

## I. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS

# EL CONCEPTO «VÍCTIMA DE UNA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS» COMO DETERMINANTE PARA EL ACCESO AL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>

LORENZO MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad Complutense de Madrid

1. *Introducción.*—2. *Las «Altas Partes Contratantes» obligadas a respetar el Convenio.*—3. *El papel de los particulares y la responsabilidad del Estado por omisión.*—4. *Una opción para la Unión Europea.*—5. *Los derechos y libertades definidos en el Convenio. La ratificación de los Protocolos y las reservas.*—6. *¿Quiénes son los titulares de los derechos y libertades que vinculan a los Estados? Especial referencia a los extranjeros.*—7. *La presencia del extranjero en el territorio, como presupuesto.*—8. *Organización no gubernamental o grupo de personas.*—9. *Organizaciones para la defensa de determinados intereses.*—10. *La exclusión de los órganos públicos.*—11. *¿Hasta dónde llega el carácter público de algunos organismos? Posibles excepciones.*—12. *Una sensible diferencia entre el sistema español y el del Convenio Europeo de Derechos Humanos.*—13. *El concepto de «víctima de una violación de los derechos».*—Anexo: *Sentencias y decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos citadas.*

### RESUMEN

El criterio clave para poder recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que se trate de una «víctima de una violación» de los derechos reconocidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El examen conjunto de los artículos 34 y 1 del mismo ofrece las claves para determinar quiénes pueden hallarse en la mencionada situación. Importa así hacer referencia a las personas individuales, a los grupos de personas, a las personas jurídicas (incluidas las compañías mercantiles), así como a las organizaciones en defensa de intereses cualificados, desde la especial mención de que se trate de «organizaciones no gubernamentales», interesándose también por saber cuál es la situación de los extranjeros.

*Palabras clave:* víctima de una violación de los derechos; derechos humanos y libertades fundamentales; Convenio Europeo de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

---

<sup>1</sup> Texto de la conferencia pronunciada en Zaragoza, en el Palacio de la Aljafería, el 30 de octubre de 2007, dentro del curso, organizado por el Consejo General del Poder Judicial y las Cortes de Aragón, sobre «El diálogo entre el Tribunal de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y los Tribunales ordinarios en materia de protección de los derechos fundamentales: hacia un derecho judicial europeo». La referencia al diálogo en el título del curso se reflejará en varios pasajes de mi texto. Con él he querido contribuir también al Libro Homenaje al profesor José Antonio ESCUDERO LÓPEZ, que se está preparando con motivo de su jubilación académica.

## ABSTRACT

Appeals will only be admitted by the European Court of Human Rights when they are made by or for the «victim of a violation» of rights recognised by the European Human Rights Convention. Examining articles 34 and 1 of that convention provides us with clues to determine who could consider themselves to be such a victim. It states that the appellant must be an individual, a group of people or an organisation with legal personality (including mercantile companies) or an organisation defending qualified interests, with special mention of «non governmental organisations». The article also discusses the situation of foreigners.

*Key words:* victim of violation of rights; human rights and fundamental freedoms; European Human Rights Convention; European Court of Human Rights.

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando hace ahora siete años abordaba el necesario diálogo entre los sistemas jurisdiccionales encargados de defender los derechos humanos y contemplaba el protagonismo que como instancia final asumía el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o «el Tribunal»), aventuraba una reflexión sobre las relaciones entre el Derecho interno y esa instancia superior que, cada día que pasa, se afianza con mayor fuerza. Decía entonces, al referir los requisitos necesarios para poder llegar a postular ante el Tribunal Europeo:

«Eso sí, mediando siempre la regla de que hay que agotar los recursos previstos en la vía interna. Vía interna que, a la vista de la interconexión de los ordenamientos existente, cada vez debería interesar más. Incluso, dado que la fase superior se rige por reglas y principios comunes, dada la fuerza de la jurisprudencia de Estrasburgo, cada vez más presente y consistente, las respuestas que se den en cada uno de los Estados habrán de estar muy atentas a lo que sucede en los demás. Se parte de que los remedios internacionales como el auspiciado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pretenden ser respetuosos con las especialidades del derecho interno. Acaso ello se cumpla en aquellos que funcionan esporádicamente y cuyas soluciones aparecen gota a gota, muy espaciadas. Pero cuando el protagonismo de una instancia internacional no hace más que crecer y su presencia se afirma de forma inevitable en la vida cotidiana, dejan de estar seguras las fortalezas interiores, cada vez hay más aplicación por conocer lo que pasa allende las viejas fronteras, y, de hecho, son mayores los puntos de contacto. Y las oportunidades de confluencia. Por más que pueda gustar no reconocerlo, la coincidencia en la fase de llegada tiende con el tiempo a alisar y a aproximar las variantes en los puntos de

partida. Se ha de dejar sentir una inevitable tensión homogeneizadora»<sup>2</sup>.

Me gusta recalcar que el poder llegar a la jurisdicción del TEDH es una fórmula excepcional y cualificada, pues se parte de la base de que ante todo hay que intentar el arreglo ante los tribunales nacionales. Sucede algo parecido como con la vía interna y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC): éste, en un planteamiento ideal y razonable, sería una solución cualificada y con vocación de excepcionalidad, una vez que es dable pensar que el peso de la administración de justicia descansa habitualmente en los tribunales de los diversos órdenes jurisdiccionales. Sólo excepcionalmente debería poder clamarse ante el TC. Valga lo dicho como planteamiento utópico, que me gusta recordar periódicamente, aunque bien sabemos con qué fuerza y en función de qué intereses, no siempre legítimos, se ha apostado porque el recurso de amparo ante el TC sea, casi, el hito final de cualquier proceso de importancia. Por más que, una vez que se han dado los pasos para dar carta de naturaleza a tales facilidades, es bien sabido cómo periódicamente se reforma la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al objeto de contener flujos e intentar reducir la ola de papel que llega al TC. Bien reciente está la última reforma, veremos en qué queda<sup>3</sup>.

Aunque hoy se haya normalizado la posibilidad de acudir al TEDH, el sistema que lo sustenta, como variante de Derecho internacional, contaba en su punto de partida con una cierta desconfianza de los Estados y de ahí, en consecuencia, el aseguramiento de que se iba a dar sin falta cualificado protagonismo a los órganos jurisdiccionales internos de cada Estado. En este sentido, es clara y tajante la redacción del artículo 35.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (citado en adelante como «el Convenio Europeo de Derechos Humanos», CEDH o, simplemente, «el Convenio»)<sup>4</sup>, al establecer que uno de los requisitos para poder acceder al TEDH —o, como lo denomina ahora la rúbrica del precepto, «Condiciones de admisibilidad»— es el de haber agotado las vías de recurso internas. Como dice literalmente el precepto:

<sup>2</sup> Me remito a mi trabajo «La defensa de los derechos fundamentales: tres diferentes cauces jurisdiccionales en la Constitución española», ponencia sostenida en sendos seminarios celebrados en Nápoles y en Roma, en mayo de 2000, publicada en el volumen colectivo *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, I, Madrid, 2002, pág. 367 (aparecería también en la revista *Civitas Europa*, Presses Universitaires de Nancy, núm. 7, 2001, págs. 9 y ss.).

<sup>3</sup> Sobre la más reciente reforma, la llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, véase el certero trabajo de Germán FERNÁNDEZ FARRERES, «La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 81, 2007.

<sup>4</sup> A recordar siempre, sobre el CEDH y su sistema, el interesante libro de síntesis del profesor Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003. Véase, recientemente, el volumen colectivo, dirigido por I. LASAGABASTER, *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, 2004.

«Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva».

Criterio que es, a su vez, importante filtro para descargar al Tribunal, una vez que se parte de que no pocos conflictos habrán de resolverse en el ámbito interno y sin tener que salir por eso del espacio jurídico del propio Estado. Para cuando las cosas no funcionen, bien está, en la reserva, la garantía última. No pocas veces sucede que el TEDH consagra y asume como criterios, e incluso como doctrina propia, lo que son elaboraciones de los órganos jurisdiccionales del Estado afectado<sup>5</sup>. Por supuesto que es más habitual, o más conocido, el fenómeno inverso: los tribunales internos reciben y asumen la doctrina consagrada por el TEDH<sup>6</sup>. Pues bien, de unas maneras o de otras, se entabla un vivo diálogo entre ambos núcleos jurisdiccionales, el de los tribunales internos —o entre los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial y el TC, por hablar del sistema español— y el Tribunal Europeo. Pero en este diálogo a veces pueden producirse ciertas «angosturas» que perturban la fluidez de la comunicación. Si en cuanto a los contenidos sustantivos el flujo parece no tener fronteras —a lo que contribuye también de manera decisiva la glosa de los estudiosos destacando y dando a conocer los casos más relevantes—, va a surgir algún problema, en cambio, en cuanto a lo que podemos denominar requisitos procesales que flanquean el sistema.

Y eso que las opciones han cambiado de manera decisiva desde que a partir de la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 —que tuvo lugar el 1 de noviembre de 1998—, al universalizar la jurisdicción, se asume la fórmula habitual de un proceso en el que los ofendidos serán «una parte», en el sentido procesal del término, cosa que no sucedía con anterioridad, por más que el propio Tribunal hubiera intentado facilitar la presencia de los afectados.

Uno de los aspectos habituales en la configuración de cualquier proceso es el del diseño de las características de la parte actora, lo que suele conducir de manera directa, entre otras precisiones, a fijar las características de la que se viene denominando «legitimación activa».

Pues bien, la variante de diálogo a que antes me refería —en el sentido ahora de que para clamar ante el TEDH hay antes que haber agotado las vías internas— va a producir un significativo desfase. Sin duda, en su consideración global es un aspecto de cierta complejidad, porque los 47 Estados que hoy integran el Consejo de Europa, y que están presentes, por tanto, en

<sup>5</sup> Valga como muestra significativa, por poner sólo un ejemplo reciente, el caso *Konrad c. Alemania*, abordado por la decisión de inadmisión de 11 de septiembre de 2006.

<sup>6</sup> En línea con lo que señalaba en mi viejo trabajo «La recepción por el TC de la jurisprudencia del TEDH», recogido ahora en mi libro *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 245 y ss.

el sistema del CEDH, si algunos se pueden agrupar según tendencias próximas o cercanas, lo cierto es que hay numerosísimas peculiaridades a la hora de ordenar el sistema jurisdiccional interno de cada uno de esos Estados. Pero ahora no podemos aspirar a una visión de conjunto: me voy a circunscribir así al caso de España. Y en esta tesitura aparece un desfase significativo. Obviamente, quien no haya agotado la vía interna, no podrá luego acudir al Tribunal Europeo. Pero, en cambio, ese requisito no resulta suficiente: lo cierto es que, dada la diferente configuración, no todos los que han podido culminar la vía interna van a poder luego tener acceso a la jurisdicción europea.

Al sugestivo tratamiento que con apoyo en la jurisprudencia llevaba a cabo del recurso de amparo hace unos años el profesor FERNÁNDEZ FARRERES<sup>7</sup> hay que sumar la última monografía, de gran calidad también, recién elaborada por el profesor TORRES MURO —*La legitimación en los procesos constitucionales*<sup>8</sup>—, y en ambos podemos encontrar un tratamiento acabado acerca de cuál es el estado de la cuestión en España en relación con el recurso de amparo ante el TC<sup>9</sup>. Ello me va a llevar a fijarme en esta ocasión de manera especial en la fórmula que se ha consagrado en el sistema del Consejo de Europa, con el afán de sacar luego algunas conclusiones comparativas.

