

EL INDIVIDUO Y LOS DERECHOS HUMANOS.

ESPECIAL REFERENCIA AL MARCO REGIONAL DEL CONVENIO EUROPEO

Luis Jimena Quesada y Fabián Omar Salvioli (*)

(*) Luis Jimena Quesada es Profesor de Derecho Constitucional y Libertades Públicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, España; y ex Director de Estudios Del Institut International des Droits de l'Homme de Strasbourg, Francia.

Fabián Omar Salvioli es Profesor de Derecho Internacional Público y Coordinador del Departamento de Derechos Humanos del Instituto.

SUMARIO: I.- Introducción: delimitación de nuestro estudio. II.- El individuo y los derechos humanos. II.1.- El ámbito universal de las Naciones Unidas. II.2.- Los sistemas regionales de protección: A) El Sistema Interamericano. B) El Sistema Africano C) En la Liga de Estados Arabes D) En la Unión Europea. II.3.- Especial referencia al marco del Consejo de Europa. A) El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950: a) Perspectiva subjetiva: El papel del individuo frente a los sujetos infractores de los derechos reconocidos en el Convenio. b) Perspectiva objetiva: el papel del individuo frente a los actos de violación del Convenio. B) El Protocolo N 9 al Convenio. III.- Consideraciones finales.

I.- INTRODUCCION. DELIMITACION DE NUESTRO ESTUDIO.

Existen dos ideas que generan, en el mundo del derecho, una enorme adhesión: por un lado, la concepción que establece que el objeto del Derecho es la justicia y que, por ende, el Derecho objetivo sólo es justo si se respetan los derechos subjetivos¹. Por otro lado, el concepto de la persona humana como sujeto del Derecho, y por lo tanto, de los derechos. Lamentablemente, las dos ideas no se reflejan en la práctica, no obstante encontrarse estrechamente intervencidas en el tiempo y el espacio.

Para el derecho internacional clásico, el individuo sólo es considerado objeto de regulación de los derechos y no sujeto de los mismos, papel que reserva exclusivamente a los Estados². En derecho internacional contemporáneo, el individuo es - sin equipararse al Estado - sujeto de derechos.

Es en el sentido mencionado que se están produciendo avances en la comunidad internacional por los cuales el individuo adquiere contornos nítidos fuera del marco del derecho interno. Pese al constante estado de violación a los mismos, la sensibilidad de la sociedad al respeto de los derechos humanos es un hecho. Esta internacionalización se desarrolla en forma paralela en varias áreas (desde las políticas de protección a la ecología y al medio ambiente, a la tecnología o la lucha contra el terrorismo) ámbitos que, por consiguiente, han dejado de ser de exclusivo interés nacional, en Estados cada vez más integrados.

Merced a los avances tecnológicos, a los medios de comunicación que reducen las distancias y a la labor de denuncia de las organizaciones no gubernamentales (ONGs), se puede estar al corriente y con la mayor

celeridad de las violaciones de los derechos humanos en cualquier parte del mundo, con lo cual se adquiere una conciencia cada vez más universal sobre los derechos, al nivel de la "aldea global".

También es menester considerar que la defensa de los derechos fundamentales se desenvuelve en un plano internacional, siendo actualmente una de las ramas más destacadas y poderosas del llamado Derecho Internacional Contemporáneo.³

En esta línea de trabajo, vamos a examinar el creciente papel del individuo en relación a la protección de los derechos humanos en el derecho internacional y regional. A tal efecto, partiremos del plano universal (marco de la Organización de las Naciones Unidas ONU) para continuar con los distintos sistemas regionales de protección de los derechos humanos, centralizando nuestra atención en el Consejo de Europa.

Sin duda, el aspecto más destacado está referido a la posibilidad de petitionar para el individuo⁴, así como de acceder a las instancias jurisdiccionales, dada la mayor intensidad protectora de esa vía. Así, dentro del ámbito regional europeo, destacaremos la posición del particular ante los órganos tutelares de Estrasburgo (Comisión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos) a tenor del Convenio Europeo Para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales de 1950 (Convenio de Roma) y del protocolo N 9 adicional al mismo.

