como luego se verá.

## 5.- Litispendencia

También se prevé la inadmisión de la demanda cuando esta “sea esencialmente la misma que una [...] ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo”. Al respecto, deben destacarse varios aspectos:

- El asunto ha de ser esencialmente el mismo (STEDH de 3 de octubre de 2002, caso “Smirnova c. Rusia”). También aquí debe existir la triple identidad de solicitante de amparo, hechos y causa del amparo. El examen no ha de ser una mera verificación formal, sino que se extiende, cuando sea oportuno, a determinar si la naturaleza del órgano supervisor (su independencia e imparcialidad, sobre todo), el procedimiento que sigue y el efecto de sus decisiones son tales que se produce la exclusión de jurisdicción del TEDH prevista en el artículo 35, 2, b) CEDH (Opinión Consultiva del TEDH, de 2 de junio de 2004, §31). Si se planteó una queja previamente a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, pero sobre un asunto diverso al que se eleva al TEDH, no es de aplicación esta causa (STEDH de 28 de mayo de 1997, caso “Pauger v. Austria”).
- La referencia a “otra instancia internacional de investigación o de arreglo” ha de entenderse referida, sobre todo, a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas como órgano de control del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecido mediante un Protocolo facultativo, al que puede ser más ventajoso recurrir en cier-

tos casos (por lo pronto, no hay plazo; y además, es posible acudir a la Comisión tras una sentencia desfavorable del TEDH, no a la inversa). El TEDH no puede pronunciarse por la vía de una Opinión Consultiva sobre la cuestión de si un determinado organismo es o no “otra instancia internacional” a los efectos del artículo 35,2, b) CEDH, pues ello sólo puede hacerlo en el contexto de una demanda individual de amparo (Opinión Consultiva del TEDH, de 2 de junio de 2004).

- Sea como sea, si esencialmente el mismo asunto se ha planteado por el mismo demandante ante esta Comisión u otro organismo internacional similar (como los órganos de control de la O.I.T.: STEDH de 12 de octubre de 1992, caso “Cereceda c. España”; parece, en cambio, que no ha de ser así en caso de acudir al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), no es posible ya acudir en amparo ante el TEDH.
- En realidad, el motivo de inadmisión se refiere tanto a la litispendencia ante otra instancia internacional de investigación o de arreglo, como a la cosa juzgada en dicha instancia. Es decir, el motivo de inadmisión alegado también cubre a los supuestos en que no sólo se ha sometido esencialmente la misma demanda a una instancia tal, sino que además dicha instancia ya se ha pronunciado (Decisión de la Comisión Europea de Derechos del Hombre en el caso “Calcerrada Forniellas y Cabeza Mato c. España”, de 6 de julio de 1992).
- Recuérdese que el solicitante de amparo viene obligado a indicar en la demanda si ha “sometido sus quejas a cualquier otro procedimiento internacional de investigación internacional o acuerdo”.
- Para que no se dé este motivo de inadmisión, si se ha planteado, en efecto, esencialmente la misma demanda ante otro órgano internacional en el sentido del artículo 35, 2, b), sería preciso que el demandante de amparo retirara el

asunto sometido a dicho órgano (antes de que el TEDH decida sobre la admisión), sin que baste la mera suspensión o sobreseimiento provisional (Decisión de la Comisión Europea de Derechos del Hombre en el caso “Calcerrada Forniellas y Cabeza Mato c. España”, de 6 de julio de 1992), pues se requiere una retirada definitiva.

- No obstante, parece que el CEDH nada opone a que, una vez que el TEDH haya sentenciado, pueda acudirse por el individuo afectado insatisfecho a otra institución internacional en el sentido del artículo 35, 2, b) CEDH. Así parece posible en el caso de la Comisión del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues su Protocolo facultativo, de un lado, no establece plazo para plantear un asunto ante dicha Comisión y, de otro lado, sólo prevé como causa de inadmisión que el asunto “is not being examined under another procedure of international investigation or settlement” (la traducción oficial española, lamentablemente, nos parece que pierde el importante matiz del presente continuo de la versión oficial inglesa: “El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales”).
- También esta causa de inadmisión conoce una excepción para el caso de que la nueva demanda “contenga nuevos hechos”, siempre, claro está, que se trate de hechos *suficientemente relevantes* como para afectar a la solución de fondo.

## 6.- Abuso del proceso de amparo

El artículo 35, 3 CEDH preceptúa que “el Tribunal considerará inadmisibles cualquier demanda individual presentada en aplicación del art. 34, cuando la estime [...] abusiva”.

En general, puede decirse que, aunque formalmente estamos ante un motivo autónomo de inadmisión, en la práctica el “abuso” está comprendido ya en las causas anteriores y sólo excepcionalmente se aplica esta causa de inadmitir cuando se trata

de desaprobación de manera especial el comportamiento procesal del demandante de amparo o de muchos de ellos en serie, creando una carga de trabajo totalmente innecesaria al Tribunal mediante demandas por completo insensuadas que obstaculizan gratuitamente su importante labor. El TEDH interpreta, así, de manera especialmente restrictiva este motivo de inadmisión. Por poner un ejemplo, puede señalarse que el TEDH ha dicho que el mero anuncio por parte de los demandantes de su intención de acudir al “Tribunal de Estrasburgo”, tras formular el juramento sobre los Evangelios que combaten ante el TEDH, no podía considerarse un abuso del derecho de petición individual (STEDH de 18 de febrero de 1999, caso “Buscarini y otros c. San Marino”).

Se distingue también entre el abuso formal, que se derivaría de una actuación del solicitante de amparo, y el abuso material, que haría referencia más al fin de la demanda individual de amparo que al comportamiento del demandante (Grabewarter, 2005, 79).

Desde otro punto de vista, se considera que las demandas podrán ser abusivas por su contenido o por su finalidad, entendiendo que son abusivas las demandas cuya finalidad real parece ser, más bien, la propaganda política, la difamación o la calumnia, pero también las que sean absurdas o las que aportan de manera premeditada información insuficiente con la finalidad de confundir al Tribunal (Queralt Jiménez, 2003, 315).

### **XIII.- Procedimiento**

#### **1.- Fase instructora**

La instrucción sólo puede originarse por medio de una carta, no a través de otros medios (correo-e, fax, verbalmente en persona, etc).

Puede presentarse ya una demanda directamente o simplemente manifestarse mediante escrito la voluntad de presentarla (y se considera presentada, a efectos de plazo, en tal fecha, por

regla general), con la firma del solicitante o su representante en todo caso.

- a) Si no se presenta la demanda sino que sólo se anticipa la voluntad de presentarla, la Secretaría le enviará un formulario de demanda a rellenar. Este formulario deberá:
- Hacer un breve resumen de los hechos de los que va a quejarse, así como de sus agravios en sí.
  - Indicar los derechos garantizados por el Convenio que, a su juicio, hayan sido violados.
  - Exponer las vías de recurso que ha ejercitado.
  - Enumerar las resoluciones relativas al caso haciendo constar la fecha de cada una, el tribunal o autoridad que la dictó y una breve exposición de su contenido. Debe adjuntarse al escrito una copia completa de dichas resoluciones.
  - Estar firmado por el demandante o por su representante.
- b) Si se presenta directamente la demanda ante la Secretaría del Tribunal expresando la queja, o en su caso una vez que se remite el formulario correspondiente, la demanda se registra con el nombre del solicitante de amparo y se le da un número y se adjudica a un Letrado originario del Estado contra el que se reclama, quien asesorará a las partes, aunque guardando la debida imparcialidad y servirá de enlace con el Tribunal. En general, un elevadísimo porcentaje de los reclamantes deciden no continuar con su reclamación ante las advertencias, no vinculantes, de los Letrados de que no cumplen algún requisito básico de admisión. El Letrado reclamará, en su caso, al solicitante que aporte más información y copias de los documentos y de las sentencias judiciales que sean de relevancia para el asunto planteado y también puede pedirle explicaciones suplementarias

El reclamante puede emplear en sus tratos con el Tribunal, *hasta que se decida sobre la admisión de su asunto* y sólo hasta enton-

ces, no sólo las lenguas oficiales ante el Tribunal (inglés y francés), sino cualquier lengua oficial de los Estados parte (art. 34 RTEDH); y no tiene que estar necesariamente representado por abogado, por lo general, hasta que se notifica la demanda al Estado demandado (a partir de ahí, sí, en los términos que veremos, y ello para evitarle una indefensión).

También es posible solicitar el anonimato en casos excepcionales, como luego diremos.

Si el demandante desea presentarse ante el Tribunal a través de abogado u otro representante, deberá unir a la demanda un poder a su favor. El representante de una persona jurídica (sociedad, asociación, etc.) o de un grupo de personas debe justificar su derecho estatutario o legal de representación, en cualquier caso. Para el depósito de la queja inicial, su representante eventual no debe ser necesariamente un abogado, pero para las posteriores fases del proceso el representante del demandante sí deberá ser, excepto que medie una dispensa especial, un abogado habilitado para ejercer como tal en un Estado que haya ratificado el Convenio. Además, este abogado deberá tener conocimiento, al menos de forma pasiva, de alguno de los idiomas oficiales del Tribunal (inglés y francés).

## **2.- Fase de admisión**

Frente a otros sistemas posibles de selección más o menos discrecional o arbitraria, el sistema europeo procura ser un sistema efectivo y selectivo pero con arreglo a criterios de justicia material en el caso concreto, y no sólo en atención a los criterios objetivos (que hoy algunos defienden, con carácter exclusivo, para los tribunales constitucionales). Ello responde, sin duda, al atinado entendimiento de que la faceta subjetiva de los derechos fundamentales sigue siendo, indudablemente, la más importante, y la objetiva es (sólo) un complemento o suplemento de aquella, no su sustituto.

Los motivos de inadmisión han sido ya estudiados. Se contienen en los artículos 34 y 35 CEDH. Ahora veremos el

modo o procedimiento a través del que se examina si dichos requisitos de admisibilidad se observan o no en cada caso. Este examen puede corresponder a un Comité, si así lo ha determinado el ponente.

Cada demanda se asigna a una Sección por el Presidente del Tribunal, procurándose el equilibrio en el reparto; y en casos excepcionales de urgencia, el Presidente del Tribunal puede autorizar que se notifique urgentemente al Estado demandado la presentación de la demanda (art. 40 RTEDH). El Presidente de la Sección nombra a un Juez ponente. El ponente tiene facultades para requerir a las partes para que aporten material y para decidir si la demanda debe ser estudiada por un Comité o por una Sala, salvo que el Presidente de la Sección acuerde que el conocimiento corresponda a una Sala. El ponente realizará los informes, borradores y otros documentos que puedan ayudar a la Sala o a su Presidente en la ejecución de sus funciones (con relación al caso *sub judice*) (artículo 49 RTEDH).