Si en el Derecho español va a jugar un papel relevante, junto a otras fórmulas, la noción de «interés legítimo» —art. 162.1.b) CE—, el protagonismo lo asume en el CEDH la expresión «víctima de una violación», en la que voy a centrar fundamentalmente el presente trabajo. Por ello, para proceder adecuadamente, contando con todos los datos, comencemos por exponer el correspondiente precepto del Convenio, el artículo 34<sup>10</sup>:

«El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho».

<sup>7</sup> Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional. Comentarios al Título III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

<sup>8</sup> Editorial Reus, Madrid, 2007.

<sup>9</sup> Aunque haya que formular la advertencia de que no todos los asuntos que puedan llegar al TEDH tendrían que pasar necesariamente por el TC. He aquí el testimonio significativo de alguna especialidad en el sistema español. Paradigmático resulta así el caso del derecho de propiedad, respecto del que no cabe recurso de amparo en la vía interna, pero sí está protegido en el sistema europeo, en cuanto consagrado en el artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1. Lo que implica que, en este caso, el agotamiento de las vías internas habrá de producirse según otros criterios.

<sup>10</sup> Adviértase que en la situación anterior al Protocolo núm. 11 el precepto equivalente era el 25.1, directamente referido a la Comisión Europea de Derechos Humanos, que el propio Protocolo suprimiría.

El precepto ofrece ya unas cuantas claves para proceder<sup>11</sup>, pero para completar el panorama resulta imprescindible tomar en consideración también el artículo 1 del Convenio, que abre la puerta al sistema, desde la rúbrica, «Reconocimiento de los derechos humanos»:

«Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio».

La suma conjunta de ambos preceptos depara una rica serie de elementos, cuyos aspectos más destacados se van a exponer a continuación. Me agrada por eso reunir ahora por escrito lo que son reflexiones que llevo meditando muchos años en cursos y conferencias sobre el Convenio y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su jurisprudencia. Diré, con todo, cuanto antes, que el sistema del CEDH se caracteriza, en el punto que nos ocupa, por la extraordinaria simplicidad y sencillez y por la decidida huida de formalismos, lo que no impide que se respeten las exigencias mínimas que ofrece la regulación.

## 2. LAS «ALTAS PARTES CONTRATANTES» OBLIGADAS A RESPETAR EL CONVENIO

Si se habla de una violación, parece imponerse, ante todo, una referencia a quiénes sean los sujetos obligados a respetar el Convenio, pues el sistema jurisdiccional, que es lo que nos interesa ahora, se ha montado en torno a ellos. Destaco que lo que importa ahora es el sistema jurisdiccional, dado que cosa distinta es la eficacia normativa del Convenio, que ofrece muchas otras implicaciones.

Estamos, en principio, ante una modalidad jurídica destinada a los Estados, más en concreto a los Estados miembros del Consejo de Europa. El Convenio, como instrumento internacional, y dado su obvio carácter convencional, utiliza con normalidad, y en la mayoría de las ocasiones, la expresión «Altas Partes Contratantes», que, como se sabe, está aludiendo en principio a los Estados. Lo que no impide que a lo largo del texto se hable en otras ocasiones directamente de Estados.

El Consejo de Europa es, por así decir, el *dominus* del Convenio, pero nada puede impedir —por aquello de que en principio los textos legales no tienen *copyright*<sup>12</sup>— que otros Estados no pertenecientes al mismo, o inclu-

<sup>11</sup> Los criterios se repiten más adelante en el artículo 56.4, al contemplar la situación de los «territorios de cuyas relaciones internacionales» sea responsable cualquiera de los Estados miembros del Convenio.

<sup>12</sup> En mi trabajo antes citado —«La defensa de los derechos fundamentales: tres diferentes cauces jurisdiccionales en la Constitución española»— afirmaba: «Es curioso, lo que de ninguna manera se permitiría en otros sectores de la vida social, resulta habitual, y muy positivo, a la hora de hacer las constituciones y las grandes leyes: es un elemento de avance en la historia de la humanidad el que los hacedores de constituciones sean grandes plagia-

so otras organizaciones, pudieran utilizarlo o incorporarlo a su ordenamiento jurídico, dada la reciente tendencia de los Estados y otras organizaciones a comprometerse con los instrumentos del Derecho internacional o específicamente con los referentes a los derechos humanos. Es bien significativo al respecto, sin perjuicio de lo que enseguida se va a decir, que el artículo 6.2 del Tratado de Maastricht «comprometa» a la Unión Europea en el respeto al Convenio: «La Unión respetará —se dice— los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio (...)».

La vertiente internacional propia del gran instrumento del Consejo de Europa conlleva implicaciones que conviene tener bien presentes. En principio, como se dice, son los Estados miembros del Consejo los que se han concertado en el Convenio. La responsabilidad que éste presupone se vincula a la personalidad del Estado como sujeto de Derecho internacional. A este respecto, hay un primer aspecto a tomar en consideración: dicha responsabilidad se proyecta a la entera organización que es el Estado, cualquiera que sea su configuración constitucional. Lo que significa, en concreto, que en los Estados diseñados según un modelo descentralizado, donde haya territorios u organizaciones dotados de ámbitos propios de decisión —y tal sería, sin duda, el caso de España—, el respeto al Convenio vincula no sólo a los órganos centrales o unitarios, sino a cualquier territorio u organización: la conducta de cualquiera de ellos predetermina la responsabilidad del Estado. La secuela lógica es que, por ejemplo, en el caso de España, toda la organización del Estado, arrancando de los poderes y órganos constitucionales, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los entes de la Administración Local —desde las figuras tipo, provincias y municipios, a cualquiera de las otras modalidades: islas, comarcas, etc.—, así como los organismos dependientes de todos ellos, todos se integran en el concepto. Un problema diferente, y bien interesante, es el de, dada la responsabilidad conjunta, cómo se organiza, supervisa y garantiza que los fragmentos descentralizados respeten el Convenio, rectifiquen su comportamiento, en su caso, o, incluso, sean hechos partícipes de las eventuales responsabilidades patrimoniales que les pudieran corresponder.

Se puede recordar, aunque sea sucintamente, que en el repertorio de jurisprudencia atinente a España no faltan asuntos cuyos hechos u omisiones originarios fueron debidos a alguna Comunidad Autónoma (caso *Riera Blume y otros*, de 14 de octubre de 1999) o a algunos Ayuntamientos (casos *López Ostra*, de 9 de diciembre de 1994, o *Moreno Gómez*, de 16 de noviembre de 2004)<sup>13</sup>.

---

rios. Injustificable en absoluto en el terreno de la literatura o de la música, o en la propia creación científica, resulta usual, y enriquecedor por demás, en el campo de la legislación. Aquí no ha hecho su aparición el derecho de propiedad intelectual; las creaciones normativas desde que se promulgan y aparecen en los diarios oficiales, entran en el dominio público y están a disposición de los nuevos legisladores» (pág. 9).

<sup>13</sup> Una minuciosa reseña de los casos en que España ha sido condenada por el TEDH se encontrará en la tan importante edición, preparada por Luis MARTÍN REBOLLO, de las *Leyes Administrativas*, 13.<sup>a</sup> ed., Aranzadi, 2007, págs. 1429-1444.

### 3. EL PAPEL DE LOS PARTICULARES Y LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR OMISIÓN

Hay que tener en cuenta el dato de que también, sin duda, las violaciones de los derechos fundamentales pueden provenir, además del Estado y de todo su aparato, de otros sujetos bien diferentes. Es el problema de la incidencia de los derechos humanos sobre los particulares<sup>14</sup> y, por lo mismo, la vinculación de éstos. Resulta indudable que los derechos humanos vinculan a todos, también a cualquier ciudadano. Bien sabido es cómo no pocas violaciones de los derechos fundamentales provienen de otros ciudadanos. El carácter normativo de la Constitución y de señaladas Declaraciones de derechos<sup>15</sup>, como en concreto la del Consejo de Europa, hace que sean vinculantes para todos. Lo que sucede es que, en principio, cuando son los particulares los que infringen los derechos humanos suele haber otros remedios, incluso jurisdiccionales, debiendo recordarse el juego de la responsabilidad patrimonial o la frecuencia con que los derechos y libertades tienen su reflejo, en negativo, en el Código Penal: delitos contra la vida y la integridad corporal, contra la libertad sexual, contra la libertad de conciencia o los sentimientos religiosos, etc. Frente a la facilidad histórica de utilizar las vías jurisdiccionales ordinarias, el mérito de sistemas como el del CEDH consiste en poder emplazar a los Estados —todos los poderes públicos incluidos—, lo que no siempre ha sido fácil, y aún hoy en día sigue ofreciendo ingentes problemas en algunas latitudes. Para eso se concitan los esfuerzos que han conducido a pasos tan cualificados como el que estamos estudiando.

Lo que sucede es que, a veces, lo que han sido conductas inequívocas de particulares pueden terminar llegando al Tribunal Europeo, si se asume que de alguna manera ha quedado comprometido el Estado y su red de organismos, aunque sea por omisión o por pasividad. En tales supuestos se puede utilizar, sin lugar a dudas, el Tribunal, en relación con lo que originariamente fueron conductas privadas —y subrayo el término—, siempre que haya un plus que permita implicar al Estado. Ilustraré mi afirmación, a modo de ejemplo, con dos casos recientes, a los que he dedicado cierta atención.

El origen del caso *A. c. Reino Unido*<sup>16</sup> está en la paliza que el padrastro

<sup>14</sup> Véanse, por todos, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1981, y Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ-BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986.

<sup>15</sup> Véase lo que señalaba en mi trabajo «El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional», núm. 165 de esta REVISTA, 2005, págs. 10 y ss., así como la bibliografía citada.

<sup>16</sup> Véase Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «¿Castigo razonable o malos tratos? (La sentencia del TEDH de 23 de septiembre de 1998, en el caso "A. c. Reino Unido": una nueva página en la defensa y protección de los niños)», *TC. Repertorio Aranzadi*, núm. 22, marzo 2000, págs. 15 y ss.

había propinado a un niño. Fue la escuela pública a la que acudía la que denunció el caso, a resultas de lo cual sería procesado el agresor. Pero el hecho de que el sistema procesal penal no permitiera condenarle con normalidad hace ya que se traslade la responsabilidad al Estado, que de hecho fue condenado.

Esquema parecido, aunque en circunstancias bien diferentes, se observa en un caso que afectó a España, el asunto *Moreno Gómez*, sentencia de 16 de noviembre de 2004, ya citada. La señora Moreno Gómez, molesta por el ruido que produce un establecimiento situado en el bajo de su casa y por el ruido ambiente del barrio —una zona de copas de Valencia—, y tras una reiterada y baldía serie de intentos de involucrar al Ayuntamiento en su defensa, llega al TEDH alegando que ha sido agraviado su derecho a la vida privada y familiar (del art. 8 del Convenio). No era el Ayuntamiento de Valencia el causante del ruido, evidentemente. Pero sí el responsable de mantener el debido sosiego en la vida urbana. Su ineficacia o pasividad va a resultar determinante para que sea condenado el Reino de España, como Estado responsable<sup>17</sup>.