II.- EL INDIVIDUO Y LOS DERECHOS HUMANOS

II.1.- El ámbito universal de las Naciones Unidas

La controversia sobre universalidad de los derechos humanos y de determinados standards - tema que ha sido objeto de vivas discusiones durante la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de junio de 1993 y que ha estado presente en la elaboración de los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos desde la misma Declaración Universal de 1948 - no es óbice para considerar a las Naciones Unidas - sucesora de la antigua Sociedad de Naciones - como la organización más universal de protección a los derechos humanos, pese a sus indudables imperfecciones tanto desde el punto de vista de su estructura institucional como desde una perspectiva funcional.

No obstante, antes de entrar a considerar los progresos producidos en el contexto internacional tras la Conferencia de San Francisco que dio origen a la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945, es preciso realizar unas breves acotaciones sobre los antecedentes a tal evento.

Como hemos mencionado ut supra, el Derecho Internacional Clásico sólo daba lugar a las relaciones entre Estados, no siendo por ende los individuos sino objetos de derecho. El concepto de soberanía imperante en la época tendía a considerar al tratamiento que un Estado brindaba a sus ciudadanos cuestiones internas, quedando impune el accionar del gobierno frente al derecho internacional⁵.

Sin embargo, incluso el Derecho Internacional Clásico reconoció que los Estados tenían deberes en relación a determinadas categorías de individuos: en concreto, el deber de tratar a los extranjeros de acuerdo a ciertos standards mínimos. Pero estos derechos de los extranjeros intentaban asegurarse no por respeto a su persona sino al Estado del que eran nacionales. De esta forma, las controversias por esta causa se arreglaban por vía diplomática, con la consecuencia negativa, además, de que se encontraban privados de protección los nacionales maltratados en su propio país y las personas que carecían de nacionalidad.⁶

Naturalmente, el avance conducía a reconocer que los individuos deben gozar de determinados derechos

fundamentales, sin estar sometido dicho goce a una concreta nacionalidad, superando incluso esa tendencia hacia la asimilación de los derechos de los nacionales y de los extranjeros que se ha venido plasmando en los tratados internacionales mediante la denominada "cláusula de la nación más favorecida"⁷

Actualmente asistimos a un debate que habla del derecho-deber de ingerencia de la comunidad internacional en acciones bélicas frente a violaciones flagrantes del derecho internacional humanitario⁸.

En cualquier caso, el moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos aparece tras la Segunda Guerra Mundial, como respuesta a las violaciones masivas de derechos humanos y la crueldad de la barbarie nazi durante la contienda bélica. Así, el primer instrumento general de derechos humanos adoptado por la Asamblea General de la ONU fue la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, que vino a definir y a codificar la tarea de "respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, sexo, lengua, o religión" recogida en el art. 1 de la Carta de las Naciones Unidas y ampliada en los arts. 55 y 56 de la misma.

Pese a su alcance, bajo la pretendida universalidad de la Declaración Universal de 1948, subyacen dos concepciones del mundo paralelas a los dos bloques antagónicos surgidos tras la guerra, lo cual ha dado lugar a la introducción de los derechos civiles y políticos a instancia de los países occidentales; y de los derechos económicos, sociales y culturales bajo la presión del bloque del este.⁹

Por su parte, la mayoría de países asiáticos y africanos, aún colonizados, quedaron al margen de la redacción de la Declaración. Lograr el consenso para la sanción de la Declaración Universal no fue nada fácil, lo que permitió únicamente la adopción de una Declaración sin valor vinculante, pese a su indudable alto valor moral y político y su progresiva conversión en reglas de derecho internacional consuetudinario. Las necesidades de las víctimas junto a la acción interna de la Organización de las Naciones Unidas le han dado a la Declaración Universal carácter de obligatoriedad¹⁰.

Fue preciso el transcurso de casi veinte años para llegar, en el seno de las Naciones Unidas, a concertar tratados genéricos de protección a los derechos humanos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; adoptados ambos por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.¹¹

La división este-oeste señalada se encontraba en pleno auge y provocó, precisamente, la adopción de los dos instrumentos separados mencionados. En esta ocasión, sin embargo, sí participaron los países del denominado Tercer Mundo que estaban accediendo aceleradamente desde 1960, a la independencia: de hecho, sendos arts. 1.1 de los Pactos contemplan el derecho de libre determinación de los pueblos.

Esta obra de reconocimiento de derechos a los individuos por parte del Derecho Internacional posee gran trascendencia. Y si consideramos que toda proclamación de derechos carece de fuerza si no va acompañada de las necesarias garantías de los mismos, habremos de concluir que la gran innovación de los Pactos de 1966 respecto de la Declaración de 1948 vendrá marcada justamente por proveer mecanismos protectores.

