

ETICA Y DERECHO DEL CONSEJO DE EUROPA REFLEXIONES Y DATOS EN EL MOMENTO DEL INGRESO DE ESPAÑA

por Adolfo MIAJA DE LA MUELA

SUMARIO

I. LA FILOSOFIA MORAL DEL CONSEJO DE EUROPA: 1. Doble contenido de este trabajo. 2. Limitación geográfica impuesta por la realidad posterior a 1945 al pensamiento de unidad europea. 3. El «patrimonio común» a los pueblos de Europa: el doble legado helénico y cristiano. 4. El elemento germánico, el liberalismo y los derechos del hombre. 5. El patrimonio común europeo en relación con los pueblos y su aparato oficial. 6. El caso de España desde 1939 a 1975. 7. Contenido del patrimonio común europeo: Las democracias auténticas y la Encíclica *Pacem in terris*. 8. Los ideales europeos: imperio del Derecho y derechos humanos. 9. La protección de éstos en el ámbito universal. 10. La tradición humanista en España: aportación al patrimonio europeo y supervivencia bajo el régimen autoritario. 11. La ley de homogeneidad de regímenes políticos en las Organizaciones internacionales y el caso de España.—II. EL DERECHO DEL CONSEJO DE EUROPA: 12. Las Organizaciones internacionales y el Derecho. 13. Contribución de las Organizaciones al proceso nomogénico: su acción indirecta o mediata. 14. La acción normativa directa de las Organizaciones en la elaboración del Derecho convencional. 15. La adopción de resoluciones por las Organizaciones internacionales. 16. Papel de éstas en la creación de jurisprudencia internacional. 17. La génesis del Consejo de Europa como marco explicativo de las peculiaridades de su Derecho. 18. Timidez de los avances posteriores en relación con los logrados por las Comunidades Europeas. 19. Su posición dentro del Derecho europeo. 20. El Estatuto del Consejo de Europa como su fuente fundamental: relación con el Derecho de los Estados miembros y procedimientos de revisión. 21. Reglamentos y actos administrativos del Consejo de Europa. 22. El Derecho convencional elaborado por éste. 22. Las recomendaciones de los órganos del Consejo de Europa. 24. La jurisprudencia del Tribunal de Derechos humanos y la práctica de la Comisión.

I. LA FILOSOFIA MORAL DEL CONSEJO DE EUROPA

1. Se trata en estas páginas de exponer sucintamente el significado y posibles consecuencias del ingreso de España en el Consejo de Europa, desde el particular ángulo visual propio de un jurista. La adopción de este punto de vista, evidentemente limitativo del ámbito de este trabajo en lo referente a cuestiones económicas o técnicas, no implica, sin embargo, excluir del estudio que aquí se inicia aquellos aspectos que un criterio angosto pudiera calificar como políticos, en cuanto que en la materia que va a ser desenvuelta en estas páginas sean inseparables de los estrictamente jurídicos.

El Consejo de Europa, en efecto, responde a una determinada concepción política: la demoliberal. Tras ella, existe una Filosofía política, una Etica, a la que la España actual va dando poco a poco su asenso a medida que avanza en su proceso de democratización, emprendido al salir de un régimen político autoritario que durante los últimos decenios nos había convertido en una excepción entre los países de Europa occidental.

Si toda concepción ética de la convivencia humana tiende a informar las reglas jurídicas que han de regir la sociedad o comunidad formada por el grupo humano en el que aquella concepción está vigente, España, en este momento de su entrada en el Consejo de Europa, va a encontrarse en presencia de un sistema o repertorio de reglas de Derecho, susceptibles de integrarse en el ordenamiento jurídico español y aun de imponer obligaciones a nuestro Estado.

A la Etica europea corresponde, pues, un Derecho europeo. Ambas realidades van a ser objeto de las reflexiones que siguen.

2. El pensamiento de una Organización internacional mundial, que ha encontrado su realización en 1919 con la Sociedad de las Naciones y en 1945 con la Organización de las Naciones Unidas, no ha excluido la posibilidad de formación de otras Organizaciones continentales o regionales, algunas de ellas exclusiva o preponderantemente integradas por Estados europeos.

Lo que hasta ahora no ha existido es una Organización que comprenda a todos los Estados europeos y solamente a ellos. Cuando el conde Richard Coudenhove-Kalergi proyectó su **Paneuropa**, excluía de ella a la Gran Bretaña, cabeza de un Imperio mundial y a la Unión Soviética, Estado con dos caras: una, europea, y asiática la otra (1). Años después, Briand, en su célebre **Memorandum**, de 1^o de mayo de 1930, tenía el propósito de crear un lazo federal entre todos los Estados europeos de la época, con inclusión de Inglaterra y de Rusia, pero es bien sabido que el único fruto de aquel intento fue la creación de una Comisión de Estudios para la Unión paneuropea, que arrastró una vida lánguida, sin apenas resultado apreciable (2).

Al terminar la segunda guerra mundial, si cada día estaba más clara en las mentes europeas la necesidad de instituciones intermedias entre el Estado nacio-

(1) COUDENHOVE-KALERGI: **Paneuropa**. Madrid, 1930.

(2) MIRKINE-GUETZEVICH-SCELLE: **L'Union paneuropéenne (Recueil de Documents)**. París, 1931

nal y la Organización mundial, no por ello era más realizable una integración total de Europa. Por un lado, la liberación de los pueblos del Este europeo de la ocupación alemana por el ejército soviético abrió un abismo en cuanto a régimen político, económico y social entre estos pueblos y los Estados del Occidente europeo, que hacía imposible o muy difícil la integración de unos y de otros en Organizaciones diferentes de las mundiales o con tendencia a la universalidad ya existentes. Pero también, en el otro extremo del continente, había dos países, España y Portugal, cuyos respectivos regímenes políticos diferían radicalmente de los postulados integrantes de lo que con exactitud puede llamarse democracia, mientras a este lado de los Pirineos se afirmaba una especie particular de «democracia» a la que se calificaba de «orgánica», lo que imponía el adjetivo de «inorgánica» para la que era suficiente llamar democracia.

Mientras espíritus fanáticos o mendaces sostenían que en la «democracia orgánica» española se encontraba el santuario en que eran guardadas las «reservas espirituales» de Europa, la verdad es que estas reservas tenían su asiento en otra parte, en los países de régimen político demoliberal, dotados de gobernantes capaces de valorar y tratar de perfeccionar un patrimonio moral de Europa.

3. Seguramente, lo que más distingue al Consejo de Europa de otras Organizaciones europeas y extraeuropeas es la insistencia de los redactores de su Estatuto en hablar de un «patrimonio común» de sus pueblos, caracterizado de una doble manera: en su Preámbulo, en cuanto integrado por valores espirituales y morales, y en su artículo primero como compuesto por «ideales y principios» de sus miembros, es decir, de los Estados que forman el Consejo de Europa.

Sin necesidad de remontarse al mito helénico del rapto de Europa, la formulación de una conciencia europea, de la convicción de que algo genérico une a los pobladores de este continente, sólo podía surgir por vía de contraste con otros pueblos dotados de diferente civilización. A este respecto, suele citarse a un cronista medieval que, al describir la batalla de Poitiers, en la que fueron derrotados los musulmanes procedentes de la Península Ibérica por Carlos Martel, designa a los militantes en la hueste cristiana acaudillada por éste con el nombre genérico de «europeenses».

A medida que avanzamos en la Edad Media, la unidad de Europa y de sus gentes se acentúa bajo el impulso cristiano. Sin necesidad de admitir más que dentro de unos límites geográficos y cronológicos muy reducidos la Etnarquía cristiana los supuestos poderes universales del Pontífice y del Emperador germánico, poderes que ni siquiera llegaron a ser europeos, lo cierto es que entre los habitantes de este continente existían gérmenes de unidad fomentados por la Caballería, primera institución paneuropea en frase del barón Taube⁽³⁾, por el comercio marítimo regido por compilaciones, como el Consulado del Mar o los Roles de Olerón, cuya vigencia no se detenía en las fronteras políticas de la época, y hasta por la organización universitaria, con su uniformidad en el empleo de la lengua latina y con la *venia ubique docendi*, prerrogativa de sus doctores.

Hasta aquí, el elemento cristiano parece ser el fermento más poderoso del

(3) TAUBE: *L'inviolabilité des traités* (Recueil des Cours, 1930, II, t. 32, págs. 344 y ss.).

espíritu de unidad europea, pero otro factor no puede minusvalorarse en la formación de este espíritu: el derivado de la civilización clásica. A la concepción de Spengler de las culturas como organismos vivientes con sus fases de crecimiento, madurez y senilidad, Toynbee ha agregado la relación de filiación de unas culturas con otras, y así la actual cultura occidental aparece como hija de la grecorromana, y Salvador de Madariaga ha puesto de relieve como en la formación del espíritu europeo se han conjugado los impulsos de la tradición socrática y de la tradición cristiana (4): «La primacía del espíritu y la voluntad y el estrecho parentesco entre estas dos facultades en la psicología europea explican que las tradiciones más fuertes sean la tradición socrática y la tradición cristiana. Sócrates domina el espíritu de Europa, Cristo su voluntad. Sería en vano preguntarse si estas dos tradiciones son la causa o el efecto del carácter europeo; ambos son causa y efecto, y, lo que es más, dada la intimidad entre el espíritu y la voluntad, las dos tradiciones se han influido naturalmente, de suerte que en el curso de los siglos de vida europea, Sócrates se ha convertido en cristiano y Cristo se ha hecho socrático».

4. Seguramente haya que precisar cómo un tercer factor ha contribuido, al lado del clásico y del cristiano, a la formación del espíritu europeo. Se trata del elemento germánico, con su aportación de individualismo, fuente de privilegios que, al generalizarse progresivamente hasta ser otorgados a todos, se convirtieran en derechos. Ortega y Gasset, en un afortunado ensayo de diferenciación entre democracia y liberalismo, veía en la antigüedad clásica la fuente de la democracia, que no es otra cosa que la participación de los ciudadanos en las tareas del Estado, aunque estos ciudadanos puedan constituir una minoría con respecto a las clases postergadas de su ciudad, mientras que el liberalismo, consistente en la reivindicación de una esfera de vida sustraída al dominio del Estado, aparece en la Edad Media como reivindicación alcanzada por unos cuantos señores feudales en cada país, que, al extenderse a todos, se transformó en derecho (5).

Este proceso, de evolución del privilegio al derecho para todos, se produce en constante simbiosis con los elementos cristiano y grecorromano. En cuanto al primero, basta recordar cómo la tradición británica iniciada con la Carta Magna de 1215, al ser trasplantada a las colonias inglesas en América, adopta un matiz religioso en las Declaraciones de Derechos allí formuladas, que iba a ser conservado a este lado del Atlántico, en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, formulada «en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo».

Las invocaciones a Grecia y a Roma en la Revolución francesa y en los años posteriores comportan evidentemente una enorme carga retórica, pero tras ella, y a pesar de ella, tienden a un reencuentro con lo más valioso de la cultura clásica: el cultivo libre de la razón, sin olvidar que el recuerdo de las democracias griegas y romana va a permitir una plena conjugación, por primera vez en la historia, de la democracia con el liberalismo.

(4) MADARIAGA: *L'esprit de l'Europe*. París, 1952, págs. 12 y ss.

(5) ORTEGA Y GASSET: *Notas del vago estío* («El Espectador», t. V). Obras. Madrid, 1932, páginas 469 y ss.

5. Creadora y depositaria durante un milenio de una civilización que en cada momento era la más avanzada del mundo, Europa ha actuado casi siempre como difusora de su cultura en otros continentes cuyos habitantes generalmente la han copiado o imitado, sin perjuicio de la aparición de algunas individualidades creadoras extraeuropeas.

Este hecho explica que la mayor dificultad para la delimitación del contenido del espíritu europeo esté constituida por la posibilidad de un concepto más amplio, el correspondiente a la cultura occidental, en el que habrá que tomar en consideración a países extraeuropeos, muy especialmente a los Estados Unidos, y del que, acaso, sería necesario excluir a algunos pueblos europeos, los del Este del continente, en cuanto identificásemos cultura Occidental con el llamado mundo libre, en el que rige la economía de mercado.

Parece que esta exclusión resultaría inadmisble: los pueblos del Este europeo, regidos hoy por sistemas socialistas, han contribuido a la formación de la cultura europea, sin que sea fácil resolver si la aportación a ella de los países eslavos ha sido menor que la de los latinos y germánicos, o, simplemente, que en el otro extremo de Europa es menos conocida. Es posible que en alguno de estos pueblos el despliegue del pensamiento haya sufrido fuertes limitaciones en su libertad, pero este hecho, por sí sólo, no autoriza a excluirlos de una cultura europea, aunque razones políticas hayan conducido a los países socialistas a articular su propia integración militar en el Pacto de Varsovia y económica en el COMECON, diferente y paralela a la de las respectivas Organizaciones de la Europa occidental.

En todo caso, había que analizar detenidamente cada uno de los elementos integrantes del llamado patrimonio cultural europeo para poder precisar tanto si los regímenes políticos y económicos de cada uno de los países socialistas suponen una desviación de la línea señalada por los pueblos que han permanecido fieles a la democracia liberal como acerca de la oportunidad de distinguir, allí donde estas desviaciones existan, entre el aparato oficial de cada país y el pueblo de éste.

6. Esta última distinción es perfectamente aplicable al caso de la España de los últimos cuarenta años. Sin perjuicio de proceder más tarde a una ligera referencia a las aportaciones hispánicas a lo que los pueblos que se integraron en el Consejo de Europa consideraban que formaba parte de su patrimonio común, basta ahora con dejar constancia de que los ideales de respeto a la dignidad humana, a la libertad y al imperio del Derecho en la España oficial de estos cuarenta años, más que negados o desconocidos, estaban dotados de un reconocimiento parcial y sujeto a fuerte torsión por el predominio de concepciones opuestas que gradualmente perdieron virulencia a través de la evolución de un totalitarismo político a un simple sistema autoritario, y, sobre todo, por el peso del factor de política religiosa, siempre tan poderoso en el ruedo ibérico, que habría de sufrir un fuerte impacto producido por el cambio de talante de la Iglesia Católica con Juan XXIII y con el Concilio Vaticano II.

No menos claro es que lo lento de esta evolución, desde un punto de partida claramente totalitario, no podía resultar satisfactorio para una gran parte de la España real. Especialmente, la supresión violenta de los partidos políticos y de las Organizaciones sindicales llegó un momento en que mostró su progresiva

incapacidad para impedir el resurgimiento clandestino de unos y de otras, así como una fuerte presión de abajo a arriba para conseguir su legalización. Y fenómenos paralelos a los registrados en orden a los derechos de asociación política y de sindicación pueden señalarse en relación con otros derechos, desde el de libertad religiosa hasta el de huelga, por citar solamente dos de los más fuertemente restringidos durante muchos años en la «democracia orgánica» española.

En lo que sí fue bastante eficaz este régimen es en la falta de información de la mayor parte de los españoles acerca de las Organizaciones internacionales. La más importante de todas, la ONU, tenía la antipatía y el recelo de los grupos dominantes, por las Resoluciones de su Asamblea General en 1946 frente al régimen español, si bien éste aprovechase hábilmente la primera ocasión propicia presentada en 1955 para el ingreso de la Organización. Para los supervivientes entre los vencidos de la guerra civil, si bien la ONU supuso en algún momento cierta esperanza, la disipación de ésta no pudo por menos de asociarse con el recuerdo de la ineficacia que en su día mostró la Sociedad de las Naciones, no ya para imponer el triunfo del gobierno constituido, en julio de 1936, sino hasta para conseguir unas condiciones humanas, una vez terminada la contienda, en el trato a los vencidos.

Esta actitud de tirios y troyanos no pudo menos de producir otra de indiferencia o escepticismo hacia las Organizaciones europeas. Fue, sí, frecuente la propaganda en favor del ingreso en la Organización del Atlántico Norte, a pesar de que la regla de unanimidad para acordarlo hacía este ingreso muy problemático. En medios interesados en el comercio exterior, muy especialmente en la región valenciana, se alimentaron esperanzas basadas en una eventual entrada en la Comunidad Económica Europea, si bien, una vez que, tras larga espera, se vio rechazada la solicitud de asociación con las Comunidades formulada por el Ministro Castiella en 1962, quedó abierta una polémica, en la que, durante varios años, constituyó postura defendida por medios oficiales la de que la demora o la negativa por parte de los órganos comunitarios era debida a la inferioridad de las condiciones económicas españolas respecto a la de los seis Estados fundadores de las Comunidades, mientras que otra postura, sostenida con mayor información o mejor fe, opinaba que la dificultad, de momento insuperable, no era de carácter económico, sino político: la falta de homogeneidad entre lo que pudiera llamarse común denominador político de las monarquías y repúblicas integradas en las Comunidades y el régimen español autodeterminado «democracia orgánica» (6).

En esta situación, el Consejo de Europa no interesó en aquella España oficial en cuanto institución de la que nuestro país pudiese formar parte, si bien no fue totalmente desconocida su obra, en lo que respecta a la adhesión a alguno de los Convenios que contenían cláusulas que admitiesen su extensibilidad a otros Estados europeos no miembros del Consejo, o mediante la forma de tratados bilaterales con alguno de los Estados miembros que reprodujesen con mayor o menor fidelidad algún Convenio colectivo de los firmados en el Consejo de Europa.

(6) IGLESIAS BUIGUES: *Comunidad Económica Europea. Razones y ejemplos de los obstáculos para la admisión de España*. Madrid, 1972.

No fue demasiado mayor el interés, y aún el conocimiento del Consejo de Europa en la España real que en la oficial. Tan sólo en algunas cátedras de Derecho internacional se le dedicó algún atención, nunca excesiva, tanto por la necesidad de tratar de otros temas de interés más inmediato con mayor extensión como por la humana cautela de los profesores en no profundizar demasiado en cuestiones en las que no podía por menos de apreciarse patentemente que teníamos mucho que aprender en el orden ético de las democracias, desde aquí calificadas como «inorgánicas», sin que tampoco los medios de comunicación social pudiesen orientar mucho al español medio en estas materias.

7. Veamos ahora el contenido de ese patrimonio común europeo en el ámbito de la moral política. En el Preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa, firmado en Londres el 5 de mayo de 1949, los Gobiernos del Reino de Bélgica, del Reino de Dinamarca, de la República francesa, de la República irlandesa, de la República italiana, del Gran Ducado de Luxemburgo, del Reino de los Países Bajos, del Reino de Noruega, del Reino de Suecia y del Reino Unido de la Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, reafirman:

«Su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia.»

Parece, por consiguiente, que existen democracias que no son «auténticas», cuya delimitación con las verdaderas ha de estar en función del respeto a las libertades y al imperio del Derecho. Encontramos, años después, una confirmación, y, en cierto modo, ampliación de esta tesis en la Encíclica *Pacem in terris*, cuando, después de reiterar la doctrina católica tradicional acerca del origen divino de la autoridad y su sumisión al orden moral para que sus mandatos obliguen en conciencia, añade:

«Ahora bien; del hecho de que la autoridad procede de Dios no debe, en modo alguno, deducirse que los hombres no tengan derecho a elegir los gobernantes de la nación, establecer la forma de gobierno y determinar los procedimientos y los límites en el ejercicio de la autoridad. De aquí que la doctrina que acabamos de exponer pueda conciliarse con cualquier clase de régimen auténticamente democrático» (7).

En su comentario a este pasaje de la *Pacem in terris*, el profesor SANCHEZ AGESTA recuerda que en el texto de la Encíclica aparece citado a pie de página el Mensaje radiofónico de Pío XII en la Navidad de 1944, en el que se caracteriza la democracia negativamente como sistema opuesto a los «monopolios de poder dictatorial», y positivamente por los ideales de libertad e igualdad realizados en un régimen que, de una parte, coloca al ciudadano en condiciones cada vez mejores

(7) *Comentarios a la Pacem in terris*. Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1963, pág. 23.

de tener su propia opinión personal y de expresarla y hacerla valer de manera conducente al bien común y, de otra, inviste al Estado con el poder de mandar con autoridad verdadera y eficaz (8).

Es probable que no exista una coincidencia exacta en cuanto a las formas políticas insusceptibles de calificarse como democracias «auténticas» o «genuinas», en cuanto de la lectura de otros párrafos de la Encíclica se infiere la existencia de una modalidad de la democracia reprobada por el Pontífice: la tesis radical que hace derivar la autoridad exclusivamente de la autoridad de los gobernados, sin tener en cuenta su última procedencia divina. Si es natural que esta concepción no sea grata en los medios vaticanos, no es menos cierto que bajo el nombre de democracia, con un calificativo u otro, se han amparado regímenes políticos inspirados en principios muy diferentes a los proclamados en la *Pacem in terris* y, por supuesto, de los ideales expresados en el Estatuto del Consejo de Europa.

8. Un análisis de estos ideales nos llevaría muy lejos, sobre todo si intentásemos seguir la línea evolutiva desde la incorporación de cada uno de ellos a la cultura occidental (9). Es posible, sin embargo, descubrir fácilmente tanto los ideales como los principios inspiradores de la creación del Consejo de Europa a través de las obligaciones jurídicas que sus Estados Miembros han asumido para la puesta en práctica de aquellos principios e ideales. En efecto, según el artículo 3 del Estatuto:

«Todo Miembro del Consejo de Europa reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual toda persona bajo su jurisdicción debe disfrutar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y se compromete a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad consignada en el Capítulo I.»

Tal finalidad está expresada en el párrafo a) del artículo primero del Estatuto.

«consiste en realizar una unión más estrecha entre sus Miembros, para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social».

Es posible que nos encontremos ante una referencia poco explicitada respecto al contenido de los mencionados ideales y principios, y, sobre todo, carente de una clara delimitación entre los principios y los ideales que constituyen el patrimonio común europeo, así como tampoco sea fácil dentro de éste separar el contenido moral del intelectual.

En cambio, está perfectamente claro que cualquiera que sea el enfoque con que intentamos contemplarlo, el patrimonio común europeo no sólo se refiere, sino que concretamente se centra, en lo que el profesor Charles de VISSCHER ha llamado «los fines humanos del poder» (10), es decir, una concepción política en

(8) SANCHEZ AGESTA: *Comentarios cit.*, pág. 93.

(9) DELBEZ: *Les bases spirituelles de l'Europe*. Mélanges GIDEL. París, 1960, págs. 167 y ss.

(10) DE VISSCHER: *Théories et réalités en Droit international public* (Quatrième édition). París, 1970, págs. 151 y ss.

la que, sin negar la necesidad de un bien común que el Estado, y aun las Organizaciones internacionales, están llamadas a desarrollar en sus respectivas esferas, ese bien común es concebido a base de la creencia en unos derechos del hombre, de cada ser humano, cuyo respeto impone al Estado tanto obligaciones negativas, de abstención de determinadas actividades, como otras positivas de adoptar, en función de las posibilidades de cada lugar y momento, medidas tendentes a hacer cada vez más reales las libertades y derechos teóricamente proclamados.

9. Pudiera pensarse que este patrimonio ético e intelectual no es exclusivamente europeo, sobre todo si tenemos presente que su cristalización en el Consejo de Europa aparece históricamente como una manifestación o una fase de una tendencia más amplia: la que irrumpe arrolladoramente al terminar la segunda guerra mundial tanto en la elaboración o revisión constitucional de gran número de países europeos y extraeuropeos como en una Organización internacional con vocación a la universalidad, como es la ONU.

En efecto, el sistema de proclamación y protección de los derechos del hombre, que ya en las Constituciones nacidas entre las dos guerras mundiales, o, más exactamente, desde la Constitución mexicana de 1917, había sido enriquecido con la adición a las antiguas libertades de carácter individual y político de otros derechos de contenido económico, social y cultural, va a entrar a partir de 1945 en una nueva fase cuyo desarrollo no puede circunscribirse a la Europa occidental. Baste recordar que cuando, el 5 de mayo de 1949, es firmado en Londres el Estatuto del Consejo de Europa estaba reciente la proclamación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, de la Declaración universal de derechos humanos, clara y solemne expresión de la reacción mundial suscitada contra el totalitarismo político y las prácticas inhumanas de los Estados vencidos en la segunda guerra mundial.

La Declaración Universal constituía, por otra parte, el primer paso dado por la Organización de las Naciones en el cumplimiento de uno de sus propósitos: el de «realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales para todos sin hacer distinción por motivo de raza, sexo, idioma o religión».

Ya en el momento de votarse por la Asamblea General la Declaración Universal de Derechos humanos era fácil predecir que la concreción de los derechos declarados y la eficacia de su protección iba a encontrarse en relación inversa del número de Estados vinculados por cada Pacto o Declaración en la materia. Por aquellos años, MIRKINE-GUETZEVITCH podía decir que una declaración de derechos humanos, si es universal, no puede ser democrática, y, si es verdaderamente democrática, no puede ser universal (11), habida cuenta que entonces, al lado de los Estados organizados democráticamente, existían otros con regímenes políticos ademocráticos o antidemocráticos.

Cualquiera que sea la exactitud de esta discriminación, es indudable que en 1949 los Estados que mejor respondían al modelo de la democracia liberal eran los europeos situados entre los Pirineos y el telón de acero. Sin perjuicio de que los

(11) MIRKINE-GUETZEVITCH: *Quelques problèmes de la mise en oeuvre de la Déclaration Universelle des droits de l'homme* (Recueil des Cours, 1953-II, t. 83, págs. 255 y ss.

Estados Unidos, algunos Dominios británicos y Repúblicas hispanoamericanas alcanzasen un grado de respeto a los derechos del hombre comparable al de los países fundadores del Consejo de Europa, en éstos habría de ser más enérgica la reafirmación de aquellos derechos en cuanto reacción a las violaciones entonces recientes en su suelo por parte de los propios Gobiernos en Alemania e Italia, y por una potencia ocupante en los otros países.

Sobre todo, el proceso hacia la protección de los derechos humanos en este ámbito geográfico se inserta en otro más amplio encaminado a una evolución de la organización europea. Nace el Consejo de Europa con un condicionamiento motivado por la tensión entre la repulsa a un vínculo federal, claramente manifiesta en el Congreso de La Haya de 1948, por parte de la Gran Bretaña y otros Estados europeos, y la necesidad de una limitación a las soberanías estatales, que se abre paso, precisamente, en la materia referente a los derechos humanos, aquélla en la que menos admisible resultaba para todos un poder omnímodo de cada Estado.

10. España estuvo ausente en la gestación tanto de la ONU como del Consejo de Europa, etapa histórica en la que se pasó en nuestra piel de toro desde un repudio oficial a la tendencia demoliberal centrada en el reconocimiento y protección de los derechos del hombre y del ciudadano a una versión legislativa de los citados derechos, en la que éstos aparecían fuertemente recortados en relación a anteriores Constituciones españolas, tanto por la letra del Fuero de los Españoles como por el marco político autoritario en el que éste hubo de funcionar.

Es explicable que en los medios oficiales españoles entre 1939 y 1975 no resultase tema demasiado grato el relativo a los derechos del hombre, sin perjuicio de que, una vez ingresada España en la ONU y señalado 1968 como año de los derechos humanos, no faltase su conmemoración con emisiones postales y actos académicos, en lo que cada participante administró prudentemente el margen de libertad de expresión tolerado, seguramente mayor en esta ocasión que en otras. Lo que no pudo haber fue una propaganda directa para el ingreso de España en el Consejo de Europa que no hubiere podido por menos de basarse en su sistema de protección y garantía de los derechos humanos, lo que hubiere implicado ciertas comparaciones, siempre odiosas.

Si se permite aludir a una experiencia personal, en esta materia como en otras análogas, una postura demoliberal no era demasiado difícil ni peligrosa de exponer, a condición de que fuera cohonestada con la invocación de citas respetables, durante muchos años la del Padre Francisco de Vitoria, hasta que resultó más cómodo y cercano basarse en las tesis sostenidas por los últimos Pontífices y por el Concilio Vaticano II.

Es indudable la supervivencia en la España real de una tradición humanista que no pudo ser ni suprimida ni asimilada por un régimen autoritario, durante cuya vigencia era manifiesta la tensión entre las que el escritor portugués Fidelino de FIGUEIREDO llamó «las dos Españas» (12).

La propaganda oficial del régimen franquista tergiversó esta tensión con una discriminación maniquea: para aquélla, la corriente demoliberal y europeizante era

(12) FIGUEIREDO: *Las dos Españas*. Santiago, 1933.

la «antiespaña» o la «antipatria», denominaciones genéricas en las que se comprendía a cuanto se apartaba de la ideología del régimen.

Claro es que en esta «antipatria» estaban —estábamos— comprendidos cuantos participaban de la mencionada corriente humanista, no menos española que la reaccionaria, que se consideraban partícipes del patrimonio común europeo en los órdenes ético e intelectual, que, en cierto modo, fue defendido por el bando que resultó vencido en nuestra guerra civil.

Sería sustituir un maniqueísmo por otro contrario dejar de reconocer que esta guerra fratricida fue algo más complejo que la hecha entre las dos Españas, pero lo que es cierto es que, en la que resultó vencedora, los grupos relativamente liberales nunca fueron los preponderantes y, a veces, también fueron perseguidos.

Afortunadamente, generaciones nuevas han tomado ya el relevo en el mando y en la responsabilidad, y todos los síntomas coinciden en que, salvo alguna desviación, va a poder ser continuada la mejor tradición humanista española.

Esta tradición humanista ha constituido una aportación a la génesis del espíritu europeo en diferentes aspectos de la cultura, entre los cuales no ha sido el político el menos intenso. Sin remontarnos a los procedimientos de firma y de manifestación ante el Justicia Mayor de Aragón o a las franquicias otorgadas por los Fueros Municipales castellanos, un momento estelar en la evolución del constitucionalismo en el constituido por la influencia en el **Risorgimento** italiano de la Constitución gaditana de 1812, y la misma Constitución de 1931, con su fórmula de Estado integral compatible con las autonomías regionales y con su Tribunal de Garantías constitucionales, constituyó también una clara contribución a la elaboración de un Estado de Derecho.

España llega, por consiguiente, con una plena legitimación al Consejo de Europa, gracias, precisamente, a aquella tradición humanista, a la tarea silenciosa de los disidentes del régimen franquista, y al esfuerzo de los actuales gobernantes, estimulados por la voluntad inequívoca del pueblo español.

11. Cualesquiera que sean los antecedentes históricos, es indudable que el factor determinante para el cambio favorable de postura tanto del Consejo de Europa como de cada uno de los Estados que lo integran respecto a España está constituido por el esfuerzo de la actual España oficial para entrar en cauces demoliberales.

Este fenómeno supone una clara aplicación de lo que, si la expresión no estuviese un tanto desacreditada, pudiéramos calificar como una ley histórica: la de la homogeneidad de regímenes políticos en el seno de las Organizaciones internacionales, o, si se quiere, con expresión más cautelosa, en su doble aspecto de la facilidad de los Estados con regímenes políticos iguales o análogos para integrarse en una Organización internacional y de la dificultad de que ésta subsista o funcione bien cuando alguno de los Estados integrantes se desvía de aquella homogeneidad (13).

Sin buscar ejemplos fuera del Consejo de Europa, el más claro es el de la retirada de éste, para evitar su anunciada expulsión, de Grecia a raíz de la llamada

(13) TENÉKIDES: *Régimes Internes et Organisation International* (Recueil des Cours, 1963-III, t. 110, págs. 277 y ss.).

«revolución de los coroneles» en 1967, fenómeno sumamente aleccionador para la España de aquel momento, en la que el profesor PUENTE EGIDO señaló como ideas centrales de lo que llamó «armonía institucional en las Organizaciones europeas» las que siguen:

a) El proceso de unificación europeo occidental está sometido a una no pequeña exigencia de armonía jurídico-política, inicial o dinámicamente entendida según los casos.

b) Esta armonía sustancialmente se centra en el respeto a las libertades y derechos fundamentales humanos, internacionalmente garantizados, en el aseguramiento, también por vía internacional, de la existencia dentro de las estructuras estatales internas, de instituciones representativas.

c) Reconocimiento, en alguna forma, dentro de la estructura jurídico-política interna del principio de separación de poderes» (14).

No hay necesidad de comentario alguno: los obstáculos, al menos los políticos, han sido removidos, las condiciones están cumplidas. España es ya, en el orden ético, una parte integrante de Europa.

II. EL DERECHO DEL CONSEJO DE EUROPA

12. Ampliado el ámbito del Derecho internacional a regular, además de las relaciones entre los Estados, la organización y funcionamiento de las Organizaciones internacionales, de esta regulación puede resultar el otorgamiento a alguna de estas Organizaciones de una facultad nomogenética, es decir, de elaboración y positivación de reglas jurídicas.

Creadas las Organizaciones, por regla general, por un convenio internacional, con el nombre de Carta, Pacto, Estatuto, etc., aparecen en éste configurados unos órganos cuyos acuerdos expresan la voluntad de las respectivas Organizaciones, voluntad que, expresada válidamente en las condiciones requeridas por el respectivo Tratado, Estatuto o Carta (15) ejerce una vinculación más o menos intensa sobre los Estados miembros de la Organización, y, a veces, sobre las personas físicas y jurídicas sujetas a su autoridad.

Lo difícil es precisar en cada caso hasta qué punto la aludida vinculación es la propia de la regla jurídica plenamente obligatoria para sus destinatarios. Pero, con la reserva de que no siempre acontece así, no hay inconveniente en admitir lo que hace años denominó el profesor MONACO «autonomía normativa de los entes internacionales» (16).

(14) PUENTE EGIDO: Algunas consideraciones en torno al principio de la armonía institucional en las Organizaciones europeas con especial referencia al Derecho español («Revista Española de Derecho Internacional», 1968, págs. 570 y ss.).

(15) DIEZ DE VELASCO: Instituciones de Derecho internacional público. T. II, Madrid, 1977, páginas 42 y ss.

(16) MONACO: L'autonomia normativa degli ente Internazionali [Scritti di Diritto internazionale In Onore di Tomaso Perassi; Volume secondo, 1957, págs. 137 y ss.

Como esta autonomía no puede entenderse de manera tan radical que suponga que todas las declaraciones de voluntad de una Organización internacional emitidas conforme a su Carta constitutiva posean una única naturaleza jurídica de reglas obligatorias para sus destinatarios, se hace preciso, antes de proceder al análisis de las fuentes y elementos constitutivos del Derecho específico del Consejo de Europa, señalar las diferentes posibilidades de actuar las Organizaciones internacionales en el proceso nomogenético de las reglas integrantes del Derecho de Gentes.

13. Empezar esta tarea supone no limitarse al análisis de los casos en que las Organizaciones internacionales han dado lugar a un tipo especial de fuente jurídica, sino contemplar también otras hipótesis en las que, por vías indirectas o mediatas, las Organizaciones han contribuido al proceso nomogenético de las reglas internacionales.

Este amplio ángulo visual ha sido el adoptado por el profesor PECOURT en un riguroso estudio (17), cuyas líneas maestras vamos a seguir en esquemática síntesis.

El grado mínimo de esta actuación de las Organizaciones internacionales es el que MONACO llama una acción normativa indirecta o mediata, entendida como «la destinada a facilitar la creación de normas jurídicas internacionales entre los Estados adheridos a la unión institutiva del ente» (18), concepto que a PECOURT le resulta demasiado estrecho, en cuanto dicha acción indirecta puede afectar también a Estados diferentes de aquéllos, por lo que prefiere, en fórmula más amplia, encontrar en aquella acción normativa indirecta la constituida por todas las actividades de las Organizaciones internacionales, en los que no figura como parte la Organización que ha realizado una de las citadas actividades (19).

Una primera modalidad de esta acción indirecta es la desplegada en virtud de sus textos fundacionales respectivos que encomiendan a algunas Organizaciones la competencia para **hacer estudios y formular recomendaciones**, tal como, por ejemplo, ocurre en la ONU en virtud del artículo 13 de la Carta.

PECOURT distingue varias formas de actuación dentro de la acción Indirecta o mediata:

a) Acción de simple estímulo a la creación de reglas internacionales. Se trata de una función análoga a la desempeñada por los tratados, alguna de cuyas estipulaciones es constitutiva de un **pactum de contrahendo**(20). Su eficacia, por regla general, se reduce a imponer una obligación de negociar.

b) Forma algo más intensa es la constituida por la intervención de las Organizaciones en la preparación de los tratados.

c) La intervención de las Organizaciones se acentúa cuando, además de la tarea preparatoria de un tratado, el texto de éste es aceptado y aprobado por uno de los órganos de la Organización.

(17) PECOURT GARCIA: *La acción normativa de las Organizaciones internacionales* (Anuario de Derecho Internacional, t. I, Pamplona, 1974, págs. 165 y ss.).

(18) MONACO: Art. cit., pág. 157.

(19) PECOURT GARCIA: Art. cit., pág. 174.

(20) MIAJA DE LA MUELA: *Pacta de contrahendo en Derecho internacional público* («Revista Española de Derecho Internacional», 1968, págs. 392 y ss.).

d) La relevancia de la intervención de las Organizaciones en la formación de los tratados acentúa aún más su relieve cuando se elimina el trámite de la firma y el convenio se somete directamente a la aceptación de los Estados miembros de la Organización y, en ocasiones, también a la de los no miembros. Los Convenios preparados y aprobados por la Organización Internacional del Trabajo constituyen el ejemplo más representativo.

e) A la acción mediata o indirecta atribuye también PECOURT (21) una serie de sensibles modificaciones operadas en el régimen clásico de los tratados, en diferentes aspectos como el de su negociación, en el de la práctica de la firma diferida, en la nueva modalidad de prestación de consentimiento de los Estados a un convenio mediante la **aceptación**, y en especialidades respecto a las reservas, así como al registro y publicación de los tratados y hasta en el control de la aplicación e interpretación de los tratados.

f) También la acción normativa indirecta de las Organizaciones incide sobre las fuentes del Derecho internacional diferentes del tratado: la costumbre y los principios generales del Derecho. Se manifiesta esta función no sólo en la labor codificadora en sentido estricto en cuanto da forma escrita a reglas que ya gozaban de una vigencia consuetudinaria, sino también en los supuestos en que una Organización declara, proclama o confirma la existencia de una norma, frecuentemente sobre todo cuando la resolución de uno de sus órganos adopta la forma de **Declaración**, aunque también ocurra que en acuerdos de este tipo se incluyen proposiciones que tienen más de **desiderata** que de expresión del Derecho vigente (22).

14. Continuando, con la exposición del profesor PECOURT como guía, hay que registrar los casos en que las Organizaciones internacionales ejercen una acción normativa directa o inmediata, **heterónoma**, manifestada en las hipótesis en las que las Organizaciones intervienen en la creación de normas convencionales, actuando como parte en el tratado correspondiente, o en la de reglas consuetudinarias, como agentes colaboradores de las mismas. Los supuestos distinguidos por PECOURT son los siguientes:

a) *Acción normativa directa heterónoma de las Organizaciones en cuanto crean reglas internacionales de carácter convencional, es decir, en cuanto partes en acuerdos con otros sujetos internacionales, actividad que, si no hace mucho resultaba algo anómala, hoy es perfectamente normal.*

b) *Participación de las Organizaciones en el proceso de creación de reglas internacionales consuetudinarias, tanto en el Derecho interno de la propia Organización como en el ámbito del Derecho internacional general. En el primer aspecto, la práctica seguida sin contradicción durante cierto tiempo por un órgano de la Organización puede ser generalmente aceptada por los miembros de dicho órgano, y dar así lugar a una costumbre en el seno de la Organización. Un claro ejemplo es lo acontecido con las abstenciones de un miembro permanente del Consejo de Seguridad, interpretadas siempre como no impeditivas de la adopción de resolu-*

(21) PECOURT GARCIA: *Art. cit.*, págs. 181 y 182.

(22) PECOURT GARCIA: *Art. cit.*, págs. 186 y ss.

ciones, por no ser consideradas como una modalidad de ejercicio del derecho de veto.

Desde otro punto de vista, la repetición de una misma regla en diferentes convenios concluidos por las Organizaciones internacionales puede dar lugar a una regla consuetudinaria.

15. Finalmente, el aspecto en el que la existencia de las Organizaciones internacionales ha podido afectar más intensamente a la producción de reglas jurídicas es el de la adopción de resoluciones como resultado del ejercicio de las competencias que cada Organización tiene conferidas por su propio texto constitucional. En estas resoluciones existe una gran variedad tanto en cuanto a su contenido como en lo relativo a su grado de obligatoriedad, que ha convertido su estudio en uno de los temas más complejos y polémicos de la teoría jurídico-internacional, aunque muchas veces se simplifique, al no prestar atención más que a las resoluciones más importantes, esto es, a las emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas (23).

Con un ángulo visual más amplio, podemos contemplar diferentes especies de resoluciones:

a) Las referentes al Derecho interno de la Organización, uno de cuyos órganos la ha adoptado. En esta categoría entran las resoluciones que aprueban el Reglamento del órgano que las dicta o de otro de la misma Organización, las que instituyen órganos subsidiarios o comisiones o las que fijan la relación entre la Organización y sus funcionarios. No puede dudarse de la obligatoriedad de este tipo de resoluciones, si bien su contenido no se inserta en el ámbito del Derecho internacional general.

b) Una de las modalidades más frecuentes entre las resoluciones de las Organizaciones internacionales es la constituida por las que reciben el nombre de **recomendaciones**, término utilizado ya por Conferencias diplomáticas desde principios del siglo XX. Actualmente, la atribución a la Asamblea General de las Naciones Unidas de la competencia para hacer estudios y formular recomendaciones, así como al Consejo de Seguridad para proceder en el marco del Capítulo VI de la Carta por vía de recomendación ha potenciado el interés por precisar el carácter jurídico y el grado de vinculatoriedad de los acuerdos en que la voluntad de uno de los órganos de una Organización internacional se ha expresado en forma de recomendación.

En cuanto que lo único que interesa en este momento es señalar una tipología de actividades de las Organizaciones que sirva de marco para encuadrar las declaraciones de voluntad emitidas por los órganos del Consejo de Europa, no resulta pertinente entrar a fondo en el grave problema de la naturaleza jurídica y obligatoriedad de las recomendaciones emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Baste recordar, para aplicarlo en cuanto sea procedente a ciertas declaraciones de voluntad de los órganos del Consejo de Europa, la tesis que el autor de

[23] Una exposición muy clara y una amplísima bibliografía sobre la cuestión en DIEZ DE VELASCO: *Ob. cit.*, t. II, págs. 58 y ss.

estas páginas ha sostenido en otras ocasiones (24): la Asamblea General de la ONU, legitimada por la Carta para hacer estudios y formular recomendaciones, carece de una **potestad** legislativa, pero posee, en cambio, una **autoridad**, en cuanto expresión de la voluntad de la mayoría del género humano, coincidente con una convicción generadora de una **opinio iuris**, que puede producir, siquiera sea con el concurso de otras circunstancias, que sus declaraciones contengan desde la manifestación de una regla de Derecho **in statu nascendi** hasta una norma plenamente obligatoria.

Esta obligatoriedad aparece clara en hipótesis como las siguientes:

1.º Resoluciones interpretativas de la Carta o Estatuto de cada Organización, tanto en el ámbito del Derecho interno de ésta como en la determinación de los derechos y obligaciones de los Estados miembros.

2.º Resoluciones que proclaman una regla como vigente en el orden jurídico internacional.

3.º Resoluciones que declaran la necesidad de una nueva regla jurídica que todavía no ha alcanzado vigencia. Habrá que estimar en ellas el contenido de una **opinio iuris**, que, si es seguida por una suficiente repetición de actos, tendrá virtualidad para engendrar una nueva costumbre internacional.

16. Finalmente, en el campo de las Organizaciones internacionales existe otra posibilidad, si no de crear, al menos de precisar, el contenido y vigencia de las reglas jurídicas, y aún, en caso de duda, de proclamar su existencia, la constituida por la jurisprudencia internacional. Así como, en lo que respecta al Derecho internacional general, el Tribunal Internacional de Justicia ha sido el primer manantial de decisiones jurisprudenciales, aparte de haber cumplido su misión interpretativa respecto a la Carta de la ONU, existen Organizaciones dotadas de un órgano jurisprudencial propio, y entre ellas se encuentra el Consejo de Europa con su Comisión y su Tribunal de Derechos humanos.

17. Antes de ver hasta qué punto es posible encuadrar en la tipología que antecede los elementos constitutivos del ordenamiento jurídico del Consejo de Europa, es conveniente recordar algunas peculiaridades que acompañaron a su creación, así como analizar lo que pueda existir entre las atribuciones de sus órganos de competencia nomogénica.

En el primer aspecto, la creación del Consejo de Europa vino condicionada, aparte de la imposibilidad en 1949 de dar entrada en él a los Estados europeos dotados de formas políticas diferentes de las democracias occidentales, por el carácter de transacción entre las dos tendencias que en aquel momento preconizaban respectivamente el federalismo europeo y la cooperación sin establecimiento de lazo federal alguno. Esta dualidad de tendencias era ostensible en los años que siguieron a la terminación de la segunda guerra mundial no sólo entre los gobier-

(24) MIAJA DE LA MUELA: *La emancipación de los pueblos coloniales y el Derecho internacional*. Valencia, 1965, págs. 148 y ss.; *Introducción al Derecho internacional público* (6.ª ed.). Madrid, 1974, página 211. En el mismo sentido, RUILOBA SANTANA: *La concepción tridimensional del Derecho y el Derecho internacional*, «Estudios en honor del Profesor José Corts Grau», Valencia, 1977, págs. 417 y 429).

nos de los diferentes países del continente, sino también en los distintos Movimientos para la Unidad Europea que por entonces funcionaban, cuya pluralidad no beneficiaba la causa que defendían. Si, como pudo decirse, «parecía paradójico que los que preconizaban la unión, no hayan comenzado por hacerla ellos mismos» (25), un paso hacia esta unidad fue la creación en diciembre de 1947 de un **Comité internacional de coordinación de los Movimientos para la Unidad Europea**.

Bajo los auspicios de este Comité fueron celebradas varias Conferencias, la más importante celebrada en La Haya del 7 al 10 de mayo de 1948, integrada por más de ochocientas personalidades de muy variadas nacionalidades y tendencias. El Congreso fue abierto por un mensaje de la, entonces, princesa Juliana y un discurso de Mr. Churchill. El trabajo fundamental estuvo a cargo de comisiones que elaboraron varias recomendaciones para la reunión urgente de una Asamblea europea compuesta por representantes designados por los Parlamentos nacionales, para la elaboración de una Carta europea de los derechos del hombre con un Tribunal de Justicia para hacerla respetar, así como en vista de la unión económica de Europa y la creación de un Centro europeo de Cultura (26).

Ya en este Congreso el principal debate se centró entre los partidarios y los adversarios de la creación de un Gobierno Federal europeo. El acuerdo de compromiso, adoptado por unanimidad el 10 de mayo de 1948, reclamaba la reunión urgente de una Asamblea europea, y quedó reforzado por la presión ejercida por los diferentes Movimientos europeos que estuvieron representados en La Haya para urgir de los Gobiernos su cumplimiento. Una delegación de estos Movimientos presentó la resolución de La Haya al Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores de los cinco países firmantes del Pacto de Bruselas.

A fines de julio de 1948, el Presidente del Consejo belga, Paul Henry Spaak anunció en el Senado que era favorable a la constitución de la Asamblea proyectada y que sometería el proyecto de su convocatoria a los otros cuatro Ministros de Asuntos Exteriores, dando rápidamente su asenso los Gobiernos de Francia y de Bélgica, y, algo después, el holandés. No obstante haber hecho reservas a cualquier vínculo federal, el Gobierno británico propuso el 28 de octubre de 1948 en el Consejo consultivo del Tratado de Bruselas un contraproyecto en el que se preveía la creación de un Consejo de Ministros europeo.

En la reunión de octubre del citado Consejo consultivo se enfrentaron dos proyectos: en uno se preconizaba unir en una Asamblea representativa a los pueblos de Europa, mientras en el otro se delineaba una cooperación realizada por un Consejo de Ministros, es decir, por una representación de los Gobiernos.

El Consejo consultivo del Tratado de Bruselas designó un **Comité permanente para el estudio y el desarrollo de la Federación europea**, encargado de examinar los dos proyectos, que no pudo hacer otra cosa que dejar constancia de la oposición entre los representantes británicos con los de Francia y del Benelux. En una nueva reunión, los días 27 y 28 de enero de 1949 fue encontrada una solución

(25) VOYENNE: *Petit histoire de l'idée européenne*. Paris, 1954, pág. 177.

(26) ALBONETTI: *Préhistoire des Etats-Unis de l'Europe*. Paris, 1963, págs. 64 y ss.

transaccional que tomó realidad en el Estatuto del Consejo de Europa, firmado en Londres el 5 de mayo de 1949 (27).

El compromiso entre las dos tendencias se ha concretado en dotar al Consejo de Europa de dos órganos diferentes: un Comité de Ministros, adoptando sus acuerdos por unanimidad, y una Asamblea consultiva que celebraría reuniones anuales por plazo no superior a un mes, que no sólo no dispone de una potestad legislativa, sino que tiene que deliberar según un Orden del día fijado por el Consejo de Ministros. La principal función de la Asamblea consultiva será la de adoptar recomendaciones por mayoría de dos tercios, que son transmitidas al Comité de Ministros para decisión, que puede libremente acordar o negar.

18. Los datos recogidos acerca de los factores que condicionaran la creación del Consejo de Europa y la dualidad de órganos resultante del criterio transaccional que presidió la formación de su Estatuto configuran a esta Organización europea, cualquiera que fuesen el alcance y novedad que supuso en 1949 la puesta en marcha de su Asamblea consultiva, como una de las que en menos grado limitan la soberanía de los Estados miembros, al menos en lo que exceda de su voluntad al adherirse al mecanismo de protección a los derechos humanos creado por el Convenio de Roma, de 4 de diciembre de 1950, y perfeccionado por Protocolos adicionales.

Sin embargo, casi desde su puesta en funcionamiento, el Consejo de Europa ha sufrido una evolución, no muy intensa, pero sí apreciable, en el sentido de desarrollar los gérmenes de federalismo contenidos en su Estatuto, llegando, en opinión de un comentarista (28), «a pesar de su ausencia de poderes reales, a poseer ciertos medios indirectos de forzar la mano de los Estados reticentes», por medio de un desarrollo de las competencias estatutarias tanto del Consejo, en general, como de cada uno de sus órganos, a través de dos corrientes: una, por su amplitud en la interpretación de los textos reguladores, y la otra, por la progresiva atenuación de las limitaciones señaladas a la competencia del Consejo por el artículo 1.º de su Estatuto en orden a las relaciones con otras Organizaciones internacionales y a la defensa nacional.

No puede negarse que estos avances resultan demasiado tímidos si se piensa que varios de los Estados miembros del Consejo de Europa iniciaron, poco después de la creación de éste, la puesta en marcha de un proceso de integración con la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero el 18 de abril de 1950, y culminado el 25 de marzo de 1957 con la de la Comunidad Económica Europea y la Euratom.

Estas tres Comunidades Europeas han alcanzado, al menos en parte, la meta que se habían propuesto los europeístas más avanzados de ver transferidas ciertas competencias de los Estados miembros a una entidad «supranacional», una de cuyas características habría de ser la sustitución de la regla de la unanimidad por la posibilidad de acuerdos por mayoría.

(27) ALBONETTI: *Ob. cit.*, págs. 65 y 66; SORENSEN: *Le Conseil de l'Europe* (Recueil des Cours, 1952-II, t. 81, págs. 121 y ss.

(28) BENAR: *Le Conseil de l'Europe* (Juris-Classeur de Droit International. Fase 155 A, pág. 6).

En oposición a las Comunidades europeas, creadoras de un orden jurídico nuevo, el Consejo de Europa constituye, cualesquiera que sean sus características de novedad, una Organización internacional de tipo clásico: intergubernamental por los miembros que lo componen, funcionando en régimen de unanimidad y con los Estados miembros siempre interpuestos entre los individuos y el Consejo mismo (29).

Un análisis minucioso puede encontrar peculiaridades en los convenios firmados bajo los auspicios del Consejo de Europa que se apartan un tanto de las prácticas propias del Derecho internacional general, tales como la intervención de un órgano no gubernamental, la Asamblea consultiva, en su proceso de elaboración, así como el control que sobre el cumplimiento de algunos de estos tratados ejercen los órganos del Consejo. A pesar de todo ello, nos encontramos muy distantes de la nota esencial de las tres Comunidades europeas en cuanto al disfrute de competencias, normalmente estatales, que les han sido objeto de transferencia por los Estados miembros.

19. Con estos antecedentes, estamos ya en condiciones de proceder al análisis de la naturaleza y fuentes del Derecho propio del Consejo de Europa. Premisa indispensable para cuanto va a ser expuesto es la aclaración de que la afirmación de existencia de un Derecho de las Organizaciones internacionales como diferente del Derecho internacional general no excluye que, al lado de lo que pudiera contener de común para las diferentes Organizaciones internacionales —objeto de reglas consuetudinarias nacidas de la repetición de su contenido en otras existentes en los Tratados constitutivos de la mayoría de las Organizaciones—, exista un Derecho propio para cada Organización.

Toda Organización internacional contiene un ordenamiento jurídico específico presidido por su propio Pacto, Carta o Estatuto y constituido o integrado por las decisiones emanadas de aquellos de sus órganos dotados de una facultad nomogénica, lo que explica la mayor o menor riqueza de su contenido normativo, según no sólo la amplitud de esta facultad tal como es ejercida por vía de decisiones o resoluciones, sino también en cuanto al grado de dedicación a la preparación de convenios internacionales.

La existencia de este derecho propio de cada Organización, como observara en su día madame Bastid (30), fue reconocida por primera vez en relación con el de la Sociedad de las Naciones por su Tribunal administrativo en su segunda sentencia, dictada en 16 de enero de 1929, y hoy es doctrina generalmente aceptada la de existir un Derecho específico tanto de la ONU como de otras Organizaciones, aunque en algún caso pueda existir un ordenamiento jurídico que, al menos en parte, es común para varias, como es el caso de las tres Comunidades europeas.

Es interesante observar que la denominación de Derecho europeo suele reservarse para el específico de las tres comunidades de la Europa que fue de los Seis y hoy es de los Nueve, aunque el calificativo también corresponda con plena exactitud al correspondiente al Consejo de Europa, si bien saltan a la vista las profundas

(29) GOLSONG: *Le Conseil de l'Europe et la souveraineté nationale* (Cahiers de Droit Européen, 1965, págs. 140 y ss.).

(30) S. BASDEVANT: *Les fonctionnaires internationaux*. París, 1931, pág. 283.

diferencias entre uno y otro tanto en lo que atañe a las respectivas fuentes jurídicas como al diferente tipo de vinculación por ellas para los Estados.

20. Como ocurre en toda Organización internacional, el Derecho del Consejo de Europa está presidido por su propio Estatuto constitutivo, cuyas características son, en líneas generales, coincidentes con las de textos análogos creadores de otras Organizaciones, incluso de la ONU, cuya Carta, a pesar de presentarse como obra de «Nosotros, los pueblos de las Naciones Unidas», no es otra cosa que un acuerdo entre Gobiernos de diferentes Estados, es decir, un tratado.

También el Estatuto del Consejo de Europa es formalmente un tratado internacional, concertado entre Estados, con la condición suspensiva para su entrada en vigor de cierto número de ratificaciones que cada uno de los Estados firmantes había de prestar mediante su respectivo procedimiento constitucional.

El Estatuto pertenece dogmáticamente a la categoría de tratado multilateral por el número de Estados parte, y de tratado-ley por su contenido, no consistente en el compromiso de prestaciones recíprocas, sino de crear un nuevo ente internacional.

No existe respecto al Estatuto del Consejo de Europa ninguna regla que le atribuya primacía respecto a otros tratados, a diferencia de lo que para la ONU dispone el artículo 103 de la Carta, ni en relación al Derecho interno de los Estados miembros. En el primer aspecto, lo que puede afirmarse es que la primacía cronológica del Consejo de Europa frente a otras Organizaciones, especialmente las Comunidades Europeas, ha venido a darle el carácter de un marco internacional, y, en cierto modo, de un modelo, especialmente en lo relativo a su Asamblea Parlamentaria, en relación con la de la CEEA, germen del actual Parlamento Europeo.

En cuanto a la relación del Estatuto del Consejo de Europa respecto al Derecho interno de los Estados miembros, no parece concebible que pueda plantearse una antinomia, habida cuenta del contenido del Estatuto, prácticamente limitado al Derecho interno en la Organización. En todo caso, dada la inexistencia de reglas especiales, el Estatuto correría, en cuanto constitutivo de un tratado, la misma suerte que cualquier otro convenio internacional en la determinación de su situación jerárquica en los ordenamientos internos de los Estados miembros.

Finalmente, hay que anotar que el propio Estatuto fija en su artículo 41 el procedimiento para su revisión, bastante rígido, al exigir votación unánime del Consejo de Ministros y ratificación de los Estados miembros, si bien existen algunos supuestos excepcionales en los que las enmiendas al Estatuto pueden ser acordadas por mayoría y otros en los que la ratificación no es necesaria.

Aparte de estos procedimientos, un lapso de más de un cuarto de siglo de funcionamiento del Consejo de Europa no ha podido por menos de traer consigo, si no mutaciones en su Estatuto que supongan una revisión implícita de éste, cuando menos, una interpretación evolutiva de su texto. En algún supuesto, el resultado de esta interpretación evolutiva pudiera estimarse como una revisión del texto del Estatuto acogida al párrafo d) de su artículo 41 que, como excepción al procedimiento rígido dispuesto para su reforma, establece:

«No obstante las disposiciones de los párrafos precedentes de este artículo, las enmiendas a los artículos 23 al 35, 38 y 39 que hayan sido aprobados por el Comité y la Asamblea entrarán en vigor en la fecha en que el Secretario General envíe una comunicación a los Gobiernos de los Miembros por la cual certifique la aprobación dada a dichas enmiendas. Las disposiciones de este párrafo no pueden ser aprobadas más que a partir de la segunda reunión ordinaria de la Asamblea.»

21. Aparte de las llamadas **resoluciones estatutarias** (31) adoptadas por este procedimiento, que enriquecen el contenido del ordenamiento jurídico del Consejo de Europa, otro elemento integrante de éste son los Reglamentos que el artículo 18 del Estatuto permite dictar al Comité de Ministros y el artículo 28 a la Asamblea consultiva. También los órganos subsidiarios instituidos por el Comité de Ministros, generalmente a propuesta de la Asamblea consultiva, pueden poseer su propio Reglamento, unas veces elaborado y aprobado por el órgano subsidiario del que se trate, y otras aprobado por uno o por los dos órganos principales. Finalmente, existen reglamentos comunes que regulan las competencias que el Comité y la Asamblea han de ejercer estatutariamente de una manera conjunta.

Un grado inferior a estos Reglamentos en la jerarquía normativa del Consejo de Europa es el ocupado por los actos administrativos pertenecientes a su régimen interno. En este aspecto, como en los demás, suponen estos actos el ejercicio de un poder de decisión atribuido al Comité de Ministros, en cuyo nombre lo ejerce normalmente, como ocurre en todas las Organizaciones, su Secretario General.

22. Guardando todas las distancias, es aplicable al Derecho del Consejo de Europa la diferencia señalada por Goldman para el de las Comunidades Europeas (32) en dos zonas: una pública, y otra comprensiva de materias de orden comercial, fiscal y referentes al derecho del trabajo y de la seguridad social.

En el Consejo de Europa, sin una ausencia total de estos aspectos, sólo el último presenta un acentuado relieve, y únicamente desde el punto de vista en que las cuestiones laborales inciden en la proclamación y defensa de los derechos humanos, que constituye el ámbito en el que el Derecho del Consejo de Europa posee una proyección exterior.

La vía normal para ello es la convencional. En este orden, en la tipología de actividades nomogenéticas de las Organizaciones internacionales trazada por el profesor Pecour, la función principal cumplida por el Consejo de Europa ha sido la indirecta o mediata de preparar y aprobar convenios internacionales.

Baste señalar los que siguen:

Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950).

Primer Protocolo adicional aprobado en París el 20 de marzo de 1952 (derechos de toda persona al respeto de sus bienes y a la instrucción).

Protocolo número 2, confiriendo al Tribunal Europeo de derechos humanos la facultad de emitir dictámenes (Estrasburgo, 6 de mayo de 1963).

[31] El texto de las resoluciones, en GARCÍA ARIAS: *Corpus Iuris Gentium*. 1968, págs. 247 y ss.

[32] GOLDMAN: *Droit commercial européen*. París, 1970, págs. 11 y 12.

Protocolo número 3, modificando varios artículos del Convenio (Estrasburgo, 6 de mayo de 1963).

Protocolo número 4, reconociendo nuevos derechos (a no ser preso por deudas, de libre circulación y de residencia, y de no ser expulsado del territorio del Estado del que sea ciudadano) (Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963).

Protocolo número 5 para regular la elección de los miembros de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos humanos (Estrasburgo, 20 de enero de 1966).
Carta Social Europea (Turín, 18 de octubre de 1961).

Por su forma, todos estos Convenios se configuran, no como fruto de los trabajos de una Organización, sino como tratados internacionales concertados entre los Gobiernos de los Estados miembros, para los que quedan abiertos a la firma y a la ratificación.

No son los Convenios enumerados los únicos concertados bajo los auspicios del Consejo de Europa, cuya acción normativa indirecta o mediata se ha extendido a los más variados campos. Entre los numerosos tratados internacionales, fruto de esta actividad (33), algunos por razón de su contenido, pueden encuadrarse en el marco del Derecho internacional como los referentes al arreglo de diferencias y a la extradición, pero la mayor parte tienen por finalidad la uniformidad del Derecho interno de los Estados firmantes o adheridos.

Un Derecho específico del Consejo de Europa puede considerarse solamente el contenido en el Convenio de Roma sobre protección de los derechos humanos, en sus Protocolos adicionales y en la Carta Social Europea en cuanto está garantizado dentro del mismo ordenamiento por las competencias ejercidas por la Comisión y el Tribunal de Derechos humanos.

23. La actividad normativa directa o inmediata del Consejo de Europa es ejercida normalmente por vía de recomendación: la Asamblea consultiva es competente para hacer recomendaciones al Comité de Ministros, y éste, para formular recomendaciones a los Estados miembros.

El Comité de Ministros es el órgano autorizado por el artículo 13 del Estatuto para **obrar** en nombre del Consejo de Europa, pero su operatividad queda configurada por el artículo 16 como limitada a decisiones en el orden interno de la Organización, y por el 15, para «examinar, por recomendación de la Asamblea o por su propia iniciativa, las medidas propias para realizar la finalidad del Consejo de Europa, incluida la conclusión de Convenios y de acuerdos, así como la conclusión por los Gobiernos de una política común, respecto a cuestiones determinadas».

Estas conclusiones son comunicadas a los Estados miembros y pueden revestir la forma de recomendación a sus Gobiernos. El Comité puede invitar a éstos a que le comuniquen las medidas que han tomado respecto al objeto de la recomendación.

Esta posibilidad, coincidente con el efecto normal de las recomendaciones hechas por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo a los Estados

(33) Una lista de estos Convenios, completa hasta 1973, en trabajo de CASTILLO DAUDI y FERRER SANCHIS e IGLESIAS BUIGUES: **Organizaciones Internacionales** (Boletín del Instituto de Estudios Políticos, núm. 13, págs. 53 a 76).

miembros, es insuficiente para encuadrar estas recomendaciones como un supuesto de legislación internacional, pero significa cierto grado de presión moral y, en cierto modo, un anticipo de lo que pueda ser el Derecho futuro. Dotada la OIT de la misma facultad de elaborar convenios para ser sometidos a la ratificación de los Estados de la que está investido el Consejo de Europa, la recomendación integrada con estos convenios un sistema flexible, en que aquélla puede ser utilizada eficazmente para expresar la voluntad de la respectiva Organización en los casos de materias que se prestan mal a la redacción de disposiciones convencionales precisas, en las que, como en su día dijo SCALLE (34), «el recurso a la recomendación permitiría frecuentemente evitar el rechazo del proyecto, obtener un texto facultativo, suscitando menos susceptibilidades y adecuado para hacer progresar la legislación social. La recomendación podría servir a la vez de sucedáneo y de prefacio al convenio».

Por su parte, la Asamblea consultiva, entre las atribuciones que le confiere el artículo 29 del Estatuto, posee la de hacer recomendaciones al Comité de Ministros, bien por propia iniciativa o a petición de éste. La adopción de recomendaciones requiere una mayoría de dos tercios, mientras que la mayoría simple es suficiente para que la Asamblea vote «resoluciones», si bien estas últimas recaen en cuestiones referentes al Derecho interno del Consejo de Europa, y que no requieren ninguna medida susceptible de ser tomada por el Comité de Ministros. También, la Asamblea consultiva emplea la «resolución» para expresar su opinión sobre los informes que le remiten varias Organizaciones, como la OIT, la UNESCO, etcétera (35).

A la vista del contenido tan dispar que ofrecen las recomendaciones dirigidas por la Asamblea consultiva al Comité de Ministros, y por éste a los Gobiernos, es posible considerar aplicable a ellas cuanto ha sido expuesto a propósito de las recomendaciones en general, con la especialidad que implica el poder de fiscalización aludido acerca del cumplimiento de las recomendaciones, no sólo por el Comité de Ministros, sino también algunas veces ejercido por la Asamblea consultiva (36).

Desde la facultad inicial de la Asamblea de transmitir sus conclusiones al Comité de Ministros por medio de una recomendación, se ha producido una doble evolución: en primer lugar, al lado de las recomendaciones, la Asamblea ha hecho uso de «resoluciones» dirigidas a los Gobiernos, y, por otra parte, el destinatario de las recomendaciones puede ser diferente al Comité de Ministros. En el primer aspecto, un ejemplo significativo es el presentado por Kiss: la Resolución 319 (1966) que comprende, entre otros puntos, una invitación dirigida a los Gobiernos de los Estados miembros para presentar a sus respectivos Parlamentos, al menos una

(34) SCALLE: *L'Organisation Internationale du Travail et le B.I.I.* Paris, 1930, pág. 168. Vid. también MALINTOPPI: *Le raccomandazioni internazionali.* Milano, 1958, págs. 178 y ss.

(35) ROBERTSON: *Le Conseil de l'Europe: sa structure, ses fonctions et ses réalisations.* Ley de 1962, pág. 75.

(36) KISS: *La contribution du Conseil de l'Europe au développement du droit international public* (Mélanges offerts à Polys Modinos. Paris, 1968, pág. 67), *Le Conseil de l'Europe et les suites données par les Etats membres aux textes adoptés par ses organes* (Annuaire Français de Droit International, 1967, págs. 547 y ss.).

vez al año, un informe sobre las actividades del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

En cuanto al segundo aspecto, la práctica de dirigir la Asamblea consultiva recomendaciones a los Gobiernos ha sido aceptada, al menos implícitamente, por éstos.

Una modalidad más difícil de conocer a fondo y de valorar en sus resultados, forzosamente muy desiguales, es la presión que el Consejo de Europa haya podido ejercer sobre los Parlamentos y la opinión pública de los Estados miembros. En este aspecto, un paso importante ha sido la creación, por la Resolución 104 adoptada por la Asamblea consultiva de 25 de octubre de 1956, de un Grupo de trabajo permanente compuesto de siete miembros, para establecer una relación con los Parlamentos nacionales, posteriormente ampliado con diez miembros más, y que se reúne, al menos, una vez al año.

Por iniciativa de este Grupo de trabajo, la Asamblea invitó a las delegaciones nacionales de los Estados miembros a reunirse en sus países de origen después de cada reunión de la Asamblea para determinar la conducta a seguir en los Parlamentos respectivos en relación con las resoluciones y recomendaciones aprobadas, que puede consistir en preguntas o interpelaciones a los Gobiernos.

Si a esto se une la presión ejercida sobre la opinión pública de los países miembros, no es aventurado situar el contenido de bastantes recomendaciones del Comité de Ministros a los Gobiernos en un terreno prejurídico, como un embrión de reglas de Derecho interno uniforme o internacional, es decir, en ese ámbito de **soft Law** señalado por un importante sector de la actual doctrina internacionalista (37) en sus dos aspectos de Derecho declaratorio y Derecho programático.

Nos encontramos, por tanto, en presencia de algo muy análogo a lo que ocurre con las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya significación jurídica puede exceder de la simple recomendación en cuanto proclaman reglas dotadas ya de vigencia consuetudinaria o formulan proposiciones constitutivas de una **opinio iuris**, susceptible de contribuir al nacimiento y desarrollo de una costumbre en formación.

En cambio, las resoluciones y recomendaciones emanadas del Consejo de Europa a veces no serán expresión de una conciencia jurídica universal, sino sólo de la común a los Estados que profesan la fe en el imperio del Derecho y en la primacía de los fines humanos del poder.

24. No puede omitirse, finalmente, una referencia en cuanto parte integrante del Derecho del Consejo de Europa a la jurisprudencia de su Tribunal de Derechos humanos, en la que, aunque no se trate de un órgano jurisdiccional, no hay inconveniente en incluir la práctica de la Comisión, cuya tarea de valorar la admisibilidad de las reclamaciones guarda gran semejanza con la función judicial.

Califíquese su labor de jurisprudencia o de simple práctica, la Comisión de Derechos humanos aparece vinculada a sus propios precedentes y sus decisiones siguen una línea igual o paralela a la del Tribunal. Así, las decisiones de ambos

(37) DUPUY: *Declaratory Law and Programmatic Law. From revolutionary Custom to «Soft Law»* (Declaration on Principles. Liber Amicorum - Discipulorumque Prof. Dr. BERT A. ROÏNS, Leyden, 1977, páginas 247 y ss.).

órganos han podido ser sistematizadas conjuntamente, siguiendo el orden expositivo del Convenio de Roma y de su primer Protocolo (38).

Hemos calificado a la jurisprudencia del Tribunal y a la práctica de la Comisión de Derechos humanos como parte integrante, y no como fuente de producción jurídica del Derecho del Consejo de Europa, precisamente, porque aquella calificación es susceptible de entrar en la categoría de medio de determinación del Derecho aplicable que el artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia asigna a la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

En el cumplimiento de las funciones de estos tribunales, incluida la Comisión de Derechos humanos, existe cierta cooperación en el sentido de que nada impide que el criterio jurisprudencial expresado por un órgano jurisdiccional sea utilizado por otro. En el Convenio de Roma encontramos un buen ejemplo de este fenómeno: su artículo 26 exige como requisito de admisibilidad de las reclamaciones ante la Comisión de Derechos humanos el de agotamiento de los recursos internos, «tal como está entendido según los principios de Derecho internacional».

No deja de ser curioso el hecho de que mientras estos «principios», en la versión francesa del Convenio, y «Rules», en la inglesa, no han podido contribuir demasiado a iluminar las tareas de la Comisión, ésta ha tenido ocasión en un gran número de sus decisiones de elaborar una construcción coherente sobre el agotamiento de recursos, que ha de servir de valioso antecedente para los casos en que esta excepción haya de ser valorada por los Tribunales internacionales (39).

(38) *Digest of the Case-Law relating to the European Convention on Human Rights (1955-1967)*, Heule, Belgium, 1976.

(39) WIEBRINGHAUS: *La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans la jurisprudence de la Commission Européenne des Droits de l'Homme* (Annuaire français de Droit International, 1959, págs. 685 y ss.); RUILOBA SANTANA: *La regla del agotamiento de recursos internos a través de la jurisprudencia de la Comisión Europea de los derechos del hombre* (Homenaje al Prof. Sela y Sampiá, Oviedo, 1970, t. I, págs. 467 y ss.).