#### 4. UNA OPCIÓN PARA LA UNIÓN EUROPEA

La regla normal de que sean los Estados, como «Altas Partes Contratantes», los comprometidos por el Convenio podría conocer una excepción significativa. Hace su aparición así ahora otra línea de diálogo entre las distintas organizaciones y sistemas, desde el punto de vista de los derechos humanos. La preocupación por el respeto de los derechos humanos en el seno de la Unión Europea, así como por la formalización jurídica de tal aspiración, ha conducido, en paralelo con otras iniciativas de gran calado, al intento de comprometerse de lleno en el respeto al Convenio (y no sólo con la fórmula indirecta, de intensidad menor, del artículo 6.2 del Tratado de la Unión Europea, al que antes me referí). Se trata de un ya largo proceso<sup>18</sup>, no concluido todavía, uno de cuyos hitos cualificados fue, primero, la aprobación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y, luego, el Proyecto de Tratado que pretendía introducir la Constitución europea, cuyo artículo 9.2 autorizaba y fomentaba la adhesión de la Unión al CEDH. En paralelo y al unísono, el propio Consejo de Europa respaldaba la iniciativa, al incluir tal posibilidad en el artículo 59 del Protocolo núm. 14, en fase ahora de firma por los Estados (aún no ha entrado en vigor; España no lo ha firmado todavía). Cuando escribo estas líneas —20 de octubre de 2007—, la prensa da noticia de que ayer ha concluido en Lisboa el Consejo

<sup>17</sup> Véase Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «El ruido, reciente respuesta legal y jurisprudencial», *Foro*, núm. 1, 2005, págs. 38 y ss.

<sup>18</sup> Me remito a mi trabajo «Para una afirmación de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Revista del Poder Judicial*, núm. 57, 2000, págs. 31 y ss., y, más recientemente, mi libro *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos (Perspectivas española y europeas)*, Cuadernos Civitas, 2006.

Europeo dando el visto bueno al nuevo Tratado, que se firmaría en Lisboa en diciembre, como «Tratado de Lisboa», y donde se recogen, seleccionados, los materiales del decaído Proyecto de Constitución. Y —añado ahora al corregir pruebas— el Tratado de Lisboa ha asumido, en efecto, el anterior criterio de que la Unión se adhiera al Convenio. De modo que, como regla, responsables de las violaciones del Convenio y abocados a su jurisdicción, los Estados, pero se ha abierto la puerta para que pueda encajar también en el sistema esta organización peculiar, tan importante y de tanto peso como es la Unión Europea, que ni es un Estado ni una confederación de Estados, y a la que el nuevo Tratado pretende dotar de personalidad jurídica única.

## 5. LOS DERECHOS Y LIBERTADES DEFINIDOS EN EL CONVENIO. LA RATIFICACIÓN DE LOS PROTOCOLOS Y LAS RESERVAS

El principal elemento de referencia es que el instrumento internacional que nos ocupa constituye una Declaración de derechos y libertades cuya proclamación auspicia su vigencia a todos los efectos, y de ahí que se haya instaurado una jurisdicción para conocer de las violaciones a los mismos.

El Convenio incluye como seña de identidad la referencia a los *derechos humanos*, fórmula tradicional y arraigada, tan expresiva y de tanto significado, elemento decisivo que es oportuno conservar, aunque hayan variado algunas circunstancias, completado con la mención a las *libertades fundamentales*. Ofrece también la fuerza de síntesis oportuna para que su título resulte expresivo. Ya en el articulado, el 34, precepto que venimos glosando, hablará de «los derechos reconocidos», mientras que el artículo 1 se refiere a los *derechos y libertades*. También hay otra pequeña diferencia entre ambos preceptos. Como me gusta recordar, el Consejo de Europa ha puesto en marcha un sistema abierto y dinámico. Entre otras razones, porque periódicamente se va ampliando el elenco de derechos proclamados, elaborando Protocolos que se *adicionan* al *corpus* de la primitiva declaración, y que entran en vigor una vez que los han asumido los Estados. Cuando se hizo el Protocolo núm. 11 se retocaron algunos aspectos de la redacción originaria, como por ejemplo la incorporación de rótulos a cada precepto, así como los derivados de las reformas, de corte organizativo y procesal, que introducía; pero, en cambio, no se modificó el texto del artículo 1, que sigue como estaba, y que se refería a «los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio». La fórmula era precisa cuando se hizo. Pero luego se habían añadido al sistema ciertos derechos y libertades a través de algunos Protocolos. Esta alteración sí se ha reflejado en la redacción que se dio entonces al artículo 34, sustituto del anterior 25.1, que, a la par que refleja las reformas aportadas por el Protocolo núm. 11, ha pasado a hablar de violación de «los derechos reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos».

Se trata de un distingo mínimo pues, obviamente, la fuerza de los Protocolos trasciende y penetra en la interpretación que haya de darse al artícu-

lo 1. De este modo, el artículo 34 cumple el papel de reforzar dicha interpretación. Debo decir que creo que no ha habido ningún problema al respecto, y el funcionamiento habitual del Tribunal asume que es juez de todos los derechos, estén donde estén: la garantía del artículo 1 cubre todo el espacio normativo incorporado con los requisitos exigidos.

Esta referencia a los requisitos exigidos me lleva a otra observación. Como es normal en las fórmulas de Derecho internacional, un convenio para que obligue a un Estado tiene que haber cubierto todos los pasos previstos para su elaboración, a lo que hay que sumar el compromiso formal de cada Estado en concreto, de acuerdo con su sistema constitucional. En España, ya se sabe que el artículo 96 CE ha asumido el criterio del artículo 1 del Código Civil, que marca los pasos de la ratificación y la ulterior publicación en el diario oficial, con lo que el tratado o convenio penetra de lleno, y con fuerza directa, en el ordenamiento jurídico español. En este sentido aludiré, de forma somera, a dos modalidades vinculadas a lo que digo: la ratificación y las posibles reservas.

En la fase inicial del Convenio, un Estado podía haberlo firmado y considerarse obligado por el mismo, pero si no declaraba expresamente, como un plus, el reconocimiento de la competencia de la Comisión para las llamadas «reclamaciones individuales», tal y como lo contemplaba entonces el artículo 26, no quedaba comprometido con el sistema jurisdiccional. De no haberse dado tal paso, no podía llegar al Tribunal una reclamación. El Protocolo núm. 11 alteró el sistema y ahora no cabe desvincular ambos efectos. Pero otra cosa es lo que sucede, en cambio, con los Protocolos que se van incorporando: los que añaden nuevos derechos reclaman, obviamente, la expresa ratificación de cada Estado, pero normalmente no se exige la unanimidad para que entren en vigor. Bien puede darse así que un Protocolo sea obligatorio para unos Estados y no lo sea para otros. Por ejemplo, España tardó en asumir el Protocolo Adicional núm. 1, hoy ya incorporado con normalidad, pero todavía no ha firmado o ratificado otros posteriores.

Hay que tener en cuenta también la figura de las *reservas*, que implican la advertencia expresa de que el Estado que formula alguna de ellas no se compromete con el precepto referido o con alguna modalidad concreta de su aplicación. Las reservas sólo se admiten excepcionalmente, pero son una realidad efectiva, que marcan situaciones de asimetría y, a la larga, desempeñan un importante papel para poder conseguir que el Estado en cuestión se comprometa con los otros contenidos del convenio en cuestión. De todas maneras, el Tribunal sostiene el criterio de que el efecto de las reservas debe ser interpretado restrictivamente, lo que puede dar pie a que la reserva no surta los efectos esperados. Dos ejemplos en esta dirección: así sucedió en la sentencia *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982, en relación con el derecho de los padres a predeterminedar la educación de sus hijos, caso tempranamente estudiado por el profesor EMBID IRUJO; similar criterio se ha aplicado, recientemente, al asunto *Dacosta Silva c. España*, de 2 de noviembre de 2006, sobre el régimen disciplinario de los miembros de la Guardia Civil.

6. ¿QUIÉNES SON LOS TITULARES DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES QUE VINCULAN A LOS ESTADOS? ESPECIAL REFERENCIA A LOS EXTRANJEROS

Entrando ya en la consideración de los sujetos que puedan considerarse víctimas de la violación, habría que precisar, ante todo, un dato que me parece relevante: para tener la consideración de víctima hay que presuponer la titularidad o posible titularidad del derecho o libertad en cuestión. Ya veremos que alcance tiene tal precisión.

Habla el texto, ante todo, de «cualquier persona física». Parece lo más lógico, a la vista de la realidad, a la vista de cómo funciona la sociedad y teniendo en cuenta el significado individualista de tantas de las teorizaciones de los derechos «del hombre». De hecho, penetrando en el repertorio jurisprudencial, son numerosos los casos en los que la queja ha sido planteada por una persona física, un sujeto singular. Ni vale la pena citar ejemplos pues, como digo, es algo del todo asumido, y muy frecuente, por ende. Pero sí que hay que intentar previamente alguna precisión.

La primera me lleva a interrogarme acerca de la nacionalidad: ¿se tratará de opciones de los nacionales, o de los *ciudadanos* incluso, en el sentido tradicional que reclama un cierto estatus activo, o se abrirá la oportunidad también a los *extranjeros*?<sup>19</sup> Con la particularidad añadida de que, como bien se sabe, hay, ante el Derecho, diversas clases de extranjeros, según el arraigo y estatus legal que tengan en el país o según las precisiones que determinen las leyes, los tratados o la reciprocidad, por tomar los criterios del artículo 13.1 y 2 CE. Con la importancia añadida, por ejemplo, de lo que ha venido a representar el Derecho comunitario con la incorporación de la noción de *ciudadanía europea*. Valga esta insistencia especial sobre los extranjeros, por si se suscitare alguna duda, dando por sentada la normalidad de que las opciones correspondan a los nacionales del país. Pero sobre ellos no vale la pena insistir, por lo que no me ocuparé de este punto ahora.

Pues bien, por atenernos a las grandes líneas, para dar la respuesta adecuada hay que ir, ante todo, a la fórmula determinante del sistema incluida en el artículo 1. Intencionadamente se dio allí una respuesta de gran amplitud que abre el ramillete de personas interesadas: «toda persona dependiente de su jurisdicción [de cada Estado]». Con lo cual se quiso incluir genéricamente, además de a los nacionales, a los extranjeros presentes en el país. Con frecuencia repite el Tribunal afirmaciones como las siguientes, que tomo del asunto *Ben El Mahi y otros c. Dinamarca*, de 11 de diciembre de 2006, sobre el que más adelante volveré con mayor detenimiento:

«El Tribunal ha encontrado en los *travaux préparatoires* confirmación del carácter esencialmente territorial de la ju-

---

<sup>19</sup> Recuérdese, por ejemplo, que el importante artículo 53 CE, cuando pasa a articular las garantías frente a las violaciones de los derechos fundamentales, se expresa diciendo que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de los derechos y libertades», etc. (apartado 2).

risdicción, ya que el Comité Intergubernamental de Expertos reemplazó las palabras “toda persona residente en su territorio” por la referencia a “persona dependiente de su jurisdicción” con la idea de proyectar los efectos del Convenio a personas que pudieran no ser residentes en sentido legal, pero presentes sin duda en el territorio del Estado».

Noción amplia, por ende, de la persona extranjera «dependiente de su jurisdicción». De hecho, no son pocas las sentencias que se han debido a demandas de extranjeros. Me parece también ocioso detenerme a dar ejemplos, pues es un dato de observación cotidiana.