En referencia al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se instituye un Comité de Derechos Humanos que tiene como función principal examinar los informes presentados por los Estados sobre las medidas tendientes a cumplir con el respeto de los derechos reconocidos en el mismo, y recibir y tramitar las comunicaciones interestatales cuando un Estado parte denuncia que otro Estado parte viola los derechos enumerados en el Pacto.¹²

El Primer Protocolo Facultativo Anexo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos otorga a los individuos la posibilidad de presentar comunicaciones al Comité de Derechos Humanos, bajo las condiciones - para la admisibilidad de la petición - del agotamiento de los recursos internos y de que la cuestión no esté siendo sustanciada simultáneamente por ante otra instancia internacional¹³.

EL otro Pacto Internacional (el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), es más deficitario en relación a las garantías y mecanismos de protección que establece.

El texto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no prevé la recepción de comunicaciones estatales ni individuales, como tampoco un órgano especial que se encargue de examinar los informes remitidos por los Estados sobre el cumplimiento de su obligación respecto a los derechos mencionados en el tratado.

Ha sido la práctica de las Naciones Unidas la que ha llevado hacia fines de la década de 1970, a la constitución de un grupo de expertos creado al efecto de examinar los informes de los Estados respecto a la situación de los derechos económicos, sociales y culturales. Dicho grupo, finalmente, se ha convertido en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas¹⁴.

En el marco de las Naciones Unidas hay que destacar también dos vías abiertas a las peticiones individuales, debido a los procedimientos que se tramitan por ante la Comisión de Derechos Humanos (creada en 1946) para tratar las violaciones flagrantes y sistemáticas de los derechos humanos. Dichos procedimientos se establecieron por la Resolución del Consejo Económico y Social N 1235, del 6 de junio de 1967; y por la Resolución N 1503 del 27 de mayo de 1970¹⁵.

Por cierto, la posibilidad de participación del individuo en las instancias internacionales es la clave fundamental para una mejor eficacia del sistema: "... los sistemas regionales e internacionales que no permiten a personas o grupos de personas el derecho de presentar peticiones o quejas son menos efectivos que los que sí conceden este derecho. Además, los Estados tienden a ser muy renuentes a reconocer el derecho de petición privada. Cuando lo han concedido en el pasado, usualmente lo han sujetado a tantas limitaciones que el mecanismo de protección al individuo ha resultado menos eficaz que el sistema de peticiones entre Estados"¹⁶

Finalmente, para concluir con el ámbito de las Naciones Unidas, no podemos olvidar la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993.

El balance general decepcionante (recogido en la Declaración final del 25 de junio de 1993) que ha llevado a tildar a la Conferencia Mundial de una nueva "ocasión perdida", no debe ser óbice para resaltar los aspectos positivos y, entre ellos, hacer hincapié, precisamente, en el papel del individuo en relación al derecho internacional de los Derechos Humanos. Más en concreto, la Declaración (tras considerar la promoción y la protección de los derechos humanos como una cuestión prioritaria para la comunidad internacional) afirma que la persona humana "debe ser el principal beneficiario y debe participar activamente en la realización de esos derechos y libertades".¹⁷

La Declaración de Viena contiene un llamamiento a todos los órganos del sistema de Naciones Unidas, a los Estados y a las Organizaciones No Gubernamentales para que cooperen en el desarrollo y fortalecimiento de los derechos humanos, recordando que los acuerdos regionales juegan un papel fundamental en la promoción y protección de los derechos humanos¹⁸. Deben reforzarse los standards universales de los derechos humanos, tal y como se contiene en los instrumentos internacionales de derechos humanos y su protección"¹⁹.

Vamos a pasar a analizar los sistemas regionales, unido a esta idea de reforzar los standards universales y retomando el hilo conductor de este trabajo, subrayando el reconocimiento universal de la persona humana como sujeto de derechos.

II.2.- Los sistemas regionales de protección

Es indudable que los sistemas regionales de protección de los derechos humanos juegan un papel nada desdeñable, con una defensa regional en cuya cooperación los Estados pueden hacer frente a sus compromisos universales en la materia de manera más satisfactoria²⁰

La Conferencia de Viena de 1993, tras recordar la importante función promotora y protectora de los Derechos Humanos en el ámbito regional reitera "la necesidad de estudiar la posibilidad de establecer acuerdos regionales e interregionales para la promoción y protección de los derechos humanos en donde todavía no existan".