Una vez que el material aportado por el solicitante es por sí solo suficiente para constatar que la demanda es inadmisibile o debe ser eliminada de la lista, concluida la instrucción por el juez ponente, este acordará que la demanda sea examinada por un Comité (salvo que haya alguna razón especial para lo contrario) o por una Sala:

- a) El Comité de 3 jueces puede inadmitir a trámite una demanda o excluirla de la lista de casos del Tribunal cuando pueda adoptarse tal resolución *sin tener que proceder a un examen complementario* y siempre que la decisión se adopte *por unanimidad*. Su decisión es, entonces, *irrecurrible* (art. 28 CEDH). A la parte sólo se le notifica, por carta, la inadmisión y una indicación del motivo (incumplimiento del plazo de seis meses o no agotamiento de los recursos internos, por ejemplo), sin posibilidad de aclaraciones ulteriores por los Letrados. Es el filtro principal de las demandas ante el

TEDH, una vez que los recurrentes deciden continuar con el procedimiento.

- b) La Sala de 7 jueces, de la que será miembro de pleno derecho el Juez elegido en representación del Estado demandado o parte en el litigio (art. 27, 2 CEDH) y estará presidida por el Presidente de la Sección, conoce de los asuntos que le son atribuidos por los jueces ponentes por considerar que no es claro ya *prima facie* que la demanda debe ser inadmisible y también de las demandas que los Comités no declaran inadmisibles. Al respecto, pueden destacarse estos aspectos:
- La Sala, en primer lugar, puede no admitir la demanda o expulsarla de la lista de casos del Tribunal, aunque raramente hará esto de inmediato, sino que hará uso de sus facultades de requerir a las partes para que aporten información suplementaria o para que hagan observaciones (art. 54 RTEDH); o incluso puede convocar a las partes a una audiencia para luego decidir, en cuyo caso se discutirá tanto sobre la admisión como sobre el fondo salvo que la Sala decida, excepcionalmente, otra cosa (art. 54 RTEDH).
  - La Sala conoce de los asuntos por el orden en que estén preparados para su examen, salvo que se de "prioridad" a alguna demanda en particular (art. 41 RTEDH).
  - Si, en cambio, la decisión es de admisión a trámite de la demanda de amparo, se adoptará una resolución breve con un resumen de los hechos y las alegaciones de las partes y una fundamentación concisa, debiendo hacerse constar si se adopta por unanimidad o mayoría. Esta resolución será notificada a las partes.
  - Las decisiones se adoptan por *mayoría*.
  - A continuación de adoptar una resolución sobre la admisibilidad, y lógicamente sólo en caso de admitir la demanda a trámite, decidirá sobre el fondo del asunto.

- No obstante, en el caso de las Salas (no de los Comités), se prevé también la posibilidad de que decida simultáneamente sobre la admisión y sobre el fondo, pero ello ha de ser algo excepcional: “Salvo decisión en contrario del Tribunal en casos excepcionales, la resolución acerca de la admisibilidad se toma por separado” (art. 29, 3 CEDH y art. 54A RTEDH).
- La Sala podrá, en todo momento hasta que dicte sentencia, inhibirse en favor de la Gran Sala, salvo que una de las partes se oponga a ello y siempre que el asunto pendiente ante una Sala plantee una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, o cuando la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal (art. 30 CEDH).

### 3.- Medidas cautelares

En principio, el CEDH no contiene ninguna previsión respecto de la adopción de medidas cautelares por parte del TEDH, algo que choca con la afirmación de la jurisprudencia de Estrasburgo de que los derechos que protege el Convenio son derechos efectivos y reales y no teóricos e ilusorios, pues el TEDH suele tardar años en resolver los amparos de que conoce, lo que malamente se cohonestaba con la afirmación anterior si no existe la posibilidad de medidas cautelares.

Esto es así en gran medida. La única quiebra a lo anterior viene constituida por lo que establece el artículo 39 RTEDH, que, sin embargo, el TEDH ha interpretado con extrema prudencia y, hasta hace poco, incluso de un modo bastante timorato.

Debe aclararse que el TEDH, como también la Comisión Europea de Derechos Humanos, pese a la falta de toda previsión de medidas cautelares en el texto del CEDH, incluyeron una disposición (art. 36) ya en sus antiguos Reglamentos en la que se establecía, con toda prudencia, la posibilidad de adoptar medidas

cautelares por el Tribunal en una forma idéntica a la que hoy prevé el Reglamento en su artículo 39 (antes del Protocolo núm. 11, artículo 36). Es más, hubo una práctica de la Comisión ya antes incluso de entrar en vigor el Reglamento citado de solicitar la adopción de medidas cautelares, y los Estados parte en general cumplían dichas medidas cautelares *sugeridas*, e incluso alguno de ellos (Alemania) llegó a suspender la eficacia del acto combatido *motu proprio*, sin que nadie se lo solicitara, algo que, en realidad, parece estar en la lógica misma del Convenio y de toda actividad jurisdiccional de revisión de actuaciones .

El actual artículo 39 RTEDH establece que “la Sala o, cuando sea conveniente, su Presidente, pueden, a requerimiento de una parte o de cualquier otra persona interesada o de oficio, indicar a las partes cualquier medida cautelar que consideren que debe adoptarse en interés de las partes o del adecuado desarrollo de los procesos ante el Tribunal”. Estas medidas cautelares se notificarán al Comité de Ministros del Consejo de Europa (que es el órgano encargado de la ejecución de las sentencias del TEDH, y a quien se encomienda que vigile el cumplimiento de las medidas cautelares adoptadas) y la Sala “puede requerir información de las partes sobre cualquier materia conectada con la aplicación de cualquier medida cautelar que haya indicado”. Se prevé su adopción *inaudita parte* con carácter excepcional por el Presidente. Este artículo merece varias aclaraciones:

- a) En primer lugar, el TEDH decide con soberana autonomía en qué casos procede emplear la facultad de medidas cautelares que prevé dicho artículo, sin que haya un derecho del solicitante de amparo al respecto. La práctica del TEDH ha sido la de utilizar muy restrictiva y excepcionalmente esta posibilidad, de un modo bastante temeroso y prudente, lo que en la práctica ha hecho en no pocas ocasiones que se protejan derechos puramente ilusorios, en contra de las afirmaciones de su jurisprudencia.

- b) En segundo lugar, el artículo sólo prevé que, cuando el TEDH decida con carácter totalmente excepcional hacer uso de esta facultad, se “indique” a los Estados parte la medida cautelar que se considera oportuna. Aquí se plantea el carácter vinculante u obligatorio de dicha “indicación” para los Estados parte. Aunque en principio parece que, al no estar incluida esta facultad del Tribunal en el texto del CEDH o sus Protocolos, no puede considerarse que los Estados estén obligados a adoptar la medida cautelar que se “indica” por el TEDH, se cuestionó si los Estados no habrían de estar obligados a ello en virtud del artículo 25,1 (actualmente, art. 34) CEDH, que dispone que los Estados parte en el CEDH no pondrán traba o estorbo alguno al “ejercicio eficaz” de los derechos del CEDH. El asunto teórico aquí examinado se suscitó en términos ya más dramáticos en el asunto “Cruz Varas c. Suecia”, y allí la Comisión Europea de Derechos Humanos consideró, en efecto, que un Estado parte que no acataba la medida cautelar indicada por la Comisión vulneraba el artículo 25,1 (actualmente, art. 34) CEDH o que al menos así había sido en el caso en cuestión. Elevado el asunto ante el TEDH, este, sin embargo, llegó, inicialmente, por estrechísima mayoría de 9 a 8, a la solución contraria y entendió, en suma, que las medidas cautelares “indicadas” por la Comisión no tenían carácter vinculante para el Estado parte, puesto que esa facultad del Tribunal no era un derecho material, sino una garantía procedimental que no estaba incluida en el texto del CEDH o sus Protocolos, de manera que, a la postre, su cumplimiento quedaba subordinado a la “buena fe” de los Estados-parte, sin que la práctica consolidada de que todos los Estados-parte en general cumplieran dichas medidas cautelares pueda considerarse que dotaba de carácter vinculante a las mismas<sup>10</sup>.

---

10 STEDH de 20 de marzo de 1991 (caso “Cruz Varas y otros c. Suecia”).

Los hechos fueron los siguientes: El 21 de abril de 1988 la Oficina Nacional de Inmigración de Suecia decidió no conceder a la familia Cruz Varas (compuesta de marido, esposa e hijo), de nacionalidad chilena, el estatuto de refugiado, resolviendo su expulsión a Chile. El asunto fue sometido a la jurisdicción gubernativa, pero se desestimó el recurso el 29 de septiembre de 1988. Posteriormente, el Sr. Cruz Varas acudió ante la Policía para declarar que durante su estancia en Suecia había estado trabajando para una organización que planeaba matar a Pinochet, y que no podía volver a Chile, por temor a sufrir persecución política; asimismo también aseguraba haber sido objeto de torturas en su país. La policía trasladó el expediente a la Oficina Nacional de Inmigración, expresando la opinión de que no debería existir ningún impedimento para la expulsión, pasando el asunto posteriormente al Ministerio de Trabajo. A pesar de que el Sr. Cruz Varas aportó dos certificados médicos en relación con sus alegaciones de tortura, el Ministerio de Trabajo decidió que no existía ningún impedimento para decretar la expulsión del Sr. Cruz Varas y su familia. El 6 de octubre de 1989 a las 9,10 horas, el agente del Gobierno fue informado de que la Comisión Europea de Derechos Humanos había resuelto indicar al Gobierno que en interés de las partes y del normal desarrollo del procedimiento era deseable la no expulsión de la familia Cruz Varas a Chile, hasta que la propia Comisión no examinase el asunto. Sin embargo, el Sr. Cruz Varas fue expulsado de Suecia a las 16,40 horas de ese mismo día, permaneciendo desde ese día la Sra. Cruz Varas y su hijo en la clandestinidad en territorio sueco.

La demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos fue presentada el 5 de octubre de 1989. Los demandantes alegaban que la expulsión del Sr. Cruz Varas violaba el art. 3 del Convenio, por exponer al mismo al riesgo de ser sometido a torturas por las autoridades chilenas, así como el art. 8, pues con la expulsión del Sr. Cruz Varas se estaba obligando a la familia a separarse. También se invocaban los arts. 6 y 13 del Convenio. En su informe de 7 de junio de 1990 y, tras intentarse sin éxito un acuer-

do amistoso entre las partes, la Comisión declaró que no existía infracción de los arts 3 y 8, pero que sí se había violado el art. 25.1 del Convenio (actualmente, art. 34) en relación con el art. 36, pues se había expulsado al Sr. Cruz Varas a pesar de que la Comisión había solicitado la no expulsión.

El asunto fue presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que en su sentencia de 20 de marzo de 1991 declaró que no se había infringido el art. 3, puesto que no existían elementos de prueba sustanciales que justificasen los temores del Sr. Cruz Varas de ser torturado en Chile; que no se había infringido el art. 8, pues no existía ningún impedimento para que el Sr. Cruz Varas, su esposa y su hijo prosiguieran su vida familiar en Chile; y que no existía tampoco una violación del art. 25.1 (actualmente, art. 34) en relación con el art. 36, pues el no respeto de la indicación por parte de la Comisión de no expulsar al Sr. Cruz Varas, no podía considerarse una violación del Convenio, ya que este mandato no podía estimarse como una medida provisional, ni podía deducirse del mismo un carácter vinculante. A la sentencia del Tribunal Europeo se añadieron la opinión disidente conjunta de ocho Magistrados, nada menos, los Sres. Cremona, Thór Vilhjálmsson, Walsh, Macdonald, Bernhardt, De Meyer, Martens, Foighel y Morenilla, que consideraban violado el art. 25.1 (actualmente, art. 34), por estimar incompatible con dicho artículo la expulsión del Sr. Cruz Varas a Chile, por ser obligación de los órganos del Convenio garantizar la eficacia de la protección de los individuos. Por otra parte, también se añadía la opinión disidente del Sr. Meyer por considerar violado el art. 3 del Convenio, puesto que la expulsión del Sr. Cruz Varas a Chile, suponía la exposición de este al riesgo de ser sometido a torturas.

Pero el TEDH ha dado recientemente un golpe de timón, largamente esperado, a su jurisprudencia, y ha terminado por reconocer el *carácter vinculante* de las medidas cautelares en el caso “Mamatkulov y Askarov c. Turquía”.<sup>11</sup> El TEDH entiende

---

11 STEDH de 4 de febrero de 2005 (caso “Mamatkulov y Askarov c. Tur-

que, al incumplir con las medidas indicadas por el TEDH en base al art. 39 RTEDH, el Gobierno demandado ha infringido el art. 34 CEDH y la obligación que recoge de no obstaculizar a los demandantes en el ejercicio de su derecho a presentar una demanda de forma individual.

El TEDH recuerda que ya había establecido con anterioridad que el derecho a interponer una demanda individual de acuerdo con el art. 34 es una de las garantías fundamentales de efectividad del sistema de protección de derechos humanos de la convención.

El fin y el objeto de la Convención como instrumento para la protección de los derechos humanos del individuo exige, a juicio del TEDH, que esta disposición se interprete y se aplique de manera que haga que sus salvaguardias sean efectivas y prácticas. Para ello, el TEDH concluye que la obligación del art. 34 *in fine*, exige que los Estados contratantes eviten el ejercicio no solamente de la presión sobre los demandantes, sino también de cualquier acto u omisión que, al destruir el objeto de la demanda, hiciera

---

quía”). En el mismo sentido, véase STEDH de 6 de febrero de 2003 (caso “Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquía”): la expulsión de los demandantes de amparo, dos ciudadanos de la República de Uzbekistán que fueron sometidos a un proceso de extradición en Turquía que implicó su retorno forzoso a su país de origen (son los mismos demandantes que en el caso anterior, en realidad), donde presuntamente fueron encarcelados por circunstancias no del todo esclarecidas, se produjo en contra de la solicitud de paralización de las actuaciones cursada por el propio Tribunal, lo que sí constituye una vulneración del derecho de demanda ante el TEDH de los afectados, habida cuenta de que no han tenido tiempo suficiente para probar sus alegaciones. En este sentido, el Tribunal considera que Turquía ha infringido el artículo 34 del Convenio Europeo, y declara, en contra de las pretensiones económicas de los demandantes, que el reconocimiento de la citada infracción constituye en sí mismo suficiente compensación para éstos.

que ésta resultara inútil. Respecto al art. 39 RTEDH, el Tribunal señala que solamente se decretan medidas provisionales en determinados ámbitos, de manera que, en la práctica, el TEDH aplica este artículo solamente si existe un riesgo inminente de daños irreparables. A pesar de que no hay ninguna disposición en la Convención relativa a los ámbitos en los que se aplica el art. 39 RTEDH, normalmente su aplicación tiene lugar en relación con los artículos 2, 3 y 8, que recogen respectivamente el derecho a la vida, la prohibición de torturas o tratos inhumanos, y el derecho al respeto de la vida privada y familiar, y la mayor parte de las medidas provisionales se refieren además a procesos de deportación y extradición. En casos como el presente, en los que existe un riesgo plausible de infringir los derechos de un demandante protegidos por la Convención, dice el Tribunal, el objeto de una medida provisional es mantener el *status quo* durante el periodo de tiempo que el TEDH tarda en determinar si dicha medida está justificada. Consecuentemente, la medida provisional facilita el ejercicio efectivo del derecho de petición individual del art. 34. En el presente caso, sigue diciendo el TEDH en su sentencia, la extradición de los demandantes a Uzbekistan disminuyó irreversiblemente el nivel de protección que el TEDH podía ofrecer a los demandantes de acuerdo con los artículos 2 y 3. Los demandantes fueron extraditados y, al perder el contacto con sus abogados, no tuvieron la oportunidad de reunir más pruebas en favor de sus alegaciones de acuerdo con el art. 3 y, como consecuencia de ello, el TEDH no ha podido valorar convenientemente si los demandantes estaban realmente expuestos a un riesgo real de ser sometidos a malos tratos, y tampoco ha podido asegurar la aplicación práctica y efectiva de las salvaguardias de la Convención, tal y como exigen el objeto y fin de la misma.

En cuanto a la alegación por el Gobierno demandado de la doctrina sentada por el Tribunal en el caso “Cruz Varas y otros c. Suecia” y la alegación complementaria de que los tribunales internacionales sólo ejercen los poderes que les dan los tratados internacionales y el CEDH no da al TEDH el poder de dictar me-

didadas cautelares vinculantes, el Tribunal abandona la doctrina anterior, que considera que se dictó respecto de la Comisión Europea de Derechos Humanos y no respecto de las medidas cautelares adoptadas por el propio TEDH y señala que, en virtud del art. 34 CEDH, los Estados contratantes quedan obligados a evitar todo acto u omisión que pueda obstaculizar el ejercicio efectivo del derecho individual a interponer una demanda. Si un Estado contratante incumple las medidas provisionales, impide al TEDH examinar la queja del demandante y al obstaculizar el ejercicio efectivo de su derecho, vulneraría el art. 34. El TEDH concluye, pues, que, al incumplir las medidas provisionales indicadas se acuerdo con el art. 39 del reglamento, Turquía vulneró sus obligaciones de acuerdo con el art. 34, rebajando irreversiblemente el grado de protección que el TEDH podía otorgar al solicitante de amparo en sus derechos.

En concreto, dice el Tribunal, que ya “ha considerado anteriormente si, a falta de una cláusula expresa en la Convención, sus órganos podían deducir del artículo 34 (antes, artículo 25), considerado aisladamente o en conjunto con el artículo 39 RTE-DH (antes, artículo 36 RTEDH), o de cualquier otra fuente, la facultad de ordenar medidas cautelares que fueran vinculantes (*Cruz Varas y otros*, citado arriba, y *Conka y Otros c. Bélgica* [...]). En estos casos, concluyó que tal facultad no podía deducirse del artículo 34 *in fine* ni de otras fuentes (*Cruz Varas y otros* [...])”. Pero, dado que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que en la interpretación de los tratados internacionales hay que prestar atención a cualesquiera normas de Derecho internacional aplicables entre las partes, el Tribunal presta atención a los principios de Derecho internacional en esta esfera, aunque tomando en consideración siempre la naturaleza especial de la Convención como instrumento de protección de los derechos humanos. Y, al respecto, pone de relieve cómo se prevén medidas cautelares tanto en los procedimientos de petición individual de los órganos de Naciones Unidas, como en los que tienen lugar ante la Corte y la Comisión Interamericana-

na, como también en el procedimiento para el arreglo judicial de disputas del Tribunal Internacional de Justicia, y que en unos casos esas medidas cautelares se prevén en el Tratado mismo, y en otros en el Reglamento correspondiente; destaca que en una serie de decisiones recientes, los tribunales e instituciones internacionales han resaltado la importancia y propósito de las medidas cautelares y que su cumplimiento era preciso para asegurar la efectividad de sus decisiones sobre el fondo:

- Por ejemplo, dice el TEDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que, a la vista de la finalidad de la Convención Americana de Derechos Humanos, la garantía de la protección efectiva de los derechos humanos, los Estados parte tienen que abstenerse de llevar a cabo actuaciones que puedan frustrar la *restitutio in integrum* de los derechos de las víctimas alegadas”: medidas en el caso “James y otros c. Trinidad y Tobago”;
- Y también el Tribunal Internacional de Justicia ha proclamado el carácter necesariamente vinculante de sus medidas cautelares que se deduce de la interpretación de su Estatuto, pues lo contrario estaría en contradicción con el objetivo y propósito de su Estatuto, y ello a pesar de que la literalidad del artículo que hablaba, en sus versiones francesa e inglesa respectivamente, del “pouvoir d’indiquer”, o “power to indicate”, medidas provisionales o a pesar de que se hablaba literalmente de “sugerir” medidas cautelares: así, rotundamente ya, en el caso de Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos), de 31 de marzo de 2004, que confirma la doctrina sentada ya en casos anteriores.

El TEDH, además, subraya que su decisión adoptada en el asunto “Cruz Varas y otros” fue respecto de medidas cautelares adoptadas por la Comisión (quien no podía adoptar tampoco decisiones vinculantes respecto de la violación de derechos humanos por un Estado, pues sólo jugaba un papel preliminar) y que ya en

su decisión en el asunto “Conka y otros” había destacado cómo el incumplimiento de las medidas cautelares por un Estado, adoptadas sólo en circunstancias excepcionales, difícilmente podía cohererarse con la cooperación de buena fe con el Tribunal. Aunque el Tribunal no está formalmente vinculado por sus propios precedentes, sólo si existen buenas razones ha de apartarse de ellos, como ocurre en este caso, a la vista del principio de “efectividad” de la tutela de los derechos humanos y de la jurisprudencia de diversos órganos internacionales en este campo, todo lo cual lleva al TEDH a concluir que “la interpretación del alcance de las medidas provisionales no puede dissociarse de los procedimientos a que se refieren o de la decisión sobre el fondo del asunto que pretenden proteger”, como se deriva de la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas, que recientemente han confirmado que la preservación de los derechos alegados por las partes ante el riesgo de daños irreparables representa un objetivo esencial de las medidas provisionales en el Derecho internacional, aunque en realidad ello es, más en general, una exigencia de la administración de justicia adecuada (que no se adopte ninguna actuación irreparable mientras el proceso está pendiente).

Además, dice el TEDH, si él mismo ha exigido en su jurisprudencia que los sistemas legales nacionales dispongan, como exigencia derivada del derecho a un “recurso efectivo” del art. 13 CEDH, de un recurso que impida la deportación o extradición, como medidas de efectos potencialmente irreversibles, antes de que las autoridades nacionales hayan examinado si son compatibles o no con la Convención, “es difícil ver por qué este principio de la efectividad de los recursos para la protección de los derechos humanos de un individuo no ha de ser un requisito inherente a la Convención en los procedimientos internacionales ante el Tribunal, mientras que se aplica a procedimientos en el sistema jurídico doméstico”, por lo que la no vinculatoriedad de las medidas cautelares vulneraría el principio de efectividad de la protección a

otorgar por el TEDH en virtud del derecho de amparo del artículo 34 CEDH y sería contrario a las obligaciones de los Estados parte conforme a los artículos 1, 34 y 46 CEDH, ya que sólo cumpliendo la medida provisional tendría el Estado la posibilidad de cumplir su deber de cumplir una decisión final del TEDH.

En conclusión, el Tribunal “reitera que, por virtud del artículo 34 de la Convención, los Estados contratantes se comprometen a abstenerse de cualquier acto u omisión que pueda impedir el ejercicio efectivo” del derecho de amparo de un demandante ante el TEDH. “Una falta de cumplimiento de las medidas provisionales por un Estado contratante tiene que considerarse como un impedimento al Tribunal para examinar efectivamente la queja del demandante y como una traba al ejercicio efectivo de su derecho y, de acuerdo con ello, como una violación del artículo 34 de la Convención”.

Se comprende, así, a la vista de lo anterior, lo sucedido en el caso “Olaechea Cahuas c. España”. El TEDH solicitó a España que suspendiera la extradición hacia el Perú del demandante, acordada por la Audiencia Nacional el 18 de julio de 2003, tras ser detenido el 3 de julio, para ser juzgado por terrorismo. El Sr. Olaechea inicialmente dio su consentimiento a la extradición, pero finalmente se opuso ante los Tribunales nacionales sin éxito. La Audiencia Nacional tuvo en cuenta para pronunciarse a favor de la extradición, la nota verbal remitida por la Embajada del Perú en la que se garantizaba que el demandante no sería sometido a tratos inhumanos o degradantes, y que no se le condenaría a cadena perpetua, pena aplicable al delito por el que se reclamaba la extradición. El demandante, presunto miembro de la organización terrorista “Sendero Luminoso” (que había luchado contra el Gobierno peruano desde 1980), que tenía residencia en Londres desde hacía más de 10 años (el Reino Unido había rechazado su extradición a Perú por cargos terroristas) pero había sido detenido en España, solicitó al TEDH la aplicación del artículo 39 de su Reglamento (medidas cautelares), alegando riesgo de malos tratos

en el país de destino. El TEDH solicitó a España, el 6 de agosto de 2003, que suspendiera temporalmente la extradición hasta tanto él no decidiera sobre el fondo del asunto el 26 de agosto de 2003. No obstante, el demandante fue extraditado al día siguiente. La cuestión crucial era si la inobservancia de la “indicación” del Tribunal sobre la suspensión cautelar de la extradición vulnera el compromiso adquirido por parte del Estado al ratificar el Convenio de no poner trabas al ejercicio eficaz del derecho de todo demandante a presentar su demanda ante el TEDH.

Como desde su Sentencia *Cruz Varas c. Suecia*, de 20 de marzo de 1991, el TEDH venía entendiendo que la solicitud de medida cautelar no constituía una obligación jurídica para el Estado, por más que el Estado que no diera curso favorable a la medida solicitada se arriesgara a ser después condenado por vulneración del artículo 3 del Convenio (prohibición de torturas, etc). Lo cierto es que cuando España ejecutó la extradición, en contra de las medidas cautelares “indicadas” por el TEDH, este ya había dictado su Sentencia de 6 de febrero de 2003 (caso “Mamatkulov y Abdurasulovic”) en la que había concluido que Turquía había vulnerado el derecho de amparo del artículo 34 CEDH, garantizado por el artículo 34 del Convenio, por hacer caso omiso a la solicitud del TEDH de suspender cautelarmente una extradición e impedir así el ejercicio efectivo del derecho de recurso de los demandantes extraditados a Uzbekistán; pero, en todo caso, es irrelevante que el TEDH ya hubiera sentado esta doctrina, que España ignoraba o simplemente pasó por alto en el momento de la extradición, pues en cualquier caso se produciría la infracción mencionada de no seguirse la “indicación” del TEDH respecto de una medida cautelar.<sup>12</sup>

- c) De manera congruente con el carácter absolutamente excepcional de este tipo de medidas cautelares no vinculantes, se ha hecho uso de esta facultad de medidas cautelares

---

12 Seguimos aquí esencialmente la versión de la Memoria del Tribunal Constitucional español, 2003.

por el TEDH, sobre todo, cuanto estaba en juego el derecho a la vida o el derecho a no sufrir torturas o tratos o penas inhumanos o degradantes o, excepcionalmente, el derecho a la vida privada y familiar (arts. 2, 3 y 8 CEDH), especialmente en caso de expulsión o extradición a un país donde pueden producirse esas conductas prohibidas. En el caso de otros derechos fundamentales, por más que puedan producirse lesiones irreparables a los mismos y por más que el TEDH insista una y otra vez en que el CEDH protege derechos “reales y efectivos”, lo cierto es que no suelen adoptarse medidas provisionales de este tipo, aunque ello no resulte siempre convincente ni justo.

- d) Puede solicitar las medidas cautelares quien se considere víctima de una violación de alguno de los derechos del CEDH (artículo 34 CEDH). Para ello, será preciso que, entre otras cosas, se hayan agotado todos los recursos internos contra la medida que se quiere combatir, así como acreditar los presupuestos para adoptar una medida cautelar con una prueba lo más detallada y convincente posible, dado lo absolutamente excepcional de las medidas cautelares por el TEDH.
- e) Por lo general, las medidas cautelares se dictan respecto del Gobierno demandado, pero no hay nada que impida que se adopten respecto de la parte solicitante de amparo.

#### **4.- Fase de enjuiciamiento. Contradicción. Audiencia oral. Publicidad**

Conforme al artículo 38,1,a) CEDH, una vez que “el Tribunal declara admisible una demanda: [...] Procederá al examen contradictorio del caso con los representantes de las partes y, si procede, a una indagación, para cuya eficaz realización los Estados interesados proporcionarán todas las facilidades necesarias”.

La Sala o su Presidente invitarán a las partes a presentar sus observaciones o alegaciones por escrito (incluida su pro-

puesta de satisfacción equitativa) y, en su caso, a proponer nuevas pruebas.

Puede celebrarse una audiencia o juicio oral tanto respecto de la admisibilidad como respecto de la fundamentación sobre el fondo, lo que permite a las partes tomar posición respecto de las diversas cuestiones planteadas (arts. 54 y 59 RTEDH), pero también cada uno de los jueces puede formular preguntas a las personas que comparezcan (artículo 64 RTEDH). La audiencia, naturalmente, se basa en la contradicción entre las partes, aunque la Sala puede acordar excepcionalmente que la audiencia se celebre a pesar de que no comparezca una parte.

Ahora bien, la decisión sobre si procede celebrar la audiencia oral corresponde a la Sala competente y es una decisión discrecional que puede adoptar a instancia de parte, pero también de oficio. Si hasta 2002, el RTEDH preveía que sólo excepcionalmente no se celebraría audiencia oral, desde 2002 ello ya no es así. Y en la praxis del Tribunal, lo cierto es que las audiencias orales se han convertido en algo muy excepcional en los últimos años, frente a lo que ocurría antes de la entrada en vigor del Protocolo número 11, y ello se debe supuestamente a la carga de trabajo del Tribunal, aunque no por ello deja de ser criticable, desde mi punto de vista; la praxis del TEDH en este punto resulta rechazable, y supone que los procesos no son, en general, orales, sino escritos, lo cual es una pérdida importante y, en rigor, un contrasentido. En cualquier caso, el artículo 40, 1 CEDH establece que “la vista es pública, a menos que el Tribunal decida otra cosa por circunstancias excepcionales”. El RTEDH, en congruencia con el derecho del artículo 6 CEDH y las excepciones allí previstas a la publicidad, concreta cuáles pueden ser esas circunstancias excepcionales legitimadoras de una excepción a la publicidad, para interpretar las cuales parece lógico atender primordialmente a la jurisprudencia del propio TEDH respecto de las prácticamente idénticas excepciones previstas en el artículo 6 CEDH para el derecho a un proceso público: las necesarias en interés de la moral, del orden público o de la

seguridad nacional (sic) en una sociedad democrática, cuando lo requiera la protección de la infancia y la juventud o la protección de la vida privada de las partes o en la medida estrictamente necesaria, a juicio de la Sala, en circunstancias especiales en que la publicidad perjudicaría el interés de la justicia. Cualquier solicitud de celebración a puerta cerrada deberá especificar las razones en que se basa, así como si la solicitud de ausencia de publicidad es total o sólo parcial (artículo 63 RTEDH). Las audiencias orales se celebrarán en uno de los idiomas oficiales (inglés o francés) y se traducirán simultáneamente al otro idioma oficial.

Además, en fin, el apartado 2 del artículo 40 CEDH dispone que “los documentos depositados en la Secretaría serán accesibles al público, a menos que el Presidente del Tribunal decida de otro modo”, lo que es otra manifestación de la publicidad.

Por otro lado, se ha eliminado recientemente la amplia fase probatoria (antiguos artículos 42 y 66 a 69 RTEDH): la Sala que conocía del asunto podía practicar, a solicitud de las partes, de terceros interesados o por propia iniciativa, cuantas pruebas considerara necesarias para el esclarecimiento de los hechos; con este fin podía, igualmente, solicitar a las partes que le entregasen cuanta información complementaria sea necesaria; además, en la sede del Tribunal, podía convocar y oír a testigos, expertos, peritos o cualquier otra persona que pudiera ayudarle en su labor<sup>13</sup> (Queralt Jiménez, 2003, 319).

#### **XIV.- Terminación anormal del proceso**

El proceso de amparo, una vez admitida a trámite la demanda correspondiente, terminará “normalmente” mediante sentencia sobre el fondo, pero también cabe la posibilidad de una “terminación anormal” del proceso. En concreto, debemos referirnos a dos posibilidades al respecto:

---

13 Cfr. el Acuerdo Europeo relativo a las personas que participan en procedimientos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hecho en Estrasburgo el 5 de marzo de 1996 (ratificado por España).

## 1.- La posibilidad de un acuerdo amistoso

El CEDH prevé en su artículo 39 esta modalidad de terminación anormal y anticipada del proceso: “En el caso de arreglo amistoso, el Tribunal cancelará el asunto del registro de entrada mediante una resolución, que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada”.

De este modo, si las partes llegan a un “acuerdo amistoso” (que puede encerrar, en el fondo y con ciertos límites naturales, un desestimiento o renuncia, un allanamiento, una transacción), el Tribunal “borra el asunto de su lista”, y lo archiva. Este acuerdo es posible en cualquier momento del procedimiento antes de dictar sentencia, incluso cuando quien conoce del asunto es la Gran Sala, y aun pese a tratarse entonces de cuestiones excepcionalmente graves y que han sido ya resueltas mediante sentencia del propio Tribunal de Estrasburgo (de una de sus Salas, en concreto).

El artículo 38 CEDH, por su parte, prevé que, una vez que el Tribunal declara admisible una demanda, “se pondrá a disposición de los interesados a fin de llegar a un arreglo amistoso del caso, inspirándose para ello en el respeto a los derechos humanos tal como los reconocen el Convenio y sus Protocolos”. De este modo, no sólo se permite la terminación del proceso mediante una conciliación entre las partes, sino que de alguna manera se trata de privilegiar o incentivar este tipo de acuerdos; en este sentido, no puede calificarse a este modo de terminación del proceso como “anormal”, sino que sólo lo consideramos un modo de “terminación anormal” en un sentido procesal, evidentemente, en cuanto que el proceso no termina por medio de una sentencia que resuelve, imparcialmente y tras un debate contradictorio, sobre el fondo, sino, de algún modo, “anticipada y anormalmente” en un sentido procesal y sin que haya finalmente una parte vencedora y otra vencida, al no pronunciarse el TEDH sobre fondo. Es natural, por otro lado, que se privilegie este tipo de acuerdos, incluso tratándose de materia no disponible (los derechos fundamentales no son, en principio, Derecho dispositivo, disponible por las partes), por

cuanto que tales acuerdos amistosos, regulados con las garantías precisas, indudablemente presentan la triple ventaja de que:

- Por un lado, al particular se le reconoce que su derecho o sus derechos han sido vulnerados y también se le ofrece una solución satisfactoria, que ponga fin a la violación de su derecho o derechos y que le otorgue una indemnización ajustada a los daños y perjuicios sufridos;
- Por otro lado, al Estado demandado se le evita el “mal trago” o el “estigma” que toda condena por el TEDH indudablemente supone, espada de Damocles que pende sobre dicho Estado siempre, mientras que el hecho de llegar a un acuerdo es más una muestra de respeto a los derechos humanos que un “estigma” para dicho Estado, ya que no se verá normalmente como una claudicación ni nada similar, sino más bien todo lo contrario; y
- Por último, para el TEDH ello supone una reducción de su carga de trabajo mediante un acuerdo que nunca va a suponer una “solución en falso”, sino que se basará en el respeto a los derechos humanos y el reconocimiento de que los mismos han sido vulnerados, con la consiguiente reparación. Esta reducción será significativa cuanto mayor sea el número y complejidad de asuntos en que el acuerdo se hace viable. Es, por tanto, una vía que debe incentivarse, aunque siempre dentro del respeto debido a los derechos fundamentales.

En esta línea, el artículo 62 RTEDH atribuye al Secretario del Tribunal, como mandatario de la Sala que conozca del asunto o de su Presidente, la tarea de contactar con las partes a fin de tratar que lleguen a un acuerdo amistoso. Son, así, los Letrados del TEDH los encargados de mediar para que las partes lleguen a un acuerdo amistoso, cuando ello sea viable, evitándose en cualquier caso la mediación directa de algún juez, que quedaría de este modo “contaminado”, en casi todos los casos al menos.

Las negociaciones serán confidenciales (para terceros, debe entenderse), como excepción al principio de publicidad, y no podrán conllevar perjuicio para las partes en el proceso contencioso, en caso de no lograrse finalmente dicho acuerdo amistoso: en el correspondiente proceso contencioso no podrá alegarse o citarse ninguna comunicación oral o escrita ni ninguna oferta o concesión realizada en el marco de las negociaciones para llegar a un acuerdo amistoso, lo cual responde a una exigencia elemental de “fair play” que no siempre se respeta en los ordenamientos nacionales y que parece justo que se establezca de manera rotunda en el RTE-DH, como se ha hecho.

En todo caso, el acuerdo ha de basarse “en el respeto a los derechos humanos”, pues así lo exige el artículo 39 CEDH y también el artículo 62 RTEDH, por lo que parece que el TEDH tendría facultades para rechazar un acuerdo cuando considerara que el mismo no es compatible con el respeto a los derechos humanos, lo que parece atinado, pues si alguna materia no es disponible enteramente por las partes es la relativa a los derechos humanos. El propio TEDH parece admitir esta posibilidad [STEDH de 18 de enero de 1978 (caso “Irlanda c. Reino Unido”), §154], pues así parece deducirse del artículo 37 RTEDH, que establece que incluso cuando haya desistimiento por el demandante o el litigio ya se haya resuelto, etc., pese a todo, “el Tribunal proseguirá el examen de la demanda si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos”. No obstante, es de suponer que, más que llegar a la solución drástica de no admitir un arreglo amistoso, ello permitirá sugerir los cambios que sean precisos para evitar ese resultado. El acuerdo puede incluir incluso un compromiso de reformas legislativas, por ejemplo, como ha ocurrido ya en ciertas ocasiones.

Una vez alcanzado, en su caso, un acuerdo amistoso homologado o aceptado por el TEDH, este habrá de dictar una sentencia, que contendrá una exposición sumaria de los hechos y el acuerdo alcanzado entre las partes y acordará la cancelación de la

demanda del Registro. La sentencia de la Sala no deviene firme de manera inmediata, sino que se aplica la regulación general, en concreto el artículo 43 CEDH: “En el plazo de 3 meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala”, si bien habrá de tratarse de un asunto que plantee “una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general”. Desde nuestro punto de vista, debe entenderse que el recurso sólo ha de ser posible respecto de la corrección, desde cualquier punto de vista, del acuerdo alcanzado, y homologado por la Sala, aunque ello incluiría, desde nuestro punto de vista, la posible inadmisibilidad del acuerdo por no ser compatible con el respeto debido a los derechos humanos, aunque esta será una posibilidad de laboratorio, más bien, en la práctica, como puede fácilmente comprenderse.

## **2.- La cancelación o archivo del amparo**

A tenor del artículo 37 CEDH, el Tribunal de Estrasburgo podrá, “en cualquier momento del procedimiento”, “decidir cancelar una demanda del registro de entrada” (archivar) siempre que las circunstancias permitan comprobar (y ello ha de comprobarlo el Tribunal):

- a) “Que el demandante ya no está dispuesto a mantenerla” (desistimiento), o
- b) “Que el litigio ha sido ya resuelto” (cosa juzgada), o
- c) “Que, por cualquier otro motivo verificado por el Tribunal, ya no está justificada la prosecución del examen de la demanda”.

No obstante, el Tribunal proseguirá el examen de la demanda “si así lo exige el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y sus Protocolos”.

El archivo de las demandas declaradas admisibles, por alguno de los tres motivos indicados, ha de acordarse por sentencia,

que se notificará también al Consejo de Ministros del Consejo de Europa como encargado de velar por la ejecución de los compromisos adquiridos por el Estado demandado. Y el Tribunal (Sala o Gran Sala) podrá decidir, excepcionalmente, que vuelva a inscribirse en el registro de entrada (reapertura) el procedimiento cuando estime que las circunstancias así lo justifican.

## **XV.- La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

### **1.- La sentencia sobre el fondo. Contenido, idioma, estructura, votos particulares**

Conforme al artículo 74 RTEDH, la sentencia del TEDH ha de contener,

- 1.- Los nombres del Presidente y los otros jueces que constituyen la Sala en cuestión, así como el nombre del Secretario o Vicesecretario;
- 2.- Las fechas en que fue adoptada y pronunciada;
- 3.- Una descripción de las partes;
- 4.- Los nombres de los agentes, abogados o asesores de las partes;
- 5.- Una explicación del procedimiento que se ha seguido;
- 6.- Los hechos del caso;
- 7.- Un resumen de las alegaciones de las partes;
- 8.- Los razonamientos jurídicos;
- 9.- El fallo;
- 10.- La decisión, si hay alguna, respecto de las costas;
- 11.- El número de jueces que ha constituido la mayoría;
- 12.- Cuando sea adecuado, una declaración de qué texto es el auténtico;

En la sentencia debe expresarse qué jueces formaron la mayoría y quienes disintieron, y estos últimos podrán expresar su opinión en un voto separado o particular, que puede ser concurrente o disidente (expresando las razones para ello o no).

Salvo que el TEDH decida que la sentencia es lo suficientemente importante como para merecer una traducción al otro idioma oficial, se notificará en inglés o en francés. Todas las sentencias que el Tribunal decide publicar oficialmente se traducen y se publican en los dos idiomas oficiales: inglés y francés.

La sentencia puede pronunciarse en sesión pública, que es lo que el artículo 77 RTEDH prevé como regla general aunque en la práctica es algo excepcional; pero también es posible su notificación por escrito, que es lo más habitual.

## **2.- La satisfacción equitativa: Indemnización de los daños y costas**

Como dicen Gimeno Sendra y Morenilla Allard (2003, 219), una vez constatada una violación a un derecho del Convenio o sus Protocolos, “la restitución ha de hacerse, primordial y plenamente, según el Derecho del Estado demandado (mal llamado Estado ‘condenado’)”. Pero si la *restitutio in integrum* no es posible, debido a las peculiaridades del ordenamiento jurídico del Estado demandado (v.gr., no prevén un motivo de revisión de las sentencias firmes de condena basado en la sentencia estimatoria del TEDH) o por la naturaleza irreparable del derecho violado, ha de ser sustituida por la “justa satisfacción”, moral o pecuniaria del daño causado, que constituye el único contenido condenatorio de la pretensión del demandante.

Para este supuesto, el art. 41 CEDH determina taxativamente que “si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el Derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”. El TEDH,

en su Sentencia “De Wilde, Ooms y Versyk”, de 10 de marzo de 1972, § 20, ha afirmado: “la norma del art. 50 (actual art. 41) que reconoce al Tribunal competencia para conceder a la parte perjudicada una satisfacción equitativa, cubre también el caso de que la imposibilidad de la *restitutio in integrum* se desprenda de la naturaleza del daño; efectivamente, el sentido común sugiere que ello debe ser así *a fortiori*”.

Como siguen diciendo estos autores, “es, pues, posible que la sentencia estimatoria de la vulneración alegada obligue al Estado a abonar una determinada suma de dinero. Ello sólo sucederá si, tras la comprobación del carácter irremediable de la lesión causada por la violación, el actor acredita la existencia y extensión del daño (material y moral). Cuando estas condiciones o requisitos de la pretensión han sido objeto de alegación y prueba en el proceso con la necesaria suficiencia, el Tribunal las resuelve en una misma sentencia en la que se pronuncia, en primer lugar, sobre si ha habido o no la violación alegada, y para el caso de declaración de violación, resuelve sobre la restitución o compensación dineraria a cumplir por el Estado infractor. Si, por el contrario, el material debatido no es estimado suficiente por el Tribunal, lo hace constar en la sentencia sobre la declaración de violación y alega que la cuestión de la justa satisfacción del recurrente no está aún preparada, posponiéndola para un segundo proceso limitado exclusivamente a esa cuestión” (Gimeno Sendra y Morenilla Allard, 2003, 219).

### 3.- Recursos

#### a) *El recurso ante la Gran Sala (y reenvío por las Salas)*

El artículo 43 CEDH regula la posibilidad de un recurso contra la sentencia dictada por alguna de las Salas, recurso que se configura, como es natural, con un criterio muy restrictivo y con absoluta discrecionalidad (no cabe recurso alguno contra la denegación):

- Puede interponerlo “cualquier parte en el asunto”. Desde nuestro punto de vista, el otorgamiento de legitimidad al Estado demandado se justifica por el ámbito en que nos movemos, que es una jurisdicción constitucional, pero en la medida en que el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales tiende a “constitucionalizarse”, dado que los derechos fundamentales son barreras o ámbitos exentos de Estado primordialmente y en todo caso otorgan protección antes que nada frente a los poderes públicos, nos parece que el Estado no debería tener ninguna posibilidad de recurso, sino que habría de ser una facultad exclusivamente disponible para el individuo. Hoy por hoy, por muchas razones de oportunidad, esta última solución no sólo no parece viable, sino que tampoco parecería la más acertada, por más que, desde una perspectiva dogmática, no resulte acaso plenamente convincente ni congruente.
- El plazo para interponer el recurso es de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala.
- Sólo procede “en casos excepcionales”.
- Un colegio de 5 Jueces de la Gran Sala, que funciona como una especie de comisión de filtraje, aceptará la demanda única y exclusivamente si el asunto plantea: a) una “cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos”; o b) una “cuestión grave de carácter general”. Es claro que esta comisión o colegio tiene atribuida una función de gran trascendencia, pese a lo cual su composición se remite al Reglamento, lo que presenta la ventaja de la flexibilidad. Conforme al RTE-DH, esta comisión de filtraje, o “colegio de los 5”, tendrá la siguiente composición:
  - a) El Presidente del Tribunal. Si este se ve impedido de formar parte del colegio, será sustituido por el Vicepresidente.

- b) Dos Presidentes de Salas, designados por rotación. Si alguno de ellos se ve impedido de formar parte del Colegio, será sustituido por el Vicepresidente de su Sala.
- c) Dos jueces designados por rotación de entre los jueces elegidos por las restantes Salas para formar parte de este colegio o comisión por un período de seis meses.
- d) Al menos dos jueces sustitutos designados en rotación de entre los jueces elegidos por las Salas para prestar sus servicios en esta comisión por un período de seis meses.
- e) No podrá formar parte de esta comisión o colegio de filtraje ningún juez que hubiera participado en la decisión sobre la admisibilidad o sobre el fondo del asunto, ni tampoco ningún juez elegido por (o nacional de) un Estado afectado por el recurso (no parece justificado en este caso porque se trata de una decisión procesal sobre la admisibilidad únicamente), ni ningún juez *ad hoc* o “de común interés” designados conforme a los artículos 29 y 30 RTEDH (estarían “contaminados”), debiendo ser sustituido cada uno de ellos, en su caso, por un juez sustituto designado en rotación de entre los jueces elegidos por las Salas para prestar sus servicios en esta comisión por un período de seis meses (artículo 24 RTEDH).
- Si el colegio acepta la demanda, la Gran Sala se pronunciará acerca del asunto mediante sentencia. Es sabido que, en la actualidad, a partir del Protocolo núm. 11 (1994), el Pleno del TEDH no tiene ya competencias jurisdiccionales, sino sólo organizativas. Por tanto, la Sala con una composición más amplia, y con una jerarquía mayor, es la Gran Sala y ya no el Pleno. Es esta Gran Sala, lógicamente, la que conoce del recurso que estamos analizando.

Recuérdese igualmente que esta Gran Sala es también la que conocerá de un asunto en el caso previsto en el artículo 30 CEDH, es decir, cuando se trate de un asunto que

plantee "una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, la Sala podrá inhibirse en favor de la Gran Sala, mientras no haya dictado sentencia, salvo que una de las partes se oponga a ello". Pero mientras que en este último caso la Gran Sala no conoce por vía de recurso ni siquiera en virtud de una avocación ("facultad de atracción" que no existe), sino de una remisión (facultativa para la Sala, en tanto no medie oposición de parte), en el caso que aquí analizamos la Gran Sala conoce del asunto por vía de recurso contra la sentencia dictada por la Sala que ha conocido del fondo del asunto.

- La Gran Sala estará constituida por 17 jueces, debiendo formar parte imperativamente de ella, por exigencia del propio CEDH, el Presidente y a los Vicepresidentes del Tribunal y los Presidentes de las Secciones, con lo que se garantiza que formen parte de la Gran Sala, como Sala que sienta doctrina con un alcance especialmente significativo (en cierto modo, "jurisprudencia mayor"), los Presidentes de los órganos del TEDH que sientan el grueso de la jurisprudencia "menor", por así designarla. En todo lo demás, es decir, en cuanto a los 12 jueces restantes, el CEDH se remite al Reglamento, que establece actualmente que también formarán parte de la Gran Sala, al menos, tres jueces sustitutos (que se sumarán a los 17 previstos en el CEDH, lo que responde a una necesidad inexcusable en la práctica, como se comprenderá fácilmente) y establece quiénes compondrán la Gran Sala, aparte de los jueces imperativamente designados como integrantes ya por el CEDH mismo (art. 24 RTEDH).
- Se trata, en la práctica, de un recurso al servicio de la mejor tutela del individuo en sus derechos fundamentales, pero también, secundariamente pero no por ello menos, al servi-

cio de la unidad de la jurisprudencia emanada del TEDH, así como de la calidad y rigor de la misma.

**b) *Recurso de revisión de una sentencia firme***

Aparece regulado por el artículo 80 RTEDH. Son requisitos del mismo:

- La legitimación activa corresponde a “una parte” en el proceso de amparo. Por tanto, pueden plantearlo tanto el individuo demandante como el Estado demandado.
- Es presupuesto específico y sustancial del planteamiento de este recurso “el descubrimiento de un hecho que, por su naturaleza, podría tener una influencia decisiva y que, cuando se dictó la sentencia, era desconocido para el Tribunal y no podía razonablemente haber sido conocido por la parte recurrente”.
- El plazo de ejercicio del recurso es de seis meses a partir del momento en que la parte que lo plantea hubiera tenido conocimiento del hecho en cuestión.
- El escrito de interposición citará la sentencia cuya revisión se pretende y contendrá la información necesaria para mostrar que se han cumplido los requisitos legales. Se acompañará de una copia de todos los documentos que sirvan de apoyo.
- El escrito y los documentos se presentarán en la Secretaría del Tribunal.
- La Sala que dictó la sentencia (o, si no es posible, la que constituya el Presidente, completándola o por sorteo) puede decidir declarar inadmisibles el recurso sobre la base de que no hay razón alguna para entrar a conocer del mismo.
- Si la Sala no admite el recurso, el Secretario dará traslado del escrito y sus documentos a la otra parte, invitándola a “contestar a la demanda” en el plazo límite que establezca

el Presidente de la Sala. El Presidente de la Sala también fijará la fecha de la audiencia, en caso de que se decida por la Sala celebrarla.

- La Sala decidirá mediante Sentencia.

#### **4.- Efectos de la sentencia:**

##### **1. a) Cosa juzgada**

El artículo 44 CEDH regula la firmeza de las sentencias del TEDH y establece lo siguiente:

- 1.- La sentencia de la Gran Sala será definitiva en todo caso.
- 2.- La sentencia de una Sala será definitiva cuando:
  - a) Las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala, o
  - b) No haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala tres meses después de la fecha de la sentencia, o
  - c) El Colegio de la Gran Sala rechace la demanda de remisión formulada en aplicación del art. 43.

Una vez firmes, las sentencias sólo despliegan efectos “inter partes”, es decir, entre las partes. En este sentido, el artículo 46 CEDH dispone que las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios “en que sean parte”. La fuerza de cosa juzgada es no sólo la formal (no cabe recurso en los términos vistos), sino también la material: la sentencia ha de ser cumplida por el Estado demandado, cuando se haya apreciado vulneración del derecho fundamental alegado, en sus propios términos. Es decir:

- El Estado demandado habrá de abonar la indemnización correspondiente, cuando el TEDH fije una conforme al artículo 41 CEDH, por no permitir el Derecho nacional correspondiente más que una reparación parcial (justa satisfacción).

- Y cuando la sentencia sea meramente declarativa de la violación de un derecho fundamental, el Estado habrá de llevar a cabo los cambios precisos en su ordenamiento jurídico para que no vuelva a repetirse la violación del derecho, sin que el TEDH pueda anular leyes ni actos jurídicos de ningún tipo ni casar sentencias. El Estado tiene libertad en los medios (en tanto que sean compatibles con la propia sentencia y el CEDH, claro es), sólo tiene que cumplir el fin de evitar en la medida de lo posible futuras nuevas vulneraciones del mismo derecho fundamental por las mismas razones. Es también, en principio, el Estado el que, con arreglo a su reparto de competencias, decide qué poder (incluido el legislador o el Tribunal Constitucional) o qué órgano, o qué nivel territorial, etc., ha de llevar a cabo los arreglos o cambios precisos (salvo que se deriva del CEDH o de la jurisprudencia del TEDH otra cosa).<sup>14</sup>

---

14 Problemática, y recibida con seria preocupación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (aunque sin ningún eco entre nosotros por sorprendente que ello resulte), fue la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional alemán el 14.10.2004, en la que se pusieron ciertos reparos a la aplicación e integración en el ordenamiento interno de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, en concreto a la STEDH de 26 de febrero de 2004, caso “Görgülü c. Alemania” (en apretada síntesis, vulneración del derecho a la vida privada y familiar por denegar al demandante la custodia de su hijo biológico, entregado en adopción por su novia sin su consentimiento ni conocimiento en 1999, iniciando al poco tiempo, al enterarse de lo sucedido, el Sr. Görgülü un largo calvario procedimental para obtener la custodia).

Recordando que el CEDH tiene rango de ley en Alemania, y no rango constitucional, y decantándose de modo tan sorprendente como quizás innecesario por un modelo dualista (discutido por décadas en Alemania), el Tribunal Constitucional alemán dice que, al tomar en cuenta sentencias del TEDH, los órganos estatales deben incluir los efectos sobre el sistema jurídico nacional en su aplicación del Derecho. Esto se aplica en particular con respecto a un sector parcial del Derecho nacional cuyas consecuencias jurídicas están equilibradas y que se pretende que se logre un equilibrio entre diferentes derechos fundamentales en ese ámbito. A este respecto, el Tribunal Constitucional subraya que el amparo ante el

TEDH se caracteriza por ser un proceso relativo a casos particulares entre dos partes (el demandante y el Estado demandado), y que el TEDH puede encontrarse con sectores parciales del ordenamiento nacional de que se trate construidos por un complejo sistema casuístico (lo que, en Alemania, podría ocurrir en el ámbito del Derecho de familia, el Derecho de extranjería y también en el Derecho de protección de la personalidad, sectores donde los derechos fundamentales en conflicto son equilibrados por la creación de grupos de casos y consecuencias jurídicas graduadas). Y, dice el Tribunal de Karlsruhe, es tarea de los tribunales nacionales integrar la decisión del TEDH en el correspondiente sector del ordenamiento jurídico nacional, pues el CEDH no puede pretender, dada su condición de Derecho internacional, ni tampoco es la voluntad del TEDH, llevar a cabo directamente y por sí mismo los ajustes en su caso necesarios dentro de un sector jurídico parcial del ordenamiento jurídico nacional.

A este respecto, sigue diciendo el Tribunal Constitucional alemán, los tribunales alemanes, en su necesaria toma en consideración valorativa, pueden tomar en cuenta el hecho de que los procesos de amparo ante el TEDH, en particular cuando los procesos originarios se referían al Derecho civil, posiblemente no ofrecen una imagen completa de las posiciones jurídicas e intereses implicados. La única parte de los procesos ante el TEDH, aparte del recurrente, es el Estado parte afectado; la posibilidad de participar en los procesos de amparo ante el TEDH de los terceros afectados (art. 36, 2 CEDH) no es un equivalente institucional a los derechos y deberes como parte procesal o como otros participantes en los procesos nacionales originarios.

Y dice también el Tribunal Constitucional alemán que *“en tanto que los standards metodológicos aplicables dejen espacio para la interpretación y ponderación de intereses, los tribunales alemanes deben dar prioridad a la interpretación que sea conforme con la Convención”*. La situación es diferente solo si la observancia de la sentencia del TEDH (por ejemplo, porque los hechos en que se basó han cambiado) viola normas legislativas o previsiones constitucionales alemanas claramente contrarias, en particular también los derechos fundamentales de terceros. *“Tomar en cuenta”* significa prestar atención a la disposición de la Convención tal y como se interpreta por el TEDH y aplicarla al caso, siempre que la aplicación no viole Derecho de jerarquía superior, en particular Derecho constitucional. En cualquier caso, la disposición de la Convención tal y como se ha interpretado por el TEDH debe ser tomada en cuenta al adoptar una decisión; el tribunal debe, al menos, considerarla debidamente. Cuando los hechos hayan cambiado entretanto, o en el caso de una diferente situación de hecho, los tribunales necesitarán determinar qué constituyó, a juicio del

No obstante, recientemente el TEDH ha llegado en ocasiones a redactar sus fallos con mucha más precisión, reduciendo así (a cero, incluso) la discrecionalidad del Estado para acatar la sentencia, lo que trata de justificar aludiendo reiteradamente a la sobrecarga de trabajo del Tribunal, “particularmente como resultado de series de casos que se derivan de la misma causa estructural o sistemática”, aunque desde luego ello rompe con su práctica hasta hace poco y también con la concepción del sistema europeo de protección como uno subsidiario a todos los efectos. Sin embargo, por otro lado, ello responde a las recomendaciones del Comité de Ministros respecto de los asuntos que hagan referencia a problemas estructurales, en cuyo caso se invita al TEDH a que, en la medida de lo posible, identifique en sus sentencias, cuando verifique que se ha violado uno de los derechos del CEDH, en qué casos

---

TEDH, la violación específica de la Convención y por qué una situación de hecho que ha cambiado no permite aplicar ese criterio al caso. Aquí, será siempre también de importancia cómo el tomar en cuenta la decisión afecta al sistema del sector jurídico en cuestión. A escala de Derecho federal también, la Convención no tiene prioridad automáticamente sobre otro Derecho federal, en particular si, a este respecto, no ha sido ya el objeto de una sentencia del TEDH. BVerfG, 2 BvR 1481/04 vom 14.10.2004.

Hasta aquí el reciente criterio del Tribunal Constitucional alemán. Esto podrá calificarse como pataleta soberanista de un Tribunal Constitucional celoso de su campo propio de acción, pero no cabe duda que, pese a los esfuerzos por endulzarlo (incluso mediante el un tanto excepcional comunicado oficial del Consejo de Europa (cfr. [http://press.coe.int/cp/2004/516a\(2004\).htm](http://press.coe.int/cp/2004/516a(2004).htm)), se trata de un fuerte envite del Tribunal Constitucional alemán al TEDH que, pese a los indudables excesos que contiene, merece una enorme relevancia, y que puede llegar a tener efectos a largo plazo. Se entiende, así, que el Presidente del TEDH, el alemán Wildhaber, haya manifestado inmediatamente que la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán podría ser un mal ejemplo para otros países, expresando su preocupación al respecto (15-11-2004). Pero también Magistrados del Tribunal Constitucional alemán manifestaron que de este modo en lo sucesivo el TEDH sería más prudente en sus pronunciamientos que afectan a las relaciones entre particulares, y no meramente a las relaciones Estado-individuo (Jaeger, 28-10-2004). Es claro que estamos, en cualquier caso, ante una sentencia que bien merece un eco entre nosotros que hasta ahora no ha tenido.

esa violación revela un problema estructural no solucionado por el Estado afectado y la fuente de ese inconveniente, en particular si es susceptible de dar lugar a numerosas demandas internacionales. Por otro lado, en conexión con lo anterior, el Comité de Ministros también ha señalado que los Estados tienen una obligación general de remediar los problemas subyacentes a las violaciones constatadas, recomendando a los Estados aplicar recursos efectivos a fin de evitar que casos reiterativos sean presentados ante el Tribunal Europeo. Esto lleva al TEDH, a dictar una llamada "*sentencia piloto*" (podríamos llamarlas también "sentencias brújula", pues marcan el Norte para toda una serie de casos similares), cuyo uso ha sido una de las recomendaciones centrales de la Comisión de Expertos presidida por Lord Wolf en su Informe final, recientemente conocido.

En este sentido, es significativa la STEDH (Gran Sala) de 22-6-2004 (caso "Broniowski c. Polonia"), que es la primera "sentencia piloto" del TEDH, y en ella se aborda un problema concreto del demandante individual, cuya familia había sido repatriada y obligada a abandonar su propiedad (una casa y un terreno) tras la Segunda Guerra Mundial (por un problema internacional de fijación de fronteras) sin haber percibido ninguna indemnización por ello, pero el Tribunal apreció que este problema individual estaba inserto en un contexto más general, y que la violación del derecho de propiedad del demandante de amparo tenía su origen en un fallo sistemático o estructural de la legislación y la práctica polacas, que afectaba a un grupo de unas ochenta mil personas, que denunciaban no haber recibido una compensación completa por los terrenos que habían perdido en el período subsiguiente a la Segunda Guerra Mundial como consecuencia de la redefinición de fronteras entre Polonia y otros países, como Ucrania. Pues bien, el TEDH decide que Polonia tiene que asegurar, a través de medidas legales y prácticas administrativas apropiadas, la aplicación del derecho de propiedad en cuestión respecto de los restantes "demandantes del Río Bug", así llamados, o proporcionarles la reparación equivalente. De

este modo, el TEDH apelaba al gobierno polaco a tomar medidas para solucionar el defecto sistemático que afectaba a un grupo de unas 80.000 personas, que denunciaban no haber recibido una compensación completa por los terrenos que habían perdido en el período subsiguiente a la II Guerra Mundial.<sup>15</sup> Parte del contenido del fallo es el siguiente (cursiva nuestra):

**“FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY**

1. *Dismisses* the Government’s preliminary objection;
2. *Holds* that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention;
3. *Holds* that the above violation has originated in a *systemic problem* connected with the *malfunctioning of domestic legislation and practice caused by the failure to set up an effective mechanism to implement the “right to credit” of Bug River claimants*;
4. *Holds* that the respondent State must, through appropriate legal measures and administrative practices, secure the implementation of the property right in question *in respect of*

---

15 Las organizaciones AIRE (*Advice on Individual Rights in Europe*), Amnistía Internacional y el Centro Europeo para la Defensa de los Derechos Humanos (EHRAC) consideran que, particularmente en este tipo de causas, la participación de los demandantes, las ONGs y las instituciones nacionales para la promoción y protección de los derechos humanos podría ayudar enormemente al Comité de Ministros en el proceso de supervisión, que debería traducirse en que el Estado en cuestión adopte medidas (como nuevas leyes y procedimientos) para abordar el problema subyacente y reducir el número de causas “clónicas”. “Las ONGs y las instituciones nacionales poseen un conocimiento sobre el ámbito local que puede ayudar en gran medida al Tribunal y al Comité de Ministros a determinar la naturaleza y el alcance de los problemas sistémicos referidos a los derechos humanos. En lo referente a las sentencias piloto, consideramos también importante que tanto el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa como la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa deben tener la oportunidad de participar en el proceso de supervisión”. Véase <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLIOR610102005?open&of=ESL-312>.

*the remaining Bug River claimants or provide them with equivalent redress in lieu, in accordance with the principles of protection of property rights under Article 1 of Protocol No. 1 [...]”*

Y ello permite, asimismo, a la Sección Cuarta del TEDH, por lo pronto, el 6 de julio de 2004, suspender la tramitación de 167 causas pendientes ante él sobre esta misma cuestión, así como también de todas las demandas que puedan plantearse ulteriormente (el problema detectado afectaba a varias decenas de miles de personas, como se ha dicho), y ello a la vista de las precisas medidas que el fallo imponía al Estado polaco en este “leading case” y pendiente de su cumplimiento por Polonia, lo que afectaba al fondo de todas las demás demandas.<sup>16</sup>

Es claro que el recurso a este tipo de fallos por el TEDH, aunque sea excepcional para este tipo de casos de vulneraciones sistemáticas y masivas, plantea diversos problemas, y uno de ellos es el de que, so pretexto de la carga de trabajo del TEDH, se acude a un expediente no previsto en el CEDH (ni siquiera en el Protocolo 14, que en cualquier caso no puede emplearse para su fundamentación, pues no ha entrado en vigor) y que tiende a reducir el alcance de la subsidiariedad en medida no pequeña. No ofrece dudas, sin embargo, que también presenta ventajas considerables, aparte ya de las que tiene desde una perspectiva sustantiva (en especial, para la dimensión institucional de los derechos fundamentales), en el terreno procesal, a fin de evitar al TEDH sobrecargas patentemente innecesarias y evitables en buena lógica con un mecanismo de este tipo. La clave está en que se use esta facultad con la debida prudencia y tino, algo que dirá sólo el tiempo, pero no cabe duda de que, sean una modalidad sentenciadora *extra le-*

---

16 Al respecto, sobre el cumplimiento hasta el momento de las exigencias del TEDH en este caso por Polonia, véase la STEDH de 28 de septiembre de 2005 (caso “Broniowski c. Polonia”, justa satisfacción, arreglo amistoso), muestra de la efectividad práctica de este tipo de sentencias, por costoso que ello pueda ser económicamente para el Estado demandado.

*gem* o simplemente *contra legem*, estas “sentencias piloto” pueden ser muy útiles a un tribunal que afronta el riesgo de hundirse en el éxito de una carga anual de decenas de miles de demandas que difícilmente puede asumir y parece que ese ha sido uno de los motivos esenciales para recurrir a este tipo de sentencias, lo que el TEDH no oculta en modo alguno: se soluciona una violación sistemática a un derecho fundamental en un país y se evita tener que resolver muy numerosos asuntos sustancialmente muy similares entre sí (con ello, en el fondo, se realiza la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, pero no concebida con carácter excluyente, sino simplemente complementario, de la dimensión subjetiva, que en absoluto queda por ello en un segundo plano).

- En otro orden de cosas, debe decirse que, cuando se trata de lesiones de derechos fundamentales imputadas a sentencias judiciales, el ordenamiento jurídico correspondiente puede prever la revisión de las sentencias correspondientes tras una condena del TEDH, que parece ser un remedio casi insustituible con frecuencia para lograr una *restitutio in integrum* en el derecho fundamental, pero el Convenio no exige que exista una previsión de reapertura o revisión, aunque parece que sería lo más conveniente (así lo prevén los ordenamientos jurídicos germánicos de Alemania, Suiza y Austria en materia penal, algo que no se ha hecho en España hasta ahora, por lamentable que ello sea, ni siquiera en la esfera penal). En este sentido, y aunque no tenga carácter vinculante, debe recordarse parte del contenido de la Recomendación número R (2000) 2 de 19-1-2000 del Comité de Ministros, sobre el reexamen o reapertura de ciertos casos a nivel interno tras sentencias del TEDH:

“[...] Noting that it is for the competent authorities of the respondent State to decide what measures are most appropriate to achieve *restitutio in integrum*, taking into account the means available under the national legal system;

Bearing in mind, however, that the practice of the Committee of Ministers in supervising the execution of the Court's judgments shows that in exceptional circumstances the re-examination of a case or a reopening of proceedings has proved the most efficient, if not the only, means of achieving *restitutio in integrum*;

- I. Invites, in the light of these considerations the Contracting Parties are invited to ensure that there exist at national level adequate possibilities to achieve, as far as possible, *restitutio in integrum*;
- II. Encourages the Contracting Parties are, in particular, encouraged to examine their national legal systems with a view to ensuring that there exist adequate possibilities of re-examination of the case, including reopening of proceedings, in instances where the Court has found a violation of the Convention, especially where:
  - (i) the injured party continues to suffer very serious negative consequences because of the outcome of the domestic decision at issue, which are not adequately remedied by the just satisfaction and cannot be rectified except by re-examination or reopening, and
  - (ii) the judgment of the Court leads to the conclusion that
    - (a) the impugned domestic decision is on the merits contrary to the Convention, or
    - (b) the violation found is based on procedural errors or shortcomings of such gravity that a serious doubt is cast on the outcome of the domestic proceedings complained of“ .
- b) Efecto pedagógico para otros Estados no demandados

Las sentencias del TEDH, formalmente, sólo vinculan al Estado demandado, pero no cabe duda que, con relativa frecuencia, aunque la sentencia condene a un Estado determinado por una determinada práctica, y sobre todo por una determinada legislación, ello es tomado por otros Estados que tienen prácticas o legislación

más o menos similares como un “aviso a navegantes”. En este sentido, diríamos que las sentencias condenatorias del TEDH despliegan, sin duda, en no pocas ocasiones, un “efecto pedagógico” directo sobre terceros Estados que no han sido demandados. Aquí se aplicaría a la perfección el refrán castellano de “cuando las barbas de tu vecino veas pelar, pon las tuyas a remojar”: si una sentencia condena a un Estado X por una práctica o normativa idéntica o muy similar a la que tiene otro Estado Y, este otro Estado sabe que existe una alta probabilidad de que, antes pronto que tarde, acabe siendo demandado ante el TEDH y este termine por condenarlo, por lo que será frecuente que se apresure relativamente a corregir esa situación, especialmente si ello no tiene graves costes, a fin de cumplir con el Convenio y, sobre todo, de evitar el estigma más o menos acentuado que conlleva una condena por parte del TEDH. Por ello, no puede extrañar que el influjo de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo —de toda ella y no sólo de aquella sentada en casos en que el Estado correspondiente era el demandado— en los tribunales nacionales, especialmente los constitucionales, sea algo palmario en muchos países del Consejo de Europa, como no podía ser de otro modo.

Algunos hablarán aquí de “exceso” en el cumplimiento de las sentencias del TEDH, y desde luego así es desde un punto de vista formal (el Derecho positivo formalmente no lo exige), pero en realidad lo que ocurre es que las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, de modo relativamente análogo a lo que ocurre con las de los tribunales constitucionales (pero mucho más intenso todavía), despliegan, más allá de su efecto formal, un efecto material pedagógico.

Por ello, cuando el Tribunal Constitucional español dice que las sentencias del TEDH son obligatorias y vinculantes para España sólo “cuando sea Estado demandado” (STC 245/1991, de 16 de diciembre, FJ 3) está diciendo, desde una perspectiva formal, algo estrictamente correcto ya que el artículo 53 CEDH establece que “las Altas Partes Contratantes se comprometen a

conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte". Pero, desde una perspectiva menos formalista y más realista, no puede desconocerse que los Estados *han de sentirse materialmente vinculados* también por las restantes sentencias del Tribunal de Estrasburgo en que no hayan sido parte, en la medida en que les resulten aplicables por analogía, y así ocurre en no pocas ocasiones. Esto no ha dejado de reconocerlo expresamente el propio TEDH, desde nuestro punto de vista. Así, por ejemplo, se lee en la STEDH de 18 de enero de 1978 (caso "Irlanda c. Reino Unido"): "Las sentencias del Tribunal sirven de hecho no sólo para decidir aquellos casos planteados ante el Tribunal, sino, más en general, para dilucidar, salvaguardar y desarrollar las normas establecidas por la Convención, contribuyendo de este modo a la observancia por los Estados de los compromisos asumidos por ellos como Partes Contratantes".

Esto, sin embargo, no es siempre así, desde luego, y con frecuencia las correspondientes resoluciones del TEDH sólo dan lugar a inmediatas "rectificaciones" legislativas en el Estado directamente afectado por el procedimiento ante el TEDH, pero no en otros que cuentan con regulaciones legales idénticas o muy semejantes a las del Estado condenado. Así por ejemplo, el TEDH declaró como contrario al Convenio (artículo 6.3.e) que se cargue al procesado que resulte condenado con la carga del pago de los honorarios de intérprete, y ello dio lugar a una modificación legal inmediata sólo en el país directamente afectado (Alemania), aunque en otros países también había normas semejantes a la alemana afectada.

c) Aclaración y rectificación. Interpretación auténtica

El artículo 79 RTEDH prevé que una parte puede requerir la interpretación (auténtica) por el TEDH de una sentencia dentro del plazo de un año desde que se haya dictado la sentencia, debiendo especificar con precisión a qué punto o puntos *de la parte dispositiva* (fallo) de la sentencia se refiere la aclaración o interpretación solicitada. El Tribunal puede rechazar la *aclaración*

pretendida, que no es un recurso, en rigor procesal. Si no lo hace, habrá de dar traslado a las otras partes para que hagan alegaciones por escrito en el plazo que se les fije, pudiendo convocarse a las partes a una vista. El Tribunal decidirá por medio de una sentencia. Han sido pocas las sentencias interpretativas dictadas hasta ahora.

En cuanto a la *rectificación*, se prevé en el art. 81 RTE-DH. Puede practicarse de oficio o a instancia de parte, y siempre en el plazo de un mes desde que se pronunció la sentencia, a fin de rectificar errores mecanográficos, errores de cálculo o errores evidentes.

El Protocolo núm. 14, todavía *no vigente*, prevé una nueva competencia del TEDH para dar una "*interpretación auténtica*" de sus propias sentencias a instancias del Comité de Ministros, lo que parece estar ligado, dada su ubicación sistemática en el artículo 46, a casos en los que surgen dificultades para ejecutar una sentencia. El Comité de Ministros, por decisión de mayoría cualificada de dos tercios, puede plantear nuevamente un caso ante el TEDH si considera que la ejecución de una sentencia definitiva se ve impedida por un problema de interpretación de la sentencia.

d) Acatamiento y ejecución

El artículo 46 CEDH establece que "Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean parte". Y también dispone que "la sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución".

El Protocolo núm. 14 introducirá, cuando entre en vigor, un nuevo proceso para los casos en que el Estado demandado no acata la sentencia, tal y como sería su deber conforme al artículo 46 citado: son los llamados "*infringement proceedings*". El TEDH decidirá como Gran Sala por medio de una sentencia.

## BIBLIOGRAFÍA BÁSICA:

- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional”, *Revista [electrónica] de Derecho Constitucional Europeo*, año 1, número 1, enero-junio de 2004, publicado en: <http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1/Niveles%20y%20tecnicas.htm>
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- EHLERS, Dirk, “Die Europäische Menschenrechtskonvention. §2. Allgemeine Lehren”, en Íd. (ed.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, Walter de Gruyter, Berlín, 2003, pp. 41 y ss.
- GIMENO SENDRA, Vicente y MORENILLA ALLARD, Pablo, *Los procesos de amparo (civil, penal, administrativo, laboral, constitucional y europeo)*, Colex, Madrid, 2003.
- GRABENWARTER, Christoph, *Europäische Menschenrechtskonvention*, C.H. Beck, Múnich/Viena, 2005.
- OVEY, Clare and WHITE, Robin, *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia 2003, con prólogo de Enoch Albertí.
- RUÍZ MIGUEL, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1997.



ENSAYOS DE TEORÍA GENERAL, SUSTANTIVA Y PROCESAL, DE LOS DE-  
RECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO COMPARADO Y EL CONVE-  
NIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de:

© Editorial Adrus, S.R.L

Av. República de Argentina N°124 Urb. La Negrita

Arequipa - Perú

Teléf. 054-227330

editorial\_adrus@hotmail.com

en el mes de septiembre del 2012