Pero este aspecto hay que completarlo con la referencia, que antes mencionaba, a la efectiva titularidad del derecho. En efecto, los extranjeros presentes en los Estados del Convenio pueden ser titulares de la mayoría de derechos que enumera. Pero no faltan restricciones expresas. Por ejemplo, el artículo 16 asume el tradicional recelo al protagonismo político de los extranjeros. Quizá hoy estén cambiando los criterios, de lo que sería una buena muestra la clara respuesta, en algunos puntos, del Derecho comunitario desde la idea de la ciudadanía europea, así como la que asume con carácter general para las elecciones municipales el artículo 13.2 CE, contando siempre con lo que dispongan las leyes o los tratados, bajo la condición de reciprocidad. Pero, mientras no se altere, la previsión del Convenio resulta inequívoca y mantiene plena virtualidad. Convendrá recordar, en efecto, el artículo 16, que, bajo el rótulo de «Restricciones a la actividad política de los extranjeros», establece lo siguiente:

«Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros».

Los preceptos mencionados se refieren a lo que sería el meollo de la actividad y del protagonismo político: la libertad de expresión de una parte, es decir, la opción de exponer y propagar ideas a través de los diversos procedimientos y medios posibles; la libertad de reunión y de asociación en segundo lugar, donde encaja todo tipo de presencia en la calle, como concentraciones, manifestaciones y cortejos, pero también partidos políticos u otras organizaciones de significado político, y, en tercer lugar, el criterio de no discriminación. No será ocioso recordar, a modo de ejemplo, cómo en el sistema constitucional español determinadas opciones se reservan, en principio, a «los españoles», como la garantía de la igualdad, del artículo 14; la libertad de desplazamiento, del artículo 19, o el derecho al trabajo, del artículo 35.

La fórmula del Convenio establece unas reglas de juego bien claras, que van a dejar luego a cada Estado un amplio margen de maniobra: el Derecho interno puede optar por varias soluciones —en la medida en que no haya

otros compromisos que lo impidan— y puede establecer soluciones igualitarias que equipararían a los extranjeros, sin restricción alguna a la hora de ejercitar los mencionados derechos. Pero también encaja que el Derecho interno marque diferencias y limite o restrinja a los extranjeros determinadas titularidades. En tal caso, en estos puntos concretos, el extranjero que no ostente titularidades no puede alcanzar la condición de «víctima».

## 7. LA PRESENCIA DEL EXTRANJERO EN EL TERRITORIO, COMO PRESUPUESTO

Se hablaba antes, al mencionar el artículo 1, de la necesaria «relación» del extranjero con el Estado en cuestión. En efecto, el sistema del Convenio no es una jurisdicción universal para que cualquiera, se encuentre donde se encuentre, y sin ninguna relación efectiva con el Estado, pudiere pretender ventilar sus diferencias o clamar por sus agravios ante el Tribunal de Estrasburgo.

Hay ya unos cuantos casos indicativos en el repertorio del Tribunal que han abordado la cuestión de forma resuelta, pero me voy a centrar ahora en uno bien reciente, suscitado en torno a un problema que tuvo mucha repercusión en la opinión pública. Se trata del asunto *Ben El Mahí y otros c. Dinamarca*, resuelto el 11 de diciembre de 2006. Todo gira en torno a la publicación de aquellas viñetas o caricaturas de Mahoma aparecidas en el periódico danés *Morgenavisen Jyllands-Posten*, el 30 de septiembre de 2005. Conocido es el revuelo que se armó tras la publicación. Entre las numerosísimas reacciones que se produjeron, hay que dejar constancia de que el Ministerio Fiscal danés no accedió, por no ver razones jurídicas, a la solicitud de diversas organizaciones musulmanas de Dinamarca de iniciar procedimiento criminal contra los responsables de la publicación, decisión que se reiteró tras la correspondiente apelación.

Al margen de ello, el caso ahora contemplado ofrece bien diferentes coordenadas: una persona marroquí, residente en Marruecos, y de la que no se señala que tenga relación alguna con Dinamarca, que actúa también en nombre de dos asociaciones, igualmente domiciliadas en Marruecos, toma la iniciativa para solicitar al TEDH que condene a Dinamarca, alegando que se ha infringido el artículo 9 —sobre libertad religiosa— en relación con el artículo 14, pues los musulmanes, se sostiene, habrían resultado discriminados por ese país; la queja se apoya también en el artículo 17, tomado conjuntamente con el 10: es decir, se habría usado desafortadamente el derecho a la libertad de expresión para negar o cercenar otros derechos, y publicar así las ofensivas caricaturas.

Como se comprenderá, lo primero que salta a la vista, antes que el debate sobre el fondo de la cuestión, materia que ha dado ya un cierto trabajo al Tribunal<sup>20</sup>, antes que los aspectos procesales referentes al agotamiento por

---

<sup>20</sup> Véase Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «Respeto a los sentimientos religiosos y libertad de expresión», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 36, 2007, págs. 593 y ss.

los recurrentes de las vías internas, es el punto central de la vinculación de los recurrentes con el Estado demandado. No es sólo un problema de extranjería, que sería lo de menos —que, de hecho, pudiera no tener trascendencia alguna—, sino que es sobre todo la carencia de relación jurídica efectiva alguna con Dinamarca. Ya indiqué la nacionalidad marroquí del primer recurrente y el domicilio allí también de las dos asociaciones. De ahí que el Tribunal enfoque directamente el asunto desde la perspectiva del artículo 1, desde la exigencia, en concreto, de acreditar ser «dependiente de su jurisdicción». Los Estados no se han comprometido respecto a los que no dependen de ellos. El hecho de la dependencia de la jurisdicción se va a considerar imprescindible para poder determinar la responsabilidad de un Estado. Lo que llevará al Tribunal a hacer uso, casi automáticamente, de la doctrina que había sentado para anteriores casos similares.

Se recalca, como ya he indicado antes, que, a la vista de «los trabajos preparatorios» que llevaron a la elaboración del CEDH, la fórmula que finalmente se dio al artículo 1 responde a una pretensión de amplitud para amparar a cualquier extranjero presente en el territorio del Estado, independientemente de que hubiera logrado la «residencia» en el sentido formal del término, más restrictivo. Pero, una vez dicho eso, se razona que, salvo circunstancias excepcionales que pudieran darse —y recalco que se insiste en admitir excepciones, que pueden ser importantes—, el criterio de Derecho internacional conduce a una visión territorial de la fórmula «dependiente de su jurisdicción». Habrá excepciones —se deja bien claro—, pero lo normal, para exigir responsabilidad, es el criterio de territorialidad<sup>21</sup>. En el caso no se da ninguna de las posibles excepciones; de ahí que la nacionalidad, la residencia o el domicilio en otro Estado representan que no aparezca la necesaria vinculación entre los recurrentes y Dinamarca. Lo que conduce a la afirmación de que el Tribunal no se considere competente para conocer de la queja presentada. Así se acuerda por unanimidad, en lo que es una «Decisión de inadmisión» del Tribunal<sup>22</sup>. Con lo cual, entre otras cosas, se deja en muy mal lugar al abogado de los recurrentes.

---

<sup>21</sup> De recordar también que, de acuerdo con los criterios que marca el artículo 56 del Convenio, éste, además de aplicarse al territorio metropolitano, puede proyectarse también, si así lo decide un Estado, «a los territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable». Así, en el asunto *Piermont c. Francia*, de 27 de abril de 1995, Francia resulta condenada a consecuencia de la expulsión de la Polinesia de la eurodiputada alemana que da nombre al caso, a la que también se prohibió que volviera de nuevo al citado territorio, lo mismo que se le impidió que entrara en Nueva Caledonia. El Tribunal no tomó en consideración la referencia a «las necesidades locales» (art. 56.3) que Francia alegaba para evitar la condena.

<sup>22</sup> Similar del todo en cuanto al razonamiento y al resultado es la Decisión tomada el 14 de marzo de 2006 por la que se inadmite la queja presentada por el que fuera líder iraquí, Saddam Hussein, contra una serie de países integrados en el Consejo de Europa y que participaron en la guerra contra Irak.

## 8. ORGANIZACIÓN NO GUBERNAMENTAL O GRUPO DE PERSONAS

Tras la referencia a las personas individuales incluye el Convenio estas otras dos, que tienen que ver con la diversidad, la pluralidad o el carácter colectivo de algunos derechos o libertades.

Comencemos por la segunda mención, la que alude a un «grupo de personas». No es nada infrecuente que los derechos afecten a diversas personas o que las relaciones de éstas entre sí les lleven a comparecer conjuntamente. No son pocos los asuntos en que firman la demanda diversos miembros de una familia, bien los dos padres con algún hijo, bien uno de aquéllos con uno o más hijos. Entiendo que se trata de algo asumido con normalidad, por lo que también ahora sobran los ejemplos. En el caso *Marcks c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979, por citar un supuesto temprano e importante, comparece la madre, Paula, con su hija Alejandra. En el reciente asunto *Konrad c. Alemania*, de 11 de septiembre de 2006, se hacen presentes los padres, Fritz y Marianna, con los hijos, Rebekka y Josué. Y así hasta la saciedad.

A veces, un mismo problema afecta a un grupo de residentes en un barrio o vecinos de una ciudad. Hay suficientes ejemplos en que varía enormemente el número de personas que concurren. Por citar una muestra paradigmática, aludiré al caso *Guerra c. Italia*, de 19 de febrero de 1998, que a mí me gusta denominar «las cuarenta de Manfredonia», pues en este destacado asunto de sensibilidad medioambiental habían firmado la demanda cuarenta mujeres, todas de un pueblo de Italia, imagino que vinculadas a los hombres que trabajaban en unas instalaciones industriales de cierta peligrosidad y poco respetuosas con el medio ambiente.

No se alude de forma expresa a las sociedades mercantiles. Cierto que originariamente los derechos del hombre estaban referidos directamente al *hombre*, como individuo de la especie humana, independientemente de que fuera un varón o una mujer. Pero hoy la vida ha incorporado otras perspectivas y la presencia de las sociedades mercantiles es algo habitual y notable en el acontecer cotidiano. Ello nos lleva a la página de en qué medida puedan ser titulares de derechos fundamentales. Se conviene que puede haber ciertos aspectos concretos que susciten dudas, pero hoy se asume sin dificultades la normal titularidad por las personas jurídicas de un importante conjunto de derechos. El artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1 ofrece un buen ejemplo a la hora de consagrar la garantía del derecho de propiedad: «Toda persona física o moral —comienza diciendo— tiene derecho al respeto de sus bienes». De modo que, con entera naturalidad, hacen su presencia, junto a las físicas, las personas morales o jurídicas. Dígase lo mismo, por poner otro ejemplo, del derecho a un proceso equitativo, del artículo 6 CEDH. En no pocos casos, quienes recurren son compañías editoras de periódicos, revistas o libros que consideran cercenado su derecho a la libertad de expresión. Valga como muestra reciente, de entre una larga serie, el asunto *Kobenter and Standard Verlags GMBH c. Austria*, de 2 de noviembre de 2006. En otro sentido, no son pocos, por ejemplo, los supuestos que se

presentan al tener cabida en el derecho a la propiedad el que podemos denominar derecho a la justicia tributaria, frecuentemente alegado por compañías mercantiles. Así, la sentencia *Cabinet Diot y S.A. Gras Saboya c. Francia*, de 22 de julio de 2003.