La disposición mencionada se refiere a los Estados Arabes, los agrupados en el seno de la Conferencia Islámica y los Estados de la región Asia - Pacífico.

Dejando de lado por el momento el vacío en las regiones y organizaciones políticas mencionadas, es obvio que el sistema regional más efectivo actualmente (y el primero en establecerse) es el previsto por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 establecido en el marco del Consejo de Europa, que va a merecer un tratamiento separado y central en el presente análisis. Mencionaremos, a continuación, el estado de situación de los derechos humanos en las principales organizaciones regionales.

A) El sistema interamericano

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos encuentra su punto de partida en la propia Carta fundacional de la Organización de los Estados Americanos (OEA) de 1948 y cuya preocupación específica en la materia se plasma en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica), adoptado en el año 1969 en el seno de la organización regional.²¹

El sistema interamericano "es único en cuanto que todos los Estados miembros de la OEA están sujetos al derecho de petición, ya sea como Estados Partes de la Convención o a través del sistema fundado en la Carta"²².

En efecto: El sistema interamericano es único porque los Estados Partes del Pacto de San José se someten al derecho de petición individual por el solo acto de ratificación del tratado (a diferencia del sistema europeo en el que hace falta una declaración expresa del Estado en ese sentido). También posee una amplísima legitimación activa, según recoge el art. 44 de la Convención: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte".²³

Pero la protección se extiende a un ámbito ajeno a la Convención, según lo establece el art.25.1 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 8 de abril de 1980. Según la citada disposición "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más

Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones de conformidad con el presente Reglamento, en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a presuntas violaciones de un derecho humano reconocido, según el caso, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".

Esto último resulta trascendente si comprendemos que un Estado miembro de la Organización de Estados Americanos que no sea parte en el Pacto de San José, puede ser denunciado ante la Comisión Interamericana por violación de la Declaración Americana, que adquiere entonces carácter de obligatoriedad²⁴.

Una última diferencia entre el sistema interamericano y el europeo radica en que aquel hace obligatorio el mecanismo de petición individual y opcional el de la demanda interestatal (es necesaria una declaración expresa para esto último, según el art. 45.1 de la Convención Americana)²⁵

En el sistema europeo sucede exactamente lo contrario: la demanda interestatal no requiere aceptación expresa del Estado ratificante, y sí necesita de este requisito la petición individual.²⁶

Sin embargo, la obligatoriedad para los Estados de aceptar las comunicaciones individuales y la generosa legitimación activa al individuo para acudir ante la Comisión Interamericana no deben llamar a engaño, ya que no van acompañadas de una protección todo lo efectiva deseable, siendo contados los casos que han llegado a activar la competencia consultiva, y menos aún la contenciosa de la Corte Interamericana.

De manera inversa, la más restringida iniciativa del individuo en el ámbito del Consejo de Europa no impide que sea más efectiva la protección ante los órganos tutelares de Estrasburgo (Comisión y Tribunal Europeo de Derechos Humanos), como queda demostrado por la abundante cantidad de casos tramitados y resueltos en ambas instancias.

B) El sistema africano

El texto base de este sistema viene constituido por la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada el 27 de julio de 1981 por la Organización de la Unidad Africana (OUA) reunida en Nairobi (Kenia).

Tras una visión general de la Carta, nos apercibimos claramente del "contraste entre la abundancia de derechos proclamados y la debilidad del mecanismo de protección", constituyendo éste último, en palabras de Degni-Segui, su verdadero "Talón de Aquiles"²⁷

El sistema de protección africano es el más precario de los tres sistemas regionales existentes, dado que no posee una instancia jurisdiccional semejante a la Corte Interamericana o al Tribunal Europeo.²⁸

Si bien es cierto que la Carta Africana contempla la creación de una Comisión, esta Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no deja de ser un órgano administrativo y técnico de un elevado grado de politización y poca efectividad.

Por otra parte, siendo la publicidad un elemento de presión indudable, los informes que emite la Comisión Africana son confidenciales, salvo decisión contraria (decisión que no se da en la práctica) de la Conferencia de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana.

Recientemente, en el seno de la OUA se está abriendo el debate sobre la adopción de un Protocolo Facultativo

a la Carta que establezca la creación de una Corte Africana de Derechos Humanos²⁹.

El contraste señalado entre el amplio reconocimiento de derechos y el débil mecanismo de garantías se produce también entre la vasta legitimación activa de los individuos para acudir ante la Comisión Africana y la nula efectividad de la protección. Así, además de las comunicaciones interestatales, la Carta Africana prevé también las comunicaciones individuales, más este último sistema difiere notoriamente del sistema de petición individual del sistema interamericano o el europeo.

En el sistema africano si bien las denuncias pueden emanar de cualquier individuo (aún sin revestir este último la calidad de víctima), cualquier organización no gubernamental u otra entidad, dichas comunicaciones únicamente pueden referirse a violaciones masivas; esto es, no se busca ofrecer remedio a violaciones aisladas o a casos particulares.³⁰

Con ello, la protección del individuo queda un tanto desdibujada en el seno del sistema Africano, de forma tal que "el mecanismo previsto por la Carta para tratar las comunicaciones individuales se parece mucho al procedimiento establecido en el marco de las Naciones Unidas en virtud de la Resolución 1503 del Consejo Económico y Social"³¹.

C) En la Liga de Estados Arabes

En el seno de la Liga de Estados Arabes no existe un convenio regional que proteja los derechos humanos. No obstante ello, la Resolución 2443 (XLVIII) de 1968 del Consejo de la Liga Arabe, creó la Comisión Regional Permanente Arabe por los Derechos Humanos con funciones de promoción, información y coordinación de tareas referentes a los derechos humanos. Investiga también las violaciones a los derechos humanos producidas por Israel y no posee poder sancionador alguno.³²

La Primer Conferencia Arabe sobre Derechos Humanos recomendó a la Comisión Regional Arabe la confección de un proyecto de Carta Arabe de Derechos Humanos³³.

Durante 1993, en la reunión ordinaria de la Comisión Permanente Arabe de Derechos Humanos se estudió un nuevo proyecto de Carta Arabe de Derechos Humanos que contempla sólo el mecanismo de presentación de informes por parte de los Estados (no contempla ni la demanda de Estado contra Estado ni el derecho de petición individual)³⁴

D) El marco de la Unión Europea

La Unión Europea es el resultado de la política de integración regional llevada a cabo por los gobiernos de Europa Occidental desde fines de la Segunda Guerra Mundial: se ha ido plasmando a través los tratados fundacionales de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA), la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (EURATOM).

Estas tres instituciones han decidido fusionar sus órganos y se les conoce desde entonces como las Comunidades. Aunque entre los objetivos primordiales (paz, integración política y económica y cohesión social) de las Comunidades Europeas (Unión Europea desde el 1 de enero de 1993, merced a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht), no figuraba explícitamente la promoción y protección de los derechos fundamentales, dos de los tratados originarios (CECA y CEE) contenían disposiciones al respecto (por ejemplo, medidas en defensa de los trabajadores).

La preocupación por los derechos humanos también figura en el Preámbulo del Acta Unica de febrero de 1986; y el Tratado de la Unión Europea de febrero de 1992 dispone en su artículo F.2 que la Unión Europea respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Aparte de los tratados constitutivos y de sus dos reformas (Acta Unica y Tratado de la Unión) han existido algunas declaraciones de las instituciones europeas sobre respeto a los derechos humanos³⁵ aunque, sin duda, el órgano que realmente está jugando un papel trascendente es el Parlamento Europeo ,que, entre otras de sus funciones, cada año redacta un informe sobre derechos humanos.

Lo mencionado posee un importante valor puesto que a pesar del creciente papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo en la defensa de los derechos fundamentales y en el otorgamiento de mayor protección del individuo, no hay que olvidar que las dos funciones esenciales del Tribunal de Luxemburgo son: 1) Verificar la compatibilidad de los actos de las instituciones europeas y de los Gobiernos con los Tratados constitutivos y el acervo comunitario, y 2) Pronunciarse a petición de un tribunal nacional sobre la interpretación o la validez de las disposiciones del Derecho Comunitario (cuestiones prejudiciales).

Es ilustrativo transcribir las palabras de H. Labayle, referidas tanto a la Unión Europea como al Consejo de Europa: "Uno de los grandes méritos del derecho europeo consisten en haber suscitado la reflexión en derecho interno en cuanto a la protección jurisdiccional de los particulares. Sabemos desde hace tiempo que esta misión protectora incumbe a las jurisdicciones nacionales, ya se trate de garantizar los derechos ejercidos en virtud del derecho comunitario o bien en virtud de la Convención Europea de Derechos Humanos. De manera subsidiaria, como es el caso de los órganos de Estrasburgo, o de forma complementaria, como es la voluntad jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo, el juez europeo se limitaba hasta ahora a proporcionar lo esencial al justiciable: un título jurídico para hacer valer sus derechos sin certificar siempre la eficacia de los mismos"³⁶.

La actitud señalada ha cambiado en beneficio de los particulares quienes, recibiendo mayor protección a sus derechos y libertades fundamentales por parte de las instancias jurisdiccionales europeas (ahora nos centraremos en el Tribunal de la Unión Europea de Luxemburgo y no en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que preteneció al Consejo de Europa), también ven realizada su participación activa en la defensa de sus derechos dentro de esta organización que no preveía entre sus propósitos principales, ocuparse de la protección de los derechos humanos.

Baste para ilustrar lo que decimos la referencia a la sentencia del Tribunal de Luxemburgo en el caso Francovich y Bonifaci contra la República de Italia, de fecha 19 de noviembre de 1991. Con esta decisión, se otorga un paso decisivo en la protección jurisdiccional de los particulares, de forma que tras sancionar la responsabilidad de un Estado por la no transposición de una directiva comunitaria, el Tribunal establece "el principio de una reparación que ya no hará inútil el recurso al juez"³⁷.

El caso Francovich y Bonifaci trató de la demanda de estos dos particulares que acusaban al estado del que son nacionales (Italia), en primer lugar ante el juez nacional, por la no transposición de la directiva núm. 90/987 que se refiere a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros de la organización (se trataba de las Comunidades Europeas), relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empleador, lo cual apunta específicamente a asegurar un mínimo "comunitario" (según el Tribunal) de protección a los empleados.

En síntesis, el Tribunal de Justicia de la hoy Unión Europea ha adoptado la solución de garantizar "directamente" los derechos individuales sobre la base de la directiva, a pesar de no hallarse ésta transpuesta al ordenamiento interno italiano. con ello, ciertamente, se subraya el papel del Estado como simple mediatizador técnico en la

transposición de normativa comunitaria (Directivas, que no tienen efecto directo, a diferencia de los Reglamentos Comunitarios), poniéndose de relieve, en cambio, el papel del individuo como titular de derechos.³⁸

II.3.- Especial referencia al marco del Consejo de Europa

El primer sistema regional de protección de derechos humanos en ver la luz ha sido el europeo: así, en el continente en donde la Segunda Guerra Mundial produjo los efectos más devastadores nació la primera organización regional con el respeto a los derechos humanos como fin principal: El Consejo de Europa.

En su Estatuto, del 5 de mayo de 1949, ya señala entre los objetivos de progreso social y económico a promover por los órganos del Consejo, el "mantenimiento y mayor defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales".

Básicamente, tres son los campos de protección de los derechos humanos establecidos en el Consejo de Europa: El Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950 y sus protocolos adicionales; la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 y su Protocolo adicional de 5 de mayo de 1988; y finalmente, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes del 26 de noviembre de 1987. De los tres campos de protección mencionados, vamos a centrar nuestro análisis en el primero, por la relevancia que adquiere el individuo dentro del mismo.

A) El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950

El precepto básico a tener en cuenta del texto convencional en materia de legitimación activa es el artículo 25.1 cuyo tenor literal es el siguiente: "La Comisión podrá conocer de cualquiera demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa 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 presente Convenio, en el caso en que la Alta Parte Contratante acusada haya declarado reconocer la competencia de la Comisión en esta materia. Las Altas Partes Contratantes que hayan suscrito tal declaración se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio de este derecho"³⁹.

Como se puede observar, esta protección regional difiere de las ya analizadas.

En primer lugar, se trata de un procedimiento para la protección frente a violaciones de derechos humanos particulares o aisladas (y no masivas, a diferencia de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos).

Segundo, la legitimación de los individuos no es tan vasta como la reconocida en el sistema interamericano. Para el Convenio Europeo es necesario que los demandantes se consideren víctimas de la violación alegada.

Tercero; tal como ya hemos manifestado, en el Convenio Europeo los Estados tienen la facultad de obligarse o no a ser sometidos al mecanismo de demandas individuales, mientras que es de obligatoria vinculación el sistema de demandas interestatales (art. 24 del Convenio)⁴⁰.

Es destacable señalar que todos los Estados Partes del Convenio Europeo han realizado su correspondiente declaración admitiendo la posibilidad de ser denunciados ante la Comisión Europea por intermedio de la petición individual: inclusive hoy, los Estados que ingresan al Consejo de Europa, deben hacerlo con el requisito de la ratificación del Convenio Europeo y la declaración de admisibilidad del recurso de demanda individual.

Expuesto lo precedente, se desprende que el individuo sólo puede presentar una demanda ante la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando se considere víctima de la violación de los derechos o libertades fundamentales reconocidos en el Convenio "por una de las partes contratantes", es decir, en teoría, la violación ha de provenir de un poder público.

Ante la violación, el individuo sólo podrá acudir ante la Comisión, sin que pueda llevar el caso él mismo al Tribunal, dado que según el art. 48 del Convenio sólo "podrán someter un asunto al tribunal: a) La Comisión; b) Una Alta Parte Contratante, cuando la víctima haya sido un nacional suyo; c) Una Alta Parte Contratante que haya iniciado el caso ante la Comisión y d) Una Alta Parte Contratante que haya sido demandada".

De esta manera, vamos a introducirnos en el análisis respecto a qué papel y posibilidades tiene el individuo para defender los derechos que se le reconocen en el Convenio, desde la perspectiva del tipo de violaciones contra las que puede reclamar (tanto subjetiva como objetivamente, esto es, tanto en lo que concierne al sujeto infractor como al acto de violación en cuestión, respectivamente). Por otro lado, expondremos el rol particular desde el punto de vista procedimental en el contencioso de Estrasburgo, es decir, la posición del individuo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

a) Perspectiva subjetiva: El papel del individuo frente a los sujetos infractores de los derechos reconocidos en el Convenio.

En referencia a los sujetos infractores, el tenor literal del artículo 25.1 del Convenio ("violación por una de las Altas Partes contratantes") lleva a pensar que las violaciones de los derechos sólo pueden tener su origen en los poderes públicos, es decir, en una relación vertical individuo frente al Estado. Quisiéramos referirnos a la interpretación jurisprudencial del Convenio Europeo realizada por parte de los órganos tutelares de Estrasburgo, en vistas a valorar como ha sido matizada esta idea.

Es altamente significativa la sentencia del Tribunal Europeo en el asunto Plattform Artze Fur das Leben contra Austria" del 21 de junio de 1988, referente al artículo 11 del Convenio Europeo (libertad de reunión pacífica, en el caso concreto se trata de la protección de las manifestaciones públicas).

El planteo se realizaba por medio de un recurso contra el Estado Austríaco por la pasividad mantenida por la policía austríaca en una manifestación producida por médicos contrarios a la práctica del aborto que fueron perturbados en su libertad de expresión por una acción de contramanifestantes⁴¹.

El párrafo 32 de la sentencia mencionada señala que "la libertad real y efectiva de reunión pacífica no se reduce a un mero deber de no interferirse por parte del Estado; una concepción simplemente negativa no estaría de acuerdo con el objeto y la finalidad del artículo 11. Este precepto, lo mismo que el artículo 8 requiere, a veces, medidas positivas incluso, si es necesario, en el ámbito de las relaciones entre individuos".

El último párrafo señalado en el párrafo citado posee un considerable alcance, porque significa que el individuo no puede actuar solamente cuando las violaciones provengan de poderes públicos, sino también cuando provienen de otros individuos: a ello se refiere Carrillo Salcedo como "la eficacia horizontal del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Drittwirkung"⁴², es decir, la eficacia de los derechos humanos frente a terceros⁴³.

Cabe recordar, finalmente, que esta línea sentada por el Tribunal Europeo en la sentencia del 21 de junio de 1988 ya fue apuntada con anterioridad el 26 de marzo de 1955 en la sentencia dictada en el caso X e Y contra

Países Bajos. En este último caso se trataba del cuestionamiento a la legislación holandesa que prohibía al padre de una retrasada mental violada iniciar acciones penales contra las personas sospechosas de haber atentado contra la integridad sexual de su hija, ya que el art. 248 ter del Código Penal Holandés exigía la acción personalísima para este tipo de delitos.

En su sentencia, la máxima instancia jurisdiccional de Estrasburgo comenzó recordando que aunque el artículