

PROTECCION DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONSEJO DE EUROPA: HACIA LA SUPERACION DE LA DUALIDAD ENTRE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS Y DERECHOS ECONOMICOS Y SOCIALES

Por JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO (*)

1. A propósito del sistema europeo de protección de derechos humanos y libertades fundamentales se ha dicho, con innegable acierto, que es preciso no confundir el sentimiento de legítimo orgullo que el sistema produce con una actitud de autosatisfacción, ya que dicho sistema no es perfecto y puede y debe ser mejorado.

Cuarenta años después de la firma del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, no cabe duda que la experiencia acumulada en este lapso pone de manifiesto tanto logros como defectos y lagunas que no pueden ser ignorados.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos es sin lugar a dudas el mayor logro del Consejo de Europa; pero el Convenio no es un mausoleo ni un monumento inerte sino, al contrario, un instrumento vivo y dinámico cuya puesta en práctica exige un permanente esfuerzo de perfeccionamiento y profundización.

(*) Catedrático de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Antigo miembro de la Comisión Europea de Derechos Humanos; antiguo magistrado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por otra parte, creo que es preciso no caer en la actitud inversa a de la autosatisfacción, esto es, la de la autocrítica excesiva, puramente negativa. En este sentido, espero que las reflexiones que siguen se sitúen en un punto de equilibrio entre estas actitudes extremas.

2. La protección y desarrollo de los derechos humanos no es una actividad más entre otras para el Consejo de Europa, sino una dimensión inherente a su esencia. Como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 7 de julio de 1989, en el asunto *Soering*, el Convenio Europeo de Derechos Humanos

«debe leerse en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales... El objeto y el fin de este instrumento de protección de los seres humanos exigen que sus disposiciones sean comprendidas y aplicadas de modo concreto y efectivo... En todo caso, la interpretación de los derechos y libertades reconocidos debe conciliarse con el espíritu general del Convenio, destinado a salvaguardar y promover los ideales y valores de una sociedad democrática».

Los Estados partes, en consecuencia, no pueden comportarse de forma incompatible con los valores que subyacen al Convenio y le sirven de fundamento, el «patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho» a que se refiere el preámbulo del Convenio, y que caracteriza como Organización Internacional de cooperación al Consejo de Europa de conformidad con los términos del artículo 3 de su Estatuto.

Por otra parte, si existe un aspecto de la protección internacional de los derechos humanos en el que las preocupaciones europeas se identifican con las universales, éste es precisamente el que reconoce la importancia del vínculo existente entre el respeto de los derechos humanos y la paz en la medida en que los derechos humanos son un factor de paz.

3. Salvo la libertad sindical (artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), la prohibición del trabajo forzado u obligatorio (artículo 4), cuyas connotaciones sociales son obvias, y el derecho de toda persona física o moral al respeto de sus bienes (artículo primero del Primer Protocolo adicional al Convenio), que es un derecho de

naturaleza económica, el Convenio y sus Protocolos adicionales *no protegen más que derechos civiles y políticos*.

Pero el silencio respecto de los derechos económicos y sociales no significa en modo alguno una actitud de rechazo de tales derechos, sino que los redactores del Convenio Europeo de Derechos Humanos prefirieron, como explicó el profesor Teitgen,

«comenzar por el principio, garantizar en la Unión Europea la democracia política, para coordinar después nuestras economías antes de emprender la generalización de la democracia social».

Por otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene por finalidad *garantizar* ciertos derechos y libertades fundamentales y no se limita a reconocerlos o proclamarlos; en este sentido, únicamente podían ser reconocidos en él derechos de aplicación inmediata y suficientemente precisos, y es notorio que en su mayor parte los derechos económicos, sociales y culturales no responden a estos criterios. Estos derechos son ante todo facultades o poderes de exigir prestaciones por parte de la comunidad y de los poderes públicos: su realización, por consiguiente, es relativa y progresiva, por lo que su particular naturaleza exige instrumentos específicos de protección y promoción.

Esta solución que prevaleció en el plano europeo con la adopción de la Carta Social, en 1961, fue seguida igualmente en el plano universal con la adopción en 1966 de dos Pactos distintos: el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de una parte, y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, de otra.

Finalmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce y protege derechos *individuales* y no derechos colectivos y de ahí que, a diferencia de la Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantice los derechos de los pueblos en tanto tales.

4. Sin embargo, la dualidad en cuestión —derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales— y la tendencia a hablar de generaciones de derechos humanos —derechos civiles y políticos; derechos económicos, sociales y culturales; y derechos colectivos, como el derecho a la paz, el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente, etc.— son peligrosas en la medida en que llevan a una relativización de los derechos civiles y políticos y son contrarias al

carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.

Europa ha proclamado su profunda vinculación con algunos derechos humanos individuales, inderogables en cualquier circunstancia y por ello fundamentales, tales como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, que no admiten excepción alguna ni siquiera en tiempo de graves dificultades o en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación (artículo 15.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Pero para salvaguardar su credibilidad, Europa debe también mostrar *que no se desinteresa* de otras categorías de derechos humanos: en este orden de cosas, René Cassin tenía razón cuando afirmaba la unidad del *standard* de derechos humanos consagrado por la Declaración Universal y subrayaba la complementariedad de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya convergencia es necesaria para comprender a todo el hombre. Como en Su alocución ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo Su Santidad Juan Pablo II, el 8 de octubre de 1989,

«los derechos económicos, sociales y culturales dan contenido a la estructura formal externa de los derechos y libertades fundamentales; pero aquellos derechos únicamente pueden ser efectivamente aplicados allí donde son libremente debatidos y definidos».

5. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha llevado a cabo a través de sus decisiones un extraordinario esfuerzo orientado hacia la superación de la dualidad derechos civiles y políticos, de un lado, y derechos económicos y sociales, de otro.

La primera etapa en este esfuerzo se encuentra en la sentencia *Airey*, de 9 de octubre de 1979, en la que el Tribunal sostuvo que en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos «ninguna mampara estanco separa a los derechos civiles y políticos de los derechos económicos y sociales». En la sentencia, que resolvió un caso concreto del derecho de toda persona a que un Tribunal decida los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, y más concretamente un supuesto de discriminación por razón de insuficiencia de medios económicos y de ausencia de procedimiento judicial accesible en materia

de derecho de familia en la legislación irlandesa, el Tribunal sostuvo que no ignoraba que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, pero que el Convenio

«debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento, y dentro de su ámbito de aplicación tiende a lograr una protección real y efectiva del individuo. Porque si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso, el Tribunal estima... que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación; no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio» (Serie A, vol. 32, parágrafo 26 de la sentencia).

La afirmación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es especialmente significativa si se tiene en cuenta que el Gobierno del Estado demandado, Irlanda, había sostenido que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no puede interpretarse en el sentido de «llevar a cabo progresos sociales y económicos en un Estado contratante», ya que éstos sólo pueden lograrse de modo progresivo, y que la aplicación del Convenio no puede hacerse al margen de las obligaciones que los Estados partes asumieron en el momento de la ratificación.

Más tarde, en la sentencia *Artico* de 13 de mayo de 1980, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado, en un caso de ausencia de asistencia letrada y de tutela judicial efectiva, que

«el objetivo primordial del Convenio consiste en proteger derechos no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos» (Serie A, vol. 37, parágrafo 33 de la sentencia).

6. La búsqueda de la efectividad de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha llevado al Tribunal a descubrir elementos que están necesariamente implícitos y son inherentes a un derecho que está reconocido en el Convenio. Ello ha traído consigo dos importantes consecuencias jurídicas: de un lado, la afirmación de las

obligaciones positivas —y no simplemente negativas, de no hacer o de no interferir en el goce de derechos reconocidos en el Convenio— que tienen los Estados partes; de otro, la aplicabilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos no sólo a las relaciones entre los poderes públicos de un Estado y las personas sujetas a su jurisdicción sino, también, *a las relaciones interindividuales, esto es, entre particulares*.

La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Plattform "Arzte für das Leben"*, de 21 de junio de 1988, en el que estaba en juego la aplicación del artículo 11 del Convenio y la protección de las manifestaciones, es particularmente significativa. En su decisión de admisibilidad de la demanda, de 17 de octubre de 1985, la Comisión Europea de Derechos Humanos había tratado extensamente de la cuestión de si el artículo 11 del Convenio obliga implícitamente a los Estados partes a proteger las manifestaciones contra quienes pretenden dificultarlas o perturbarlas, y su contestación a esta pregunta había sido positiva; en el caso, el Tribunal estimó que no tenía que elaborar una teoría general de las obligaciones positivas que pueden deducirse del Convenio, pero obviamente tuvo que proceder a interpretar el artículo 11 del Convenio antes de pronunciarse sobre el fundamento de la reclamación de la asociación demandante (una asociación de médicos que luchan contra el aborto y pretendían que se modificase la legislación austriaca a este respecto y que, en 1980 y 1982, organizó dos manifestaciones perturbadas por otros manifestantes opuestos, a pesar de la presencia de un gran número de policías).

Puede suceder, en efecto, que una determinada manifestación moleste o irrite a personas contrarias a las ideas o reivindicaciones que promueve; sin embargo, los participantes deben poder celebrarla sin temer los posibles actos violentos de sus oponentes, ya que este temor podría disuadir a las asociaciones o a otros grupos que defienden sus opiniones o intereses comunes de expresarse abiertamente sobre cuestiones palpitantes de la vida de la sociedad.

En una democracia, afirmó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho de contramanifestación no puede llegar hasta paralizar el ejercicio del derecho de manifestarse: por consiguiente,

«la libertad real y efectiva de reunión pacífica no se reduce a un mero deber de no interferirse por parte del Estado; una concepción simplemente negativa no estaría de acuerdo con el

objeto y la finalidad del artículo 11. Este precepto, lo mismo que el artículo 8, requiere, a veces, *medidas positivas* incluso, si es necesario, en el ámbito de las relaciones entre individuos» (Serie A, vol. 139, parágrafo 32 de la sentencia. El subrayado es mío).

El Tribunal ya había apuntado esta interpretación del Convenio, en el sentido de que crea obligaciones positivas para los Estados partes y que sus disposiciones pueden ser aplicables incluso en las relaciones entre particulares (eficacia horizontal del Convenio Europeo de Derechos Humanos; *Drittwirkung*), en su sentencia de 26 de marzo de 1985 en el caso *X e Y c. Países Bajos*.