Conviene resaltar que junto a los derechos de impronta estrictamente individual los hay que implican un significado colectivo: la libertad religiosa clama por lograr un estatus colectivo, del mismo modo que la opción de crear asociaciones, partidos políticos o sindicatos supone de por sí, junto al desarrollo de la actividad propia, un punto organizativo inexcusable. Hay así en el repertorio litigios de sobra en los que quienes comparecen son una organización religiosa o alguno de sus miembros, una determinada asociación o un partido político, a veces un partido político suprimido. Un ejemplo claro, por dar alguna muestra, es el asunto *Iglesia Católica de la Canea c. Grecia*, de 16 de diciembre de 1997<sup>23</sup>; el caso *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani*, II, de 31 de mayo de 2007<sup>24</sup>, o, en el otro sentido, *Partido de la Prosperidad c. Turquía*, I y II, de 31 de julio de 2001 y de 13 de febrero de 2003, respectivamente. Como ejemplo reciente de un flujo que no cesa, puede recordarse la sentencia *Parti Nationaliste Basque-Organisation Regional D'Iparalde c. Francia*, de 7 de junio de 2007: se considera correcto, a la vista de las especificidades del Derecho francés, el rechazo por las autoridades del país de la modalidad de financiación de dicha organización, dependiente del Partido Nacionalista Vasco español, por este último.

<sup>23</sup> Me remito a mi reciente libro *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas. Un estudio de la jurisprudencia del TEDH en materia de libertad religiosa*, Cuadernos Civitas, 2007, pág. 158.

<sup>24</sup> Se trata de la segunda sentencia del mismo nombre, pues con fecha 2 de agosto de 2001 se había resuelto un caso del todo similar. El «Gran Oriente» —asociación italiana de obediencia masónica— se queja de que una ley de la Región Friuli-Venecia-Julia haga declarar a los aspirantes a ciertos puestos que no pertenecen a la masonería. En la sentencia número I se había planteado el mismo problema en relación con una ley de la Región de Las Marcas: el fallo fue entonces de condena a Italia.

En el caso presente, el Gobierno italiano sostiene que la organización reclamante no ostenta *locus standi* y no podría, como tal asociación, ser considerada «víctima» (p. 15). Pero el Tribunal —a la vista también de la primera sentencia— rechazará tal alegación: «El Tribunal recuerda que la palabra “víctima” se refiere a la persona directamente afectada por el acto u omisión en litigio y que el artículo 11 del Convenio se aplica a las asociaciones» (p. 19); en la primera sentencia —se dirá—, «el Tribunal ha estimado que una ley regional que prescriba que los aspirantes a determinados puestos deban adjuntar una “declaración de no pertenecer a una logia masónica” podría perjudicar a la asociación reclamante, exponiéndola muy especialmente a que algunos de sus miembros se diesen de baja así como a una pérdida de prestigio. Lo que le lleva al convencimiento de que la demandante puede considerarse “víctima” de una violación a su derecho a la libertad de asociación» (p. 20), insistiéndose especialmente en las repercusiones negativas para su imagen y para la vida asociativa (p. 21).

No será ocioso recordar que éste es uno de los casos en que se recuerda la jurisprudencia del Tribunal en el sentido de que también las personas jurídicas, incluso las sociedades mercantiles, «pueden sufrir daños distintos a los daños materiales, por los que pudieran solicitar una reclamación» (p. 70).

## 9. ORGANIZACIONES PARA LA DEFENSA DE DETERMINADOS INTERESES

Una página de especial interés la constituye la presencia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de asociaciones especialmente cualificadas para la defensa de algunos intereses en concreto. Se refleja así un fenómeno tan destacado históricamente para la defensa de grandes causas: pienso en lo que significaron la organización de las *sufragistas*, con su importante contribución para conseguir el voto de la mujer; las asociaciones *antiesclavistas*, que en España jugaron tan destacado papel a lo largo del siglo XIX<sup>25</sup>, o las que propugnaban la *abolición de la pena de muerte*, activas en España hasta la promulgación de la Constitución de 1978. Cada época encuentra sus respuestas: tan notables ejemplos históricos han encontrado continuación en la sociedad contemporánea, donde la aportación de tantos grupos organizados puede jugar un papel decisivo para la defensa de las grandes causas de nuestra época y para el valimiento de los intereses colectivos o difusos. En el repertorio de la jurisprudencia se deja sentir su presencia, ya tomando directamente la iniciativa, ya en apoyo de alguna persona individual. Si aquéllos no faltan, son más frecuentes los ejemplos de estos últimos, contando con la práctica del Tribunal, hoy respaldada por el artículo 36.2 del Convenio, de favorecer este tipo de participación, dando a la organización el trato de *amicus curiae*, lo que normaliza que puedan presentar alegaciones o, incluso, participar en la vista pública<sup>26</sup>.

Significativa muestra de la primera tendencia la ofrece el caso *Vides Aizardzibas Club c. Letonia*, de 27 de mayo de 2004: una asociación medioambiental publica en la prensa un enérgico artículo denunciando que el sistema de dunas de Riga está siendo objeto de ataques por parte de urbanizaciones desaprensivas e ilegales. Por iniciativa de la alcaldesa implicada, la asociación será sancionada al estimarse muy duros los términos del artícu-

---

<sup>25</sup> Recuérdese, por ejemplo, el siguiente apunte de don Benito PÉREZ GALDÓS, que tomo de sus *Crónicas de Madrid*, correspondientes a los años 1865-1866, que cito por su libro *Memorias de un desmemoriado seguido de Crónica de Madrid*, edición de Visor, Madrid, 2004, con prólogo de Juan VAN-HALEN: «Un nuevo periódico, *El Abolicionista*, se ha lanzado a la arena pública. Su misión es grande. El mayor de los crímenes de la sociedad moderna tendrá en esta publicación un continuo fiscal; los infelices negros que en las Antillas españolas vegetan encadenados a la tierra, verdaderas máquinas al servicio de la codicia de los propietarios que regularizan sus movimientos con el látigo, tienen en él un perpetuo defensor; una voz que con admirable elocuencia publica incesantemente a los libres de Europa la afrenta y la ignominia de los esclavos de América. (...) El nuevo periódico hará fortuna, y nadie la disputará en lo futuro la gloria de haber defendido tan justa causa, ni las bendiciones de los esclavos. Que algún día saldrán de la abyección y del letargo, adquiriendo con la libertad una nueva vida» (pág. 163). ¡Nótese que se trata de fecha tan tardía como 1865-1866!

<sup>26</sup> Recuérdese, en efecto, que el artículo 36.2 dispone: «En interés de la buena administración de la justicia, el Presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista».

lo<sup>27</sup>. En este contexto será la asociación quien recurra al Tribunal Europeo, que le dará la razón, condenando a Letonia<sup>28</sup>.

Con frecuencia aparecen las organizaciones en apoyo de algún o algunos recurrentes individuales. En el temprano caso sobre ruido *Powel y Rayner c. Reino Unido*, de 21 de febrero de 1990, aparecen las asociaciones anti-ruido. En el asunto tan destacado *Soering c. Reino Unido*, de 20 de marzo de 1999, referente a extradición a Estados Unidos que podría implicar ejecución de pena de muerte, compareció Amnistía Internacional. En los asuntos sobre homosexualidad es normal que comparezcan asociaciones de apoyo: así, en la sentencia *Laskey y otros c. Reino Unido*, de 20 de enero de 1997, se hizo presente *Rights International*, ONG con sede en Nueva York. En un asunto sobre los castigos a los niños en las escuelas —*Costello-Roberts c. Reino Unido*, de 22 de marzo de 1993— aparece la *National Society for the Prevention of Cruelty to Children*. En el caso de los ecologistas que se oponen a la caza en Francia —la sentencia *Chassagnou y otros c. Francia*, de 29 de abril de 1999— se deja sentir el apoyo de la *Association pour la protection des animaux sauvages*, así como de la *Société nationale de protection de la nature*.

Desde otra perspectiva, el caso *Von Hannover c. Alemania*, de 24 de junio de 2004, es testimonio de la comparecencia de una de estas organizaciones en apoyo de la postura gubernamental. En el supuesto, recuérdese, Carolina de Mónaco luchaba porque se respetara el derecho a su vida privada, y había sostenido una ardua batalla ante los tribunales precisamente contra la sociedad propietaria de determinadas revistas. El combate terminó cuando el Tribunal Constitucional Federal de Alemania rechazó las pretensiones de la recurrente. De ahí que llevara el asunto ante el Tribunal Europeo. Pues bien, en esta sede se había autorizado a intervenir a la compañía propietaria de las revistas en cuestión —*Hubert Burda Media GMBH und Co*— y comparece también la *Verband deutscher Zeitschriftenverleger*, es decir, la Asociación alemana de editores de revistas.

## 10. LA EXCLUSIÓN DE LOS ÓRGANOS PÚBLICOS

En puridad, la referencia que el precepto depara a cualquier «organización no gubernamental» juega su pretensión delimitadora desde una doble perspectiva. De una parte, está el efecto habilitante con la llamada a las diversas organizaciones que se acaba de analizar. Pero, de otra parte, desempeña un decisivo papel obstaculizador, de delimitación negativa, que tiene

<sup>27</sup> Tomo en préstamo lo que había sostenido en mi trabajo «La defensa cruzada de derechos: la protección del medio ambiente en la jurisprudencia del TEDH», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, pág. 744.

<sup>28</sup> El caso ha sido especialmente estudiado por Omar BOUAZZA ARIÑO, «Mecanismos participativos contra actos de las Corporaciones Locales que atentan contra el entorno (Sentencia del TEDH, “Club para la Protección del Medio Ambiente c. Letonia”, de 27 de mayo de 2004)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 130, 2006, págs. 361 y ss.

que ver con la idea que antes se apuntó: el sistema jurisdiccional del Convenio —tales eran las doctrinas imperantes cuando se fraguó— está ideado para defender a los particulares frente a los poderes públicos. Lo que se interpreta con cierto rigor, y va a implicar, por lo mismo, que se cierre la puerta en sentido contrario, impidiendo que cualquier organismo estatal pretendiera acudir a reclamar ante el Tribunal Europeo, salvo el caso excepcional del artículo 33, que se ocupa de los asuntos entre Estados, y que tan escaso juego ha dado<sup>29</sup>. La consecuencia obvia es que se cierra la puerta genéricamente a los poderes públicos: ésa es una de las ideas principales que se quiere expresar cuando se franquea el acceso exclusivamente a organizaciones no gubernamentales.

Según este concepto, habría que recordar ahora lo que antes se dijo a la hora de configurar al Estado desde el punto de vista del Derecho internacional, sólo que tomando el cliché negativo. Es decir, ni órganos constitucionales ni, en el caso de España, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas o Entidades Locales, ni los organismos que dependan de ellas, podrían tomar la iniciativa para presentar una demanda ante el Tribunal Europeo.

La idea aparece clara en el repertorio de la jurisprudencia pues se cuenta con varios casos, señaladamente referentes a Entes Regionales y a Administraciones Locales de varios países<sup>30</sup>. Me centraré en dos casos indicativos de sobras, y recientes, referentes a España. Un ejemplo bien expresivo, sobre un asunto del mayor interés, lo ofrece la Decisión de inadmisión referente al Ayuntamiento de Mula, Murcia, de 1 de febrero de 2001. En un pleito civil sobre la propiedad del castillo de la localidad —perdido en el Juzgado, ganado en la Audiencia Provincial, perdido ante el Supremo e inadmitido ante el TC—, el Ayuntamiento, como última instancia, recurre al Tribunal Europeo. El abogado del Ayuntamiento debía conocer bien la doctrina que vengo desarrollando; de ahí que el alegato municipal se basaría en que el enfrentamiento sobre la citada propiedad había transcurrido en la vía civil, opción caracterizada por la absoluta igualdad entre las partes y donde no aparecía, por ende, el uso de ninguna prerrogativa a favor de la Corporación. Pero el Tribunal no acepta las razones, desde el argumento de que los Entes Locales son Corporaciones de Derecho público que desempeñan funciones públicas atribuidas por la Constitución. Se trataría, sin duda, se sigue razonando, con apoyo en anterior doctrina, de «organizaciones gubernamentales», y se apostilla de forma inequívoca:

---

<sup>29</sup> Se trata de una opción obvia y legítima, muy funcional en apariencia pero en la práctica recurso verdaderamente excepcional, que ha dado lugar a muy escasas sentencias o decisiones sobre la admisión. Puede citarse entre aquéllas la del caso *Irlanda c. Reino Unido*, de 18 de enero de 1978, donde se trata de llenar el problema de la tortura y los malos tratos a los detenidos.

<sup>30</sup> En los dos asuntos que refiero a continuación en el texto se alude a diversos «Entes provinciales» —como Bari o Sorrentino, en Italia—, así como a «Municipios» de varios Estados: Suiza, Suecia, Francia, Grecia, etc.

«En tal contexto, el Tribunal reitera que en el ámbito del Derecho internacional la expresión “organizaciones gubernamentales” no se puede referir sólo al Gobierno o a los órganos centrales del Estado. Allí donde haya un sistema descentralizado, el concepto abarca cualquier autoridad estatal que ejerza funciones públicas».

Se remacha incluso que el mero hecho de que puedan defender su derecho de propiedad ante los Tribunales en igualdad de condiciones con los particulares no permite asimilarles a los sujetos privados o a las organizaciones no gubernamentales. En consecuencia, se deduce, por unanimidad, que el Ayuntamiento de Mula no estaba habilitado para postular, a la vista del artículo 34, por lo que se considera la demanda inadmisibile *ratione personae*.

Más reciente es la Decisión de inadmisión *Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco c. España*, de 3 de febrero de 2004, en la que se aplicó igualmente la que es reiterada y conocida doctrina. El problema de fondo era la impugnación que había realizado el Gobierno vasco de la reforma de la legislación sobre partidos políticos, que abocaría a la descalificación de un determinado partido vasco, cuyo contexto es de sobras conocido. Ante el fracaso en la vía interna, la Comunidad Autónoma acude al Tribunal Europeo. Éste no hace sino repetir de forma bien escueta la doctrina consagrada, da la referencia de otros casos anteriores, e insiste en recalcar que las autoridades descentralizadas que ejercen funciones públicas, cualquiera que sea su grado de autonomía, son «organizaciones gubernamentales» a efectos del artículo 34 y abocan, por ende, a la incompatibilidad del Tribunal *ratione personae*. Algo del todo sabido, como digo. De ahí que sorprenda el ridículo en que incurren nuestras importantes instituciones, arriesgándose temerariamente a una decisión de inadmisión, más sabiendo como sabemos que el Gobierno vasco tiene un excelente servicio de asesoría jurídica. ¡Pero hay políticos capaces de jugar con todo!<sup>31</sup>.

#### 11. ¿HASTA DÓNDE LLEGA EL CARÁCTER PÚBLICO DE ALGUNOS ORGANISMOS? POSIBLES EXCEPCIONES

Pero, una vez sentado lo anterior, cabe plantear un problema interesante, que en parte tiene que ver con el tan apasionante tema de nuestro tiempo, y de tanto significado en el sector público, como es el referente a la famosa «huida del Derecho administrativo»: ¿hasta dónde llega el carácter público de algunos entes? Ello me lleva a la situación actual en tantos Esta-

<sup>31</sup> Aparte de en el repertorio de la jurisprudencia en la red, puede consultarse la Decisión en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año XIV, núm. 616, de 18 de marzo de 2004. En el mismo lugar —pág. 8— se hallará el comentario de Manuel PULIDO QUECEDO, «La legitimación de las Comunidades Autónomas y el TEDH».

dos, donde se han multiplicado los entes instrumentales, o de la Administración institucional, que pueden llegar a desempeñar cualquier tipo de funciones. Algunos funcionarán con una decidida configuración de Derecho privado, actuando sin privilegios ni prerrogativas, en pura competencia con el sector privado. No hay más que pensar, por ejemplo, en la tipología que ofrece el Título III de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la 6/1997, de 14 de abril, sin olvidar las previsiones de su disposición adicional duodécima, referente a las «sociedades mercantiles estatales». Hace unos años, yo mismo, en mi colaboración al Congreso y luego libro en homenaje al profesor CLAVERO ARÉVALO, dedicado genéricamente a la Administración institucional, en el vivo debate acerca de si los entes administrativos pueden ser titulares de derechos fundamentales, y pueden llegar incluso al recurso de amparo, constatando la realidad, defendía que cuanto más alejados están del núcleo de prerrogativas los entes instrumentales, cuanto menos poder público sean, menos reparos ofrece el que puedan ser titulares de *algunos* derechos fundamentales, y obrar por ende en consecuencia, utilizando, si lo tienen por oportuno, el recurso de amparo ante el TC<sup>32</sup>.

Tuve ocasión de exponer alguna de estas ideas cuando hace poco comentaba la interesante sentencia del TEDH en el asunto *Radio France y otros c. Francia*, y destacaba el dato de que ninguna objeción se hubiera puesto en cuanto el primer demandante, *Radio France*, era una sociedad nacional, persona moral de Derecho, que estaba litigando contra el propio Estado francés. Se trataba de la radiodifusión pública, si bien actuaba en régimen de Derecho privado. El Tribunal nada objetó y entró en el fondo sin ningún problema<sup>33</sup>. Es decir, así como de los entes territoriales, en el sentido tradicional, no cabría discutir su carácter de poderes públicos, en la compleja galaxia de los entes instrumentales de las Administraciones no faltan ejemplos de los que se pueda sostener sin romper los esquemas que no están actuando como organizaciones gubernamentales.

---

<sup>32</sup> Véase Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, «Organismos autónomos y derechos fundamentales», en *Administración Institucional. Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, I, Civitas, Madrid, 1994, págs. 103 y ss.

<sup>33</sup> Tuve así ocasión de afirmar en mi trabajo «La necesaria diligencia de los periodistas (Sentencia del TEDH, de 30 de marzo de 2004, en el caso *Radio France c. Francia*)», núm. 165 de esta REVISTA, 2004, pág. 159: «Quiero sólo destacar de pasada una reflexión que me suscita la sentencia estudiada: sería el dato del silencio, es decir, que no se dedique ni una línea a la cuestión. Segundo y tercer demandantes eran sendos periodistas, pero el primero era “Radio France”, que es quien da nombre al caso. Pues bien, como se dice al describir el planteamiento del asunto, ya en el párrafo primero, se trata de la “Sociedad Nacional de Radiodifusión Radio France”, persona moral de derecho francés. Sin perjuicio de cuál haya de ser su evolución y su futuro, estaríamos ante la radio y televisión pública, uno de tantos casos de personificación separada del sector público, sin duda con un amplio campo de autonomía, con sometimiento al derecho privado, lejos del panorama de la prerrogativa propia de las formas de la Administración tradicional. Nada se dice, nada se considera necesario justificar, se da por sentado, como lo más normal del mundo». Sin duda, influiría acaso el dato de la presencia en el recurso de dos personas individuales, pero no por ello no deja de sorprender que nada se justifique.

Esta doctrina la acaba de confirmar el Tribunal en un caso reciente, del todo similar al anterior, el asunto *Österreichischer Rundfunk c. Austria*, de 7 de marzo de 2007. También se trata de un problema de libertad de expresión, de persona que se siente ofendida, y de condena a la televisión pública a iniciativa de ella. La organización pública de radiotelevisión reacciona, pero ante los tribunales internos pierde en todas las instancias y por eso acude al Tribunal Europeo, alegando agravios del artículo 10, sobre libertad de expresión. En este caso se va a discutir de lleno la cuestión de la admisibilidad, ante la insistencia del Gobierno, que alegaba falta de legitimación del demandante, al fin y al cabo un «organismo público». El Tribunal razonará con cierto detenimiento, que ahora sintetizaré, para recalcar que se trata de un organismo que disfruta de crecido grado de autonomía, que no recibe instrucciones del Gobierno, que no ejerce potestades públicas, al que se le garantiza un estatuto de independencia de los periodistas, y que además no ostenta ningún monopolio, sino que, por el contrario, actúa en competencia con las cadenas privadas. Lo que le lleva a la conclusión de que la Corporación austriaca de radiotelevisión puede ser calificada como «organismo no gubernamental»; está legitimada, por tanto, para demandar, por lo que no se accede a la inadmisión que postulaba el Gobierno de Austria. Con el dato curioso de que, además, a diferencia de lo que sucedió en el asunto *Radio France*, en el presente caso se le da la razón a la cadena, y se constata que el Estado no respetó la libertad de expresión a la vista de la condena que se impuso.

## 12. UNA SENSIBLE DIFERENCIA ENTRE EL SISTEMA ESPAÑOL Y EL DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Las anteriores constataciones, y algo de lo que ya se ha dicho, me llevan a una reflexión en la que querría poner el acento. En principio, los poderes públicos, cualquiera de sus órganos, organismos o agentes —salvados los supuestos claros de alejamiento de la prerrogativa, como los que se acaban de exponer—, no pueden tomar la iniciativa de presentar una demanda ante el TEDH.

No estará de más recapacitar de nuevo acerca de la idea de la posible titularidad de derechos fundamentales por parte de las Administraciones Públicas, el viejo debate<sup>34</sup> sobre el que periódicamente se vuelve. Hoy en el Derecho español ha ganado terreno la idea de que los Entes Públicos pueden ser titulares de *algún* derecho fundamental —como sucede, sin duda, con el derecho a la tutela judicial efectiva— y, por ende, ejercitar el recurso de amparo ante el TC. Junto a ello, hay razones diversas que justifican en algunas

<sup>34</sup> Además de lo que he señalado en nota 30, me remito a mi viejo trabajo «Las Corporaciones Locales y el recurso constitucional de amparo». Ambos trabajos están recogidos ahora en mi libro *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, págs. 193 y ss., y 219 y ss., respectivamente.

circunstancias la postura activa de ciertas Administraciones Públicas ante el recurso de amparo. Un ejemplo ciertamente expresivo —y es sólo una muestra de una realidad más compleja— lo depara la sentencia del Tribunal Constitucional 260/1994, de 3 de octubre, en el llamado caso de *Los niños de Dios*: alegando la situación de desamparo, y la consiguiente falta de escolarización, de un grupo de menores, cuyos padres estaban integrados en la citada organización religiosa —nunca inscrita, por cierto, en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia—, la Generalidad de Cataluña consiguió que se le otorgara la tutela de los niños y así pudo escolarizarlos. Pero la Audiencia revocó la decisión del Juzgado. Razón por la cual la Generalidad interpuso recurso de amparo ante el TC. No habría obstáculos a la hora de admitir el recurso, si bien éste se rechazaría en cuanto al fondo, en un fallo bastante polémico, por cierto.

Este supuesto, y otros similares, nos sitúan ante lo que es hoy situación normal en el Derecho español: en casos señalados, las Administraciones Públicas toman la iniciativa para recurrir en materia de derechos humanos, pudiendo utilizar la fórmula del recurso de amparo ante el TC. Pues bien, en este punto concreto se va a producir una clara ruptura entre lo que sucede en el espacio del Derecho español y el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el diálogo entre jurisdicciones y sistemas a que me refería al comienzo, en este punto concreto, cada uno de ellos va por distinto camino, sin posibilidad de encontrarse. Decía por eso que para accionar ante el Tribunal Europeo había que agotar previamente las vías internas, pero que, en cambio, no sucede siempre al revés: no todo el que ha salvado las vías previas tiene franqueado el paso al Tribunal de Estrasburgo.

Con una particularidad añadida, además: el efecto incide sobre las Administraciones Públicas en la escasa medida en que sean titulares de derechos fundamentales, pero va a afectar también a órganos del Estado —y, por eso, «organismos gubernamentales»— especialmente llamados para que defiendan los derechos fundamentales. Me refiero ahora, en concreto, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal, a los que inequívocamente reconoce legitimación para interponer el recurso de amparo ante el TC el artículo 162.1.b) CE, además de a las personas que ostenten un interés legítimo. Y eso que ambos, aunque órganos públicos, están actuando en valimiento de personas indefensas. Pues, según el sistema del Convenio, no serán «organizaciones no gubernamentales»<sup>35</sup>, y se les niega la legitimación<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> No deja de ser interesante, con todo, recordar que la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, la 3/1981, de 6 de abril, niega a las autoridades administrativas la posibilidad de presentar quejas al alto comisionado. Así, el artículo 10, una vez que asume con amplitud quiénes podrán dirigirse al Defensor, puntualiza en el apartado tercero: «No podrá presentar quejas ante el Defensor del Pueblo ninguna autoridad administrativa en asuntos de su competencia».

<sup>36</sup> Y eso que, como ha resaltado recientemente Ignacio TORRES MURO, en su citada monografía *La legitimación en los procesos constitucionales*, los casos de intervención del Defensor del Pueblo —pág. 225— y los del Ministerio Fiscal —pág. 226— son ciertamente escasos, con alguna ventaja a favor del Ministerio Fiscal.

En esta línea de defensa de derechos ajenos aún habría otros supuestos que recordar. Ante determinados delitos especialmente sensibles socialmente, diversas Corporaciones Locales, o incluso Comunidades Autónomas, han decidido constituirse en parte en los correspondientes procedimientos penales. Pues bien, hay que constatar del mismo modo que, en su caso, esta opción quedaría limitada al ámbito interno español pero sin opción de trascender al remedio europeo.

Se acredita, de esta manera, la sensible diferencia entre ambos escalones. En la práctica, lo referente a las actuaciones en defensa de otras personas va a tener más un carácter simbólico que real, pues para nada queda afectado el protagonismo de las «víctimas», aparte de que, como acabo de señalar, algunas de las opciones han dado escaso juego en la práctica. Hay que contar también, para casos cualificados, con la posible participación de las organizaciones y asociaciones de apoyo, a las que antes también se aludió, que sí desempeñan un papel efectivo, como bien se advertía. Y debo destacar, por último, el criterio afianzado por el Tribunal de que, en caso de prosperar el recurso, el Estado deberá abonar los gastos de la justicia que haya tenido que soportar la víctima, lo cual representa una importante ayuda para esta última. Esta última mención me da pie para entrar en el último punto de la reflexión.

### 13. EL CONCEPTO DE «VÍCTIMA DE UNA VIOLACIÓN DE LOS DERECHOS»

Entramos así en la que sería la vertiente objetiva dentro del conjunto de requisitos. Está claro que con toda lógica el Convenio no es un sistema de justicia universal y se rechaza cualquier modalidad de acción popular. Aparte de las exigencias legítimas de lo que es una fórmula de Derecho internacional —que termina conduciendo a la responsabilidad de cada Estado—, hoy hay que tener muy presente sin falta la enormidad del territorio y población comprendida, con la lógica secuela del número de reclamaciones, que se ha disparado, de forma especial con la supresión de la Comisión Europea de Derechos Humanos llevada a cabo por el Protocolo núm. 11<sup>37</sup>. Se va a exigir por eso que quien reclame tenga una relación con la conducta del Estado cuestionada. Se trata del tradicional criterio de la legitimación activa, habitual en los sistemas procesales.

Me parece muy expresiva y directa la fórmula que usa el Convenio, eso de tener que ser *víctima de una violación* de un derecho. Es más gráfica así que la que usa la Constitución española para el recurso de amparo ante el TC. Es curioso que, una vez que habla el texto de la Constitución,

<sup>37</sup> Se recuerda siempre, en efecto, el importante papel de «filtro» que desempeñó la Comisión. Es oportuno tener presente, entre otras consideraciones, que, aparte de la decisiva función que cumplía para la «determinación de los hechos» —art. 28.a) del Convenio en la redacción originaria—, estaba especialmente llamada para intentar el «arreglo amistoso» entre la «víctima» y el Estado en cuestión. Resulta así muy expresivo lo que decían los artículos 28.b), 30 ó 47.

al caracterizar el recurso de amparo, de «violación de derechos y libertades» —art. 161.1.b)—, al abordar la vertiente procesal de la legitimación, en el precepto siguiente, se decanta por la fórmula de «persona que invoque un interés legítimo» —art. 162.1.b)—, más volcada a la vertiente procesal tradicional que a la de los derechos humanos. De hecho, es la fórmula que viene siendo usada, entre otros supuestos, al diseñarse el concepto de interesado en relación con el procedimiento administrativo, en el artículo 31.1.a) de la Ley 30/1992 —«quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos»— y que luce igualmente cuando la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la 29/1998, contempla el supuesto de la legitimación: ante todo, «las personas que ostenten un derecho o interés legítimo» —art. 19.1.a)—<sup>38</sup>. Luego, en puridad, de unas u otras fórmulas se pueden sacar efectos parecidos, aunque nunca está de más el aspecto simbólico y el impacto de las expresiones, pero recuérdese, en efecto, el baile de interpretaciones que ha acompañado en el Derecho español al concepto de interés, a estos efectos, de forma que los adjetivos que le acompañaban se iban dotando de mayor contenido para irse adaptando a las nuevas aspiraciones. En todo caso, en principio, el criterio es el de que, una vez negada la acción popular, hay que acreditar una relación de cierto significado entre el demandante y la vulneración del derecho o libertad que se imputa al Estado, para lo que se quiere emplazar al Tribunal.

El concepto de *víctima* nos sitúa ante una incidencia real, ante determinados efectos que la conducta pública ha producido en una persona determinada<sup>39</sup>. Es, como tantas veces sucede en supuestos similares, una exigencia de resultados, en la que, en principio, no encajarían las meras posibilidades o conjeturas, o el temor a que algo pueda producirse. En definitiva, que algo haya incidido de manera real.

Que algo haya incidido de forma inequívoca sobre quien por eso es *víctima*, normalmente en su esfera o en su patrimonio jurídico, pudiendo tener o no repercusiones en su patrimonio económico. Pero no faltan los supuestos en los que la conducta pública ha repercutido sobre la misma persona física de la víctima. Ejemplos de lo primero: se rechaza la autorización para celebrar una manifestación, se ordenó una escucha telefónica ilegítima, etc.; con significado económico: se retira de la circulación un determinado libro, periódico o revista, se impide la instalación de una academia para enseñar inglés en Grecia, se impone una multa por haber publicado un artículo o libro, se deniega una licencia para instalar una emisora de televisión, se ordena derribar una casa, se ha producido una expropiación incorrecta, ha habido irregularidades en el cobro de tributos, etc.; ejemplos de incidencia física sobre la propia persona: desde los casos de muerte injustificable a los

---

<sup>38</sup> Ciertamente que ambos textos son posteriores a la Constitución, pero, como es bien sabido, están reproduciendo muy de cerca lo que decían las correspondientes normas vigentes a la sazón.

<sup>39</sup> Véase sobre el concepto de «víctima», recientemente, Javier BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, Civitas, 2007, págs. 166 y ss., con interesante bibliografía.

supuestos de tortura o malos tratos<sup>40</sup>, la variante también de la indebida privación de libertad, la expulsión de una persona del territorio nacional, los supuestos de instalación de establecimientos que emiten sustancias nocivas o, en otro sentido, cuando se deniega la entrada a la universidad con determinadas vestimentas o atuendos de significado religioso.

En todos los ejemplos referidos, que obviamente podrían alargarse hasta la saciedad, tomados todos ellos del repertorio de la jurisprudencia, la incidencia ha sido real y efectiva. La conducta o la pasividad de los órganos o agentes públicos ha repercutido de forma indudable, ya en la persona, ya en la esfera jurídica, ya en el patrimonio de la víctima.

No encajarían meras posibilidades, digo, en cuanto aún no ha habido un resultado. Pero si la mera posibilidad estuviera produciendo ya una situación de ansiedad y angustia, ¿no habría ya unos efectos? La incidencia sobre una persona puede ser física, mecánica, como cuando a un niño se le han dado unos azotes a modo de castigo; pero hay algo muy importante en el hombre, como es la mente, que puede ser golpeada o perturbada sin que medien las manos o la palmeta de otro hombre. Es preciso, en efecto, tomar en consideración otras coordenadas. Como muestra de lo que es una importante tendencia arraigada, voy a recordar algunos casos de dos parcelas significativas, para concluir con un último ejemplo reciente, bien indicativo. Comencemos por una modalidad sancionatoria de muy larga historia pero que de pronto comenzó a cuestionarse. Hay dos ejemplos bien significativos en relación con los pequeños castigos corporales en el Reino Unido, especialmente a los menores.

Al joven *Tyrer*, en la isla de Man, sí le dieron unos azotes en el trasero, con los pantalones bajos, hasta el punto de que se quebró la correspondiente vara de abedul (sentencia de 25 de abril de 1978). En cambio, a los niños *Campbell* y *Cosans* (sentencia de 25 de febrero de 1982) no les llegaron a dar unos zurriagazos en la palma de la mano, como imponía el reglamento disciplinario de su respectiva escuela, porque sencillamente dejaron de acudir a la misma. En el caso *Tyrer* sí hubo una incidencia concreta, de modo que no hubo problemas a la hora de plantearse si pudo ser «víctima» de una violación de derechos<sup>41</sup>. ¿Y los niños que no recibieron, en cambio, el castigo? Cuando el asunto se planteó, el Gobierno británico se defendería instando la inadmisión, alegando que en puridad no había habido una víctima en el sentido del artículo 25.1, de entonces. En este punto concreto, el Tribunal aventuró, en cambio, la idea de que ya la propia existencia de un castigo que pueda ser inhumano o degradante —en términos del citado art. 3—, como tal amenaza, podría crear en un niño una situación de angustia que supondría ya una violación del precepto. Se constató que en el caso no que-

---

<sup>40</sup> Valga una remisión al importante libro de Javier BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a la acción de las fuerzas del orden*, Civitas, 2007.

<sup>41</sup> Como se recordará, la sentencia determinó que la práctica era contraria al artículo 3 del Convenio, con su prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes.

dó testimonio de que hubiera habido ningún desarreglo, ninguna secuela psíquica en los niños. Con todo, el asunto se tramitó, si bien con un manifiesto cambio de rumbo, e incluso se apreció violación del Convenio, una vez que el litigio, en vez de centrarse en los malos tratos, se canalizó como un problema del derecho de los padres a predeterminedar la educación de los hijos (a la luz del art. 3 del Protocolo Adicional núm. 1), que también se había alegado.

Cambiando ahora de panorama, saltando de la disciplina de las escuelas a la orientación sexual de las personas, hay otro ejemplo muy interesante también en relación con la práctica de algunos países de tipificar como delito, en el Código Penal o legislación equivalente<sup>42</sup>, los actos de homosexualidad entre varones, aunque fueran mayores de edad y aunque consintieran libremente, es decir, sin que mediara ningún tipo de violencia. El primer asunto que se plantea al respecto corresponde a Irlanda del Norte (*Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981), donde, a diferencia de otros territorios del Reino Unido, se mantenía vigente vieja legislación en el sentido condenatorio indicado, aunque, al parecer, tal legislación había entrado en desuso, siempre que no hubiera problemas de menores. En puridad, Dudgeon no fue incriminado penalmente: fue interrogado por la policía en relación con el uso incorrecto de drogas y en el registro de su domicilio se le aprehendieron documentos que constataban su orientación sexual —un diario, correspondencia, etc.—, aunque luego se le devolvieron. Pero a resultas de ello fue interrogado por la policía acerca de su vida sexual. Ante el informe emitido por la policía, el Ministerio Fiscal entendería que no procedía poner en marcha el procedimiento criminal en relación con el tema de la homosexualidad. Ante la conducta seguida por los agentes del Estado cabe preguntarse: ¿hubo incidencia efectiva hasta el punto de poder considerarse una víctima? A lo largo del proceso ante Estrasburgo, Dudgeon dejaría constancia de que «de acuerdo con el derecho en vigor en Irlanda del Norte es susceptible de ser perseguido penalmente debido a su conducta homosexual y que ello entraña miedo, sufrimiento y perturbaciones psicológicas, causadas directamente por la mera existencia de las leyes en cuestión, incluyendo el temor de hostigamiento y chantaje» (pág. 37). Es interesante reseñar que la sentencia tuvo varios votos particulares, en tres de los cuales se manifestaba la opinión de los jueces disidentes de que no podía considerarse que Dudgeon fuera una «víctima» en el sentido del Convenio. El contenido del fallo —15 votos contra 4— no fue de esa opinión, y es así como se produjo una importante sentencia que apreció que la incriminación penal de las conductas homosexuales entre varones, mayores de edad y que consienten libremente era incompatible con las exigencias del Convenio en relación con el derecho al respeto de la vida privada, que consagra el artículo 8.

---

<sup>42</sup> Sobre el concepto de «víctima», en relación con la mera incidencia de leyes vigentes, véase LORENZO MARTÍN-RETORTILLO, «La calidad de la ley según la jurisprudencia del TEDH», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, 2003, págs. 385-386.

Años más tarde se produciría un nuevo caso, del todo similar, que afectaba ahora a la República de Irlanda (asunto *Norris*, de 26 de octubre de 1988). También viejas leyes incriminaban los actos de homosexualidad entre varones, aunque fueran mayores de edad y hubiera consentimiento libre. David Norris, profesor de un *College* y senador, era miembro fundador y presidente del *Irish Gay Rights Movement* y lleva a cabo una intensa campaña ante los tribunales irlandeses para que se declare derogada dicha legislación (sin aplicación desde hace años, mientras no se tratara de problemas de menores). Ante el rechazo de la justicia irlandesa, acude al TEDH. Se constata que él no había sufrido ninguna incidencia, no hubo ningún acto concreto que le afectara, si bien alega que ha sufrido depresión y problemas de salud.

De nuevo hubo en el Tribunal un vivo debate acerca de si podía considerarse que en el caso hubiera una víctima. La votación resultó ajustada, pero por ocho votos contra seis se resolvió en sentido positivo, aunque, no obstante, los seis redactaron un voto particular disidente. Por la misma mayoría se resolvería el fondo del asunto, apreciando que la República de Irlanda, con esa legislación, no respetaba las obligaciones derivadas del Convenio<sup>43</sup>.

Cambiemos ahora de longitud de onda para ofrecer un último supuesto, bien reciente, ciertamente interesante, entrañable incluso, que me servirá para ilustrar la tendencia que vengo señalando: el concepto de «víctima» reclama como norma una incidencia directa sobre la persona que quiera reclamar, pero en supuestos tasados, y a la vista del cualificado interés de la cuestión que se pretende debatir, excepcionalmente, se toman en consideración los que podemos denominar «efectos difusos» de una medida o de una norma, y se llega a una interpretación más laxa del concepto. Ello me lleva al caso *Burden y Burden c. Reino Unido*, de 12 de diciembre de 2006, un asunto que, además, a diferencia de lo que suele suceder, fue resuelto con gran premura por el Tribunal, por las razones que enseguida se entenderán. Las demandantes son dos hermanas, nacidas en 1918 y en 1925, respectivamente (es decir, tenían 81 años la más joven y 86 la mayor cuando la sentencia se hizo). Se trata de uno de esos cuadros entrañables que muchos habrán podido conocer de cerca en su familia o entre sus amistades: dos hermanas solteras que han vivido juntas, la una para la otra, en la casa familiar. Y el problema es que han calculado que cuando la una muera, la otra, a la vista de la entidad del impuesto sucesorio, tal y como se regula en su país, no podrá pagarlo, por lo que tendrá que abandonar la casa de toda la vida. Puestas a argumentar, van a alegar discriminación en relación con dos instituciones estables, reconocidas en el Reino Unido y a las que la ley quiere ayudar de forma señalada, con un trato muy favorable, en concreto, en lo que afecta al impuesto sucesorio: alegarán por eso discriminación en relación con el derecho de propiedad,

---

<sup>43</sup> Aún tendrían que pasar otros cinco años para que el Tribunal hiciera una proclamación similar en relación con Chipre, en el asunto *Modinos*, de 22 de abril de 1993.

manejando conjuntamente el artículo 14 del Convenio con el artículo 1 del Protocolo Adicional núm. 1. Las instituciones que toman como elemento de contraste serían, ante todo, el matrimonio —no cualquier unión de hecho más o menos formalizada; el trato fiscal favorable está referido sólo a aquél— y, en segundo lugar, a las parejas homosexuales establecidas cumpliendo los requisitos de la reciente *Civil Partnership Act*, de 2004, a las que la ley proyecta los efectos económicos previstos para el matrimonio. La ley quiere favorecer ambas fórmulas de organizar la vida y, por eso, les otorga importantes ventajas jurídicas y económicas. ¡Pero sólo a ellas! ¿Y las hermanas que han vivido toda la vida juntas, una para otra? Según el sistema vigente, no habría ninguna ventaja fiscal, sino sólo el duro impuesto sucesorio. Alegan una evidente situación de discriminación. Claro, la primera objeción del Gobierno es la de que, por el momento, todo es un futuro, todo sería pura hipótesis, en cuanto no hay ninguna actuación concreta que les afecte: no habría «víctimas». Las hermanas alegan que resulta evidente, a la vista de las edades, que, a no tardar, una u otra estará en la situación de tener que enfrentarse con el pago señalado. El Tribunal va a ser condescendiente: «El Tribunal concluye, así pues —se dirá—, que a la vista de la avanzada edad de las recurrentes y de la gran probabilidad de que una de ellas tenga que pagar el impuesto sucesorio a la muerte de la otra, que pueden considerarse afectadas por la ley impugnada. Por lo tanto [y por unanimidad], el Tribunal rechaza la primera de las objeciones alegadas por el Gobierno a la admisibilidad de la demanda» (pág. 29). Lo que sucede —y acaso tuviera su influencia a la hora de adoptar la anterior decisión— es que, en cuanto al juicio de fondo, se considera correcto que el sistema británico quiera potenciar a la familia, quiera favorecer a las uniones homosexuales tal y como las contempla la ley, pero se admite que tiene un margen de maniobra para extender o no a otras opciones las ventajas tributarias señaladas. Por lo que se considera que el Reino Unido no ha incumplido las obligaciones derivadas del Convenio y se rechaza el recurso. Ciertamente, se trata de un problema complejo y delicado que clama por un tratamiento menos rígido. De hecho, en el Tribunal debió entablarse una viva discusión pues el fallo se decidió por cuatro votos contra tres, participando los tres disidentes en dos votos particulares en los que se mostraban partidarios de haber aceptado el recurso.

En suma, y a modo de conclusión, el concepto de víctima exige una incidencia directa en la persona y no un mero *fieri*. Pero esta visión gráfica, o física, hay que completarla: en algunos supuestos, sin duda cualificados, la incidencia podría ser psíquica o mental, a tenor de la situación de la persona. Aunque, yendo más allá, acaso cabría constatar que, a la vista de la gravedad de determinadas situaciones —y de manera excepcional—, el Tribunal es generoso a la hora de permitir clamar ante él, desde la idea de poder entrar a analizar el fondo del asunto. Es lo que llamo la incidencia difusa. Con lo que se constataría la vieja regla de que si son importantes los requisitos procesales, como los que jalonan la admisión del recurso, a veces, la

justicia de fondo que se entrevé nada más analizar el asunto va a forzar una laxitud a la hora de interpretar aquéllos<sup>44</sup>.

#### ANEXO: SENTENCIAS Y DECISIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS CITADAS

- *Irlanda c. Reino Unido*, 18.I.1978.
- *Tyrer c. Reino Unido*, 25.IV.1978.
- *Marckx c. Bélgica*, 13.VI.1979.
- *Dudgeon c. Reino Unido*, 22.X.1981.
- *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, 25.II.1982.
- *Norris c. Irlanda*, 26.X.1988.
- *Powel y Rayner c. Reino Unido*, 21.II.1990.
- *Soering c. Reino Unido*, 20.III.1991.
- *Costello-Roberts c. Reino Unido*, 22.III.1993.
- *Modinos c. Chipre*, 22.IV.1993.
- *López Ostra c. España*, 9.XII.1994.
- *Piermont c. Francia*, 27.IV.1995.
- *Laskey y otros c. Reino Unido*, 20.I.1997.
- *Iglesia Católica de la Canea c. Grecia*, 16.XII.1997.
- *Guerra y otras c. Italia*, 19.II.1998.
- *A. c. Reino Unido*, 23.IX.1998.
- *Chassagnou y otros c. Francia*, 29.IV.1999.
- *Riera Blume y otros c. España*, 14.IX.1999.
- *D. Ayuntamiento de Mula c. España*, 1.II.2001.
- *Partido de la Prosperidad c. Turquía*, I, 31.VII.2001.
- *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italia*, I, 2.VIII.2001.
- *Partido de la Prosperidad c. Turquía*, II, 13.II.2003.
- *Cabinet Diot y S.A. Gras Saboya c. Francia*, 22.VII.2003.
- *D. Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco c. España*, 3.II.2004.
- *Radio France c. Francia*, 30.III. 2004.
- *Club para la protección del medio ambiente c. Letonia*, 27.V.2004.
- *Von Hannover c. Alemania*, 24.VI.2004.
- *Moreno Gómez c. España*, 16.X.2004.
- *Saddam Hussein c. Albania, Bulgaria y otros*, 14.IV.2006.
- *Kobenter and Standard Verlags GMBH c. Austria*, 2.XI.2006.
- *Dacosta Silva c. España*, 2.XI.2006.
- *D. Konrad c. Alemania*, 11.IX.2006.
- *D. Ben El Mahi y otros c. Dinamarca*, 11.XII.2006.

<sup>44</sup> Este trabajo se concluyó en Madrid el 22 de octubre de 2007. Se enmarca en el proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia SEJ 2005-08538, sobre «El reto de los derechos fundamentales en el seno de una sociedad pluralista», del que yo mismo soy director.

- *Burden y Burden c. Reino Unido*, 12.XII.2006.
- *Österreichischer Rundfunk c. Austria*, 7.III.2007.
- *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani c. Italia*, II, 31.V.2007.
- *Parti Nationaliste Basque-Organisation Regional D'Iparralde c. Francia*, 7.VI.2007.