La legislación holandesa prohibía al padre de una retrasada mental violada iniciar acciones penales contra las personas sospechosas de haber atentado a su integridad sexual. En su sentencia, el Tribunal comenzó recordando que aunque el artículo 8 del Convenio tiene esencialmente como objeto la protección el individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, dicha disposición

«no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tales injerencias. A esta obligación negativa pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un respeto efectivo de la vida privada o familiar... Estas pueden implicar la adopción de medidas tendentes a asegurar el respeto de la vida privada, incluso en las relaciones de los individuos» (parágrafo 23 de la sentencia de 26 de marzo de 1985).

La obligación de *asegurar* el goce de los derechos reconocidos en el Convenio, en efecto, es una de las más importantes obligaciones jurídicas de los Estados partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Para su afirmación, el Tribunal ha sabido utilizar el texto inglés del artículo 1 del Convenio (*shall secure*, y no meramente reconocen) a partir de la sentencia de 18 de enero de 1978, en el caso Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña, hasta ahora único caso interestatal que ha sido decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En esta sentencia, efectivamente, el Tribunal sostuvo que, a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, el Convenio Europeo de Derechos Humanos desborda el ámbito de la mera reciprocidad entre los

Estados contratantes, ya que además de una red de compromisos sinalagmáticos bilaterales crea unas obligaciones objetivas, las cuales disfrutan de una garantía colectiva. El Convenio, insistió el Tribunal,

«no se contenta con obligar a las autoridades supremas de los Estados contratantes a que respeten los derechos y libertades que consagra; como lo demuestran el artículo 14 y la versión inglesa del artículo 1 (*"shall secure"*), implica también que, para garantizar el disfrute de aquéllos, dichas autoridades tienen que impedir o sancionar la violación en niveles inferiores» (parágrafo 239 de la sentencia).

Esta interpretación del artículo 1 del Convenio permitió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 26 de marzo de 1985 sostener que la protección del Derecho Civil en el caso de conductas del tipo de las que *Y* —una mujer retrasada mental que había sido violada— había sido víctima, era una protección insuficiente, por tratarse de casos en los que están en cuestión «valores fundamentales y esenciales de la vida privada». En consecuencia,

«sólo la legislación penal puede asegurar en este campo, donde es necesaria, una acción eficaz. De hecho, estas materias están normalmente contempladas en la legislación penal» (parágrafo 27 de la sentencia de 26 de marzo de 1985, en el caso *X e Y contra Países Bajos*).

7. La relevancia y significación del esfuerzo jurisprudencial tendente a proclamar que el objetivo primordial del Convenio Europeo de Derechos Humanos consiste en proteger derechos concretos y efectivos, y no derechos teóricos o ilusorios, no puede ser ignorada; pero tampoco es posible ignorar el hecho de que en el plano normativo, a pesar del solemne compromiso asumido el 27 de abril de 1978 por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados Miembros del Consejo de Europa, en el seno del Comité de Ministros, la ampliación del catálogo de derechos individuales reconocidos en los ámbitos social, económico y cultural apenas ha alcanzado resultados significativos.

En 1978, en efecto, los Ministros de Asuntos Exteriores se comprometieron a conceder prioridad a los trabajos emprendidos con vistas a explorar las posibilidades de ampliar la lista de derechos individuales, en especial en los ámbitos social, económico y cultural, que deberían quedar protegidos mediante convenios europeos u otros medios adecuados. Pareció entonces que los gobiernos de los Estados Miembros del Consejo de Europa fueron conscientes no sólo del hecho de que el catálogo de derechos protegidos en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos es más amplio que la lista de derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino también, y sobre todo, de la necesidad de no limitarse a los derechos civiles y políticos a fin de que la protección y el desarrollo de los derechos humanos en el seno del Consejo de Europa se extendiera a los derechos económicos, sociales y culturales.

Los buenos propósitos, sin embargo, no han sido seguidos de realizaciones concretas.

El profesor Jacot-Guillarmod se quejó justamente de esta situación cuando observó que, a pesar de las dificultades que innegablemente existen al respecto, el Consejo de Europa debería esforzarse más a fin de llegar a resultados positivos en esta tarea. Está en juego, escribe, la reputación del Consejo de Europa,

«de même que la réalisation, dans les faits, du principe de l'indivisibilité des droits de l'homme en Europe» (Spécificité de la protection internationale des droits de l'homme en Europe? Quelques réflexions critiques sur la politique actuelle de l'Europe dans le domaine des droits de l'homme, en *Universalité des droits de l'homme et diversité de cultures*, Actes du Premier Colloque Interuniversitaire, Fribourg, 1982, pág. 40).

Así es, efectivamente, pues si no hay progresos sustantivos en el plano normativo, y no sólo en el jurisprudencial, en orden a la protección europea de derechos de contenido económico y social, podría parecer que los Gobiernos de los Estados Miembros del Consejo de Europa son incapaces de cumplir sus propios compromisos, que derivan no sólo de la Declaración antes citada del 27 de abril de 1978 sino, además, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del propio Estatuto del Consejo de Europa: el artículo 1, b), de este último fija como objetivo del

Consejo de Europa la *salvaguardia y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*; el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por su parte, no es más que una *primera medida* «para asegurar la garantía colectiva de *algunos* de los derechos enunciados en la Declaración Universal», como proclama el preámbulo del Convenio en su parte final.

8. Sin pretender establecer un programa exhaustivo y detallado de las reformas que convendría introducir en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos en lo que respecta a los derechos y libertades reconocidos, convendría determinar, en función de lo dispuesto en los artículos 1 y 14 del Convenio, si el sistema europeo de protección de los derechos humanos representa hoy una garantía efectiva respecto de los más pobres, los extranjeros, los enfermos mentales, etc.

En este contexto, el profesor Jacot-Guillarmod ha sugerido con acierto innegable que sería preciso prestar especial atención al significado de los artículos 3 (prohibición de los tratamientos inhumanos o degradantes), 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 10 (libertad de expresión), 11 (libertad de reunión y de asociación) y 16 (restricciones a la actividad política de los extranjeros) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La protección y el desarrollo de los derechos humanos se interaccionan y enriquecen mutuamente y, como ha observado acertadamente el profesor Pierre-Henri Imbert, la mera gestión del patrimonio y del acervo adquirido no es suficiente, y puede incluso transformarse en una fuente de empobrecimiento en detrimento de la protección de los derechos humanos (*L'action intergouvernementale du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'homme: sauvegarde ou développement*, en *Mélanges Wiarda*, Carl Heymanns, 1988, págs. 259 a 271, pág. 269).

Es preciso pues ir hacia adelante en lo que respecta a los derechos reconocidos, y resulta necesario tanto corregir ciertas anomalías en el enunciado de algunos derechos (como, por ejemplo, el artículo 16 del Convenio que permite a los Estados imponer discrecionalmente restricciones a la actividad política de los extranjeros), como ampliar el catálogo de los derechos y libertades reconocidos. El sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos debería abrirse a nuevos derechos, tales como los derechos de los extranjeros (en especial el derecho a reunión de las familias de los trabajadores extranjeros), o a determinados derechos

económicos y sociales (derechos de la familia, derecho de los más pobres a la protección social, derechos de las minorías, etc.).

9. Gracias a la obra pretoriana de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los derechos de los extranjeros gozan ya de una cierta protección *indirecta*, como por efecto de rebote, en virtud de una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del artículo 3 del Convenio (según el cual «nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes»), en la medida en que los extranjeros que son objeto de una medida de expulsión pueden beneficiarse del derecho a no ser sometidos a tratos inhumanos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en efecto, ha admitido en casos excepcionales que la expulsión o la extradición pueden equivaler a dicho trato inhumano cuando existen serias razones para pensar que el extranjero objeto de una medida de expulsión o de extradición será sometido en el país de destino a dicho trato inhumano. Así, por ejemplo, en la sentencia de 7 de julio de 1989 en el asunto *Soering*, el Tribunal ha decidido por unanimidad que existiría violación del artículo 3 del Convenio «si la decisión ministerial del Reino Unido de Gran Bretaña de extraditar al demandante a los Estados Unidos de América fuese ejecutada». La Comisión Europea de Derechos Humanos había estimado en su opinión sobre el fondo del asunto, expresada en su informe de 19 de enero de 1989, que se había producido violación por el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña del artículo 13 del Convenio (derecho a un recurso efectivo ante las instancias nacionales para hacer valer los derechos reconocidos en el Convenio), pero *no* de los artículos 3 (por una débil y extraña mayoría, si se compara la composición de la Comisión en la decisión de admisibilidad de la demanda y en la fecha de la adopción del informe sobre el fondo) y 6 (derecho a un proceso equitativo). El Tribunal, por el contrario, ha decidido por unanimidad que existiría violación del artículo 3 del Convenio si la decisión de extraditar fuese ejecutada, pero no del artículo 6.3, c); ha estimado que carecía de competencia para decidir respecto de la alegada violación el artículo 6.1 y 3, d); ha desestimado la existencia de violación del artículo 13; y ha condenado al Reino Unido a pagar una indemnización al demandante con relación a las costas y gastos, precisando su importe (algo más de seis millones de pesetas) y rechazando la petición de satisfacción equitativa o indemnización por daños morales.

La sentencia admite que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza el derecho a no ser extraditado; pero sostiene que cuando una decisión de extradición ponga en cuestión un derecho garantizado por el Convenio pueden entrar en juego las obligaciones de un Estado parte respecto del derecho reconocido por el Convenio y afectado en el caso. El Convenio, sostuvo el Tribunal,

«debe leerse en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (sentencia Irlanda c. Reino Unido, de 18 de enero de 1978, serie a, núm. 25, parágrafo 239). El objeto y el fin de este instrumento de protección de los seres humanos exigen compender y aplicar sus disposiciones de modo que sus garantías sean concretas y efectivas (ver, entre otras, sentencia Artico de 13 de mayo de 1980, serie A, núm. 37, parágrafo 33). En todo caso, toda interpretación de los derechos y libertades reconocidos debe conciliarse con el espíritu general del Convenio, destinado a proteger y promover los ideales y valores de una sociedad democrática» (sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen de 7 de diciembre de 1976, serie A, núm. 23, parágrafo 53) (parágrafo 87 de la sentencia *Soering*).

Un Estado parte, en consecuencia, se conduciría de manera incompatible con los valores subyacentes al Convenio (un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, al que se refiere el Preámbulo) si entregase a un fugitivo —por odioso y repugnante que pueda ser el crimen del que se le acusa— a otro Estado en el que existan motivos serios de pensar que un peligro de tortura amenaza al interesado. Por consiguiente, sostuvo el Tribunal,

«a pesar de la ausencia de mención expresa en el texto breve y general del artículo 3, tal extradición iría manifiestamente contra el espíritu de este último, lo que puede extenderse al riesgo de tratos inhumanos o degradantes» (parágrafo 88 de la sentencia *Soering*).

Lo que constituyen penas inhumanas o tratos degradantes, como ha señalado el profesor García de Enterría en su comentario de la sentencia de 7 de julio de 1989, depende de las circunstancias de cada caso. Por lo demás, la necesidad de asegurar un justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos de salvaguarda de los derechos fundamentales es algo inherente al Convenio; en este sentido, el Tribunal tuvo muy en cuenta en su decisión que la facilidad de los viajes y la extensión internacional de la criminalidad dan un innegable interés a la extradición; no se trataba de destruir los fundamentos de ésta, creando paraísos de seguridad para los delincuentes fugitivos (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: «El principio de proporcionalidad en la extradición», en *Poder Judicial*, núm. 15, pág. 42).

Tras un pormenorizado análisis de la pena de muerte y el llamado *death row phenomenon*, o síndrome del «corredor de la muerte» o de la «lista de espera de la muerte», el Tribunal Europeo de Derechos Humanos llegó a una conclusión que vale la pena citar literalmente a pesar de su extensión:

«Ningún detenido condenado a muerte podría evitar el transcurso de un cierto plazo entre el fallo y la ejecución de la pena, ni las fuertes tensiones inherentes al régimen riguroso de la encarcelación necesaria. El carácter democrático del orden jurídico de Virginia en general y especialmente los elementos positivos de los procedimientos de enjuiciamiento, de condena y de recursos en Virginia no suscitan duda alguna. El Tribunal reconoce con la Comisión que el sistema judicial al cual el demandante se vería sometido en los Estados Unidos de América no es en sí ni arbitrario ni irrazonable; por el contrario, respeta la preeminencia del Derecho y concede al acusado que pueda ser condenado a muerte garantías procedimentales no desdeñables. Los detenidos de la «lista de espera de la muerte» se benefician de asistencia, por ejemplo, bajo la forma de servicios psicológicos y psiquiátricos.

Teniendo en cuenta, sin embargo, el largo período que tienen que pasar en la «lista de espera de la muerte» en condiciones tan extremas, con la angustia omnipresente y creciente de la ejecución de la pena capital, así como la situación per-

sonal del demandante, en particular su edad y su estado mental en la época del delito, una extradición a los Estados Unidos expondría al interesado a un riesgo real de trato que excede el umbral fijado por el artículo 3. La existencia en el caso concreto de otro medio de atender el fin legítimo de la extradición, que no implica sufrimientos de una intensidad y de una duración tan excepcionales, representa una consideración pertinente suplementaria (*Soering*, en efecto, podía ser extraditado a la República Federal de Alemania).

En conclusión, la decisión ministerial de entregar al demandante a los Estados Unidos violaría el artículo 3 si fuese a recibir ejecución.

Esta constatación no pone en cuestión de ninguna manera la buena fe del Gobierno británico, que desde el comienzo del presente asunto ha manifestado el deseo de respetar sus obligaciones derivadas del Convenio, primero suspendiendo la extradición del demandante a las autoridades americanas conforme a las medidas provisionales indicadas por los órganos del convenio y, en fin, acudiendo a los órganos del Convenio para obtener una decisión judicial» (parágrafo 111 de la sentencia de 7 de julio de 1989). (Véanse los comentarios de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *Loc. cit.*, y JAVIER ROLDÁN BARBERO: «La extradición y la pena de muerte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista de Instituciones Europeas*, 1990, págs. 537-556).

10. De modo análogo, y en función de la interpretación extensiva que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho del artículo 8 del Convenio, los extranjeros pueden beneficiarse de una protección refleja e indirecta, como por efecto de rebote, de su derecho al respeto de su vida familiar si se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado parte en el Convenio.

Así, en un caso en el que estaba en juego la discriminación en razón del sexo en relación con el derecho al respeto de la vida familiar (artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio), el Tribunal subrayó ante todo, repitiendo argumentos que ya expuso en su sentencia de 13 de junio de 1979 en el asunto *Marckx* (en la que afirmó que había violación del Convenio por existir discriminación en la legislación

belga de los hijos naturales y de las madres solteras en sus derechos sucesorios, respecto de la familia legítima), que aunque el objeto del artículo 8 es proteger al individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos,

«puede además generar obligaciones positivas inherentes a un efectivo respeto a la vida familiar» (parágrafo 67 de la sentencia de 28 de mayo de 1985, caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido de Gran Bretaña*, en el que cita el parágrafo 31 de la sentencia de 13 de junio de 1979 en el caso *Marckx*).

Por otra parte, y en relación con la tesis del Gobierno del Estado demandado, según la cual ni el artículo 8 ni ningún otro artículo del Convenio es aplicable al control de la inmigración, el Tribunal rechazó esta tesis y sostuvo que

«no debe excluirse que medidas adoptadas en el campo de la inmigración pueden afectar al derecho al respeto de la vida familiar, garantizado en el artículo 8 del Convenio» (parágrafo 60 de la sentencia de 28 de mayo de 1985).

El derecho de un extranjero a entrar o permanecer en un país no está desde luego reconocido en el Convenio; no obstante, y ésta es la importante aportación de la sentencia de 28 de mayo de 1985, *el control de la inmigración debe ejercerse de forma compatible con las exigencias del Convenio*, con lo que la exclusión de una persona del territorio de un Estado en el que viven sus familiares *puede* plantear un problema en el que entra en juego el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Más recientemente, en su sentencia de 21 de junio de 1988 en el asunto *Berrehab*, el Tribunal ha sostenido que la negativa a conceder un permiso de residencia a un extranjero, con el fin de que pueda ver a su hija de corta edad, constituye una injerencia desproporcionada en el derecho a la vida familiar del extranjero en cuestión. El Tribunal insistió en que no se trataba de enjuiciar la política del Estado demandado, los Países Bajos, en materia de inmigración o de permanencia de extranjeros en su territorio, sino si la injerencia de los poderes pú-

blicos en el derecho de un marroquí expulsado de los Países Bajos a visitar a su hija de corta edad era o no una injerencia proporcionada y necesaria en una sociedad democrática.

En el caso, por otra parte, no se trataba de una persona que solicitase por vez primera su admisión en los Países Bajos, sino de un extranjero que había residido legalmente en dicho país en el que había contraído matrimonio con una holandesa, y donde el demandante tenía vínculos familiares efectivos con su hija. En función de este conjunto de circunstancias, el Tribunal estimó que

«no se había asegurado un justo equilibrio entre los intereses en presencia, y que existía por tanto desproporción entre los medios empleados y el fin legítimo perseguido. En consecuencia, no podía considerar a las medidas adoptadas por las autoridades holandesas como necesarias en una sociedad democrática» (parágrafo 29 de la sentencia de 21 de junio de 1988).

11. Resulta indiscutible, por tanto, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera al Convenio Europeo de Derechos Humanos como un instrumento vivo y dinámico que es preciso interpretar a la luz de las concepciones que prevalecen en los Estados democráticos. En la interpretación del Convenio, por consiguiente, el Tribunal apenas da relevancia a la intención inicial, real o presunta, de los Estados signatarios, y prefiere apoyarse preferentemente en el objeto y fin del Convenio o de alguna de sus disposiciones.

Pero la interpretación teleológica, dinámica o evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene límites que no pueden ser ignorados ni por la Comisión ni por el Tribunal, órganos jurisdiccionales que deben buscar siempre un equilibrio (véase en este sentido el reciente estudio de PAUL MAHONEY: «Judicial activism and judicial self-restraint in the European Convention of Human Rights: two sides of the same coin», en *Human Rights Law Journal*, vol. 11, 1990, págs. 57 a 88).

Suele decirse con razón que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es un instrumento vivo que ha sabido adaptarse a los cambios de la sociedad europea; sin embargo, los Estados Miembros del Consejo de Europa se enfrentan hoy, como acertadamente ha observado el profesor Pierre-Henri Imbert, con un número creciente de desafíos y nuevas

necesidades que suscitan delicadas cuestiones desde la perspectiva de los derechos humanos. Baste con evocar, escribe,

«la résurgence de la xénophobie, du racisme et de toutes formes d'intolérance; la place qui est faite aux pauvres, aux minorités, à tous les exclus de nos sociétés; la recrudescence du terrorisme et de la violence en général dans les pays démocratiques; la nécessité de réaliser une véritable égalité entre les femmes et les hommes; les conséquences des progrès scientifiques et techniques en particulier dans les domaines de la médecine, de la biologie, de l'information et de la communication; l'équilibre délicat à maintenir entre le respect de la liberté de religion et la protection des individus contre les pratiques abusives. Or les réponses à la plupart de ces défis peuvent difficilement être trouvées dans la seule Convention européenne des Droits de l'Homme, aussi riche soit la jurisprudence qui l'accompagne» (*loc. cit.*, pág. 268).

Respecto de las minorías, por ejemplo, es cierto que algunas disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (tales como los artículos 14, 3, 5 (2) y 6 (3, e) les conceden cierta protección. No obstante, hay que reconocer que a pesar de la interpretación evolutiva y dinámica que tanto la Comisión como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han hecho del artículo 14 del Convenio (según el cual el goce de los derechos y libertades reconocidos ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, *pertenencia a una minoría nacional*, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación), *el alcance de la protección contra medidas discriminatorias conferida por dicho Artículo choca con ciertos límites inherentes a la misma redacción del citado Artículo 14* ("el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio"), límites que dejan escaso margen a la interpretación teleológica y expansiva.

En este sentido, como acertadamente ha señalado Peter Leuprecht, director de Derechos Humanos del Consejo de Europa, una medida discriminatoria no violaría el Convenio a no ser que pueda probarse que afecta de modo negativo al goce de un derecho o de una libertad reconocida en el Convenio (LEUPRECHT, PETER: «Le Conseil de l'Eu-

rope et les droits des minorités», en *Les Cahiers de Droit*, vol. 27, 1986, págs. 202 y ss., pág. 207).

Sería preciso por consiguiente, en este delicado y difícil problema (agudizado con la incorporación al Consejo de Europa y previsiblemente al sistema de protección de derechos humanos instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de países como Hungría y la República Federal Checa y Eslovaca, así como en un futuro próximo de otros países liberados o en proceso de liberación del totalitarismo del en otro tiempo llamado «socialismo real»), ir hacia adelante con el fin de garantizar no sólo los derechos individuales de los miembros de las minorías sino también, y además, los derechos de *grupos vulnerables*, como son las minorías. Como dijera Peter Leuprecht, con palabras que comparto plenamente,

«il importe donc non seulement de garantir les droits fondamentaux des membres des minorités et de les protéger contre la discrimination, mais de franchir un pas de plus en reconnaissant aux minorités des droits spéciaux pour réaliser autant que possible une égalité de fait entre les membres des minorités et ceux de la majorité».

El artículo 27 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos va en este sentido cuando dispone que «en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

El esfuerzo ya está emprendido en el seno del Consejo de Europa, y me parece esencial que los expertos de los Gobiernos sepan encontrar un equilibrio entre las dificultades técnicas, que sin duda existen, y la necesidad política de salvaguardar la credibilidad política del Consejo de Europa, o, si se prefiere, entre la gestión del patrimonio y del acervo adquirido, que es esencial y nadie lo pone en duda, y el desarrollo del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Este tiene como columna vertebral a los derechos individuales, pero sería preciso comprender que algunos de estos derechos individuales únicamente tienen sentido cuando se contempla al hombre enraizado en un grupo

humano y cultural. Sólo así será posible que en nuestras cambiantes sociedades el sistema europeo de protección de derechos humanos y libertades fundamentales conserve credibilidad.

Se trata, en definitiva, de no olvidar una de las dimensiones intrínsecas del sistema, *la del desarrollo*, a fin de poder incorporar nuevos derechos al catálogo de los derechos y libertades reconocidos —en especial derechos de contenido económico y social— y de poder hacer frente a nuevos desafíos de nuevos tiempos, con la incorporación de derechos culturales.

12. Si la dimensión de desarrollo del sistema europeo de protección de derechos humanos (que figura entre los objetivos del Consejo de Europa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de su Estatuto, así como en el Preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en tanto que primera medida para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal) no fuese tenida en cuenta adecuadamente (porque terminase prevaleciendo la mentalidad conservadora de muchos expertos, obsesionados con la gestión de lo adquirido y extasiados —aunque en el fondo *asustados*— con los logros alcanzados por la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, como creo haber demostrado ha hecho saltar por el aire el mito de que el sistema del Convenio únicamente protege derechos individuales civiles y políticos), el precio a pagar sería muy alto.

En primer lugar, porque ¿qué sentido y qué significación tendría el sistema del Convenio, en el que los Estados partes se comprometen a asegurar *a toda persona bajo su jurisdicción* el goce de los derechos y libertades reconocidos, para los más pobres y desvalidos, los más vulnerables de nuestras sociedades?

En segundo lugar, porque si prevalece la mentalidad conservadora y no se intenta seriamente el desarrollo del sistema del Convenio, su otra dimensión esencial, la de mecanismo de garantía y protección, terminará resintiéndose y empobreciéndose. Signo de ello, en mi opinión, es lo ocurrido en Roma el pasado 6 de noviembre cuando fue abierto a la firma el Protocolo adicional 9, por el que por fin se reconoce a la persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que haya iniciado la demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos la facultad de poder someter un asunto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez que la Comisión haya adoptado su

informe y haya emitido su opinión sobre el fondo de asunto y acerca de si hubo o no violación del Convenio atribuible al Estado demandado.

El Protocolo adicional 9 reduce, por no decir elimina, la incoherente función del Comité de Ministros en orden a decidir si hubo o no violación del Convenio (pues nadie podrá negar la contradicción existente en la actual posibilidad de que un órgano político decida sobre una cuestión jurídica, con la posibilidad incluso de que, si no alcanza la exorbitante mayoría hoy requerida, el Comité de Ministros del Consejo de Europa termine por *no decidir*); contribuye a la judicialización del sistema; y permite que el particular pueda tener acceso a un Tribunal que decida en Derecho acerca de su demanda (posibilidad que, conviene recordarlo, es uno de los derechos garantizados y reconocidos en el Convenio).

Ya no se trata de la sensible mejora que el Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos introdujo en la posición procesal del particular, que hoy es parte en el proceso, sino de algo de significado jurídico mucho más hondo: la legitimación activa del particular ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abierto a la firma en Roma el 6 de noviembre de 1990, el Protocolo adicional 9 entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un período de tres meses desde la fecha en que diez Estados del Consejo de Europa hayan expresado su consentimiento para quedar obligados; ocho Estados de los entonces veinticuatro Estados Miembros del Consejo de Europa no firmaron el Protocolo adicional 9, y entre ellos Alemania, el Reino Unido de Gran Bretaña y España (no firmaron el Protocolo Alemania, España, Irlanda, Islandia, Liechtenstein, Países Bajos, Portugal y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte).

Ni debo ni quiero hacer un «proceso de intenciones», ni mucho menos aún deducir consecuencias jurídicas de tales comportamientos pero sí puedo como jurista y debo como ciudadano expresar temores, de cuya posible falta de fundamento sería el primero en alegrarme: el temor de que la conducta de los no firmantes, y en particular la de España, haya estado inspirada por expertos de la Administración, asustados con lo ya logrado y deseosos de no ir más allá.

Si esto fuese así —y repito que sería el primero en alegrarme de estar equivocado— creo que se ha hurtado a las fuerzas políticas y al Parlamento, que es el único representante legítimo de la soberanía na-

cional, un debate serio sobre la necesidad de que la protección europea de los derechos humanos y de las libertades fundamentales se perfeccione cada día más y que, sin olvidar su dimensión esencial de mecanismo de garantía y de protección, de instrumento de garantía colectiva, no se prescinda de su otra dimensión, igualmente esencial, la de desarrollo progresivo tanto del mecanismo de protección instituido en el Convenio como de los derechos y libertades reconocidos y garantizados.

La protección internacional mediante órganos independientes de carácter judicial es uno de los signos distintivos del sistema europeo de protección de derechos humanos y libertades fundamentales; el otro es el haber sido concebido como un embrión a ser desarrollado progresivamente, y con espíritu progresivo, tanto en el plano jurisprudencial como en el normativo.

ABSTRACT

The author considers how the case-law of the judicial authorities set up by the European Convention on Human Rights as the guardians of human rights, the Commission and the Court, has endeavoured to interpret the Convention, as a vital and dynamic instrument, in the light of the conditions obtaining in our societies.

Accordingly, he analyses the manner in which the case-law of the European Court of Human Rights has gone beyond the traditional distinction between civil and political rights, on the one hand, and, on the other, economic, social and cultural rights.

The scheme of the Convention protects certain rights which undeniably relate to economic or social matters (for example, Article 1 of the First Protocol and Article 11 of the Convention). But the European Court of Human Rights has maintained that the Convention imposes *positive*, as well as negative, obligations on States (on the basis of the English text of Article 1 of the Convention); it has stated that in any event the system of the Convention protects genuine and specific rights, not merely formal or illusory rights; it has acknowledged that the Convention is applicable not only to relations between public authorities and persons subject to the jurisdiction of a state; and finally, it has accepted an extensive interpretation of some articles of the Convention in order to ensure indirect protection and, on the rebound as it were, rights not recognized in the European system for the protection of human rights. Thus, in its judgement of 7 July 1989 in the case of *Soering*, the Court held that the Convention must be read having regard to its specific character as a treaty for the collective protection of human rights and that its purpose and aim, as an instrument for the protection of human beings, require that its provisions construed and applied in such a manner that its safeguards are specific and effective.

Despite this immense effort evidenced in the case-law and its undeniable successes, it nevertheless remains necessary to overcome the attitudes of those who content themselves merely with managing the existing patrimony and relying on the progress achieved so far, so that, at the legislative level, the other essential aspect of the European system for the protection of human rights is not neglected: that of progressive development.

RÉSUMÉ

L'auteur examine la façon dont les organes juridictionnels de garantie institués par la Convention européenne des droits de l'homme, à savoir la Commission et la Cour, se sont efforcés dans leur jurisprudence d'interpréter la Convention à la lumière des circonstances dans lesquelles nos sociétés se meuvent, comme un instrument vivant et dynamique.

En ce sens, il analyse la façon dont la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a dépassé la traditionnelle distinction entre droits civils et politiques d'une part et droits économiques, sociaux et culturels de l'autre.

Le système de la Convention protège certains droits d'un indéniable contenu économique et social (voir par exemple l'article 1^{er} du premier protocole additionnel ou l'article 11 de la Convention). Mais la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que la Convention impose aux Etats des obligations *positives* et non pas simplement négatives (sur la base du texte anglais de l'article 1^{er} de la Convention); elle a affirmé qu'en tout état de cause le système de la Convention protège des droits effectifs et concrets et non pas simplement des droits formels ou illusoire; elle a reconnu que la Convention n'est pas seulement applicable aux relations entre les pouvoirs publics et les personnes soumises à la juridiction d'un Etat; elle a admis enfin l'interprétation extensive de certains articles de la Convention afin de parvenir à une protection indirecte et comme par ricochet de droits non reconnus dans le système européen de protection des droits de l'homme. Ainsi, dans son arrêt du 7 juillet 1989 dans l'affaire *Soering*, la Cour a affirmé que la Convention doit être lue en fonction de son caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme et que, de par son objet et sa finalité en tant qu'instrument de protection des êtres humains, ses dispositions doivent être comprises et appliquées de façon à ce que les garanties qu'elles apportent soient concrètes et effectives.

Tout en reconnaissant cet immense effort jurisprudentiel et ses indéniables réussites, il convient cependant de dépasser l'attitude de ceux qui se contentent de la simple gestion du patrimoine et de l'acquis, afin que ne soit pas négligée sur le plan normatif cette autre dimension essentielle du système européen de protection des droits de l'homme: celle de son développement progressif.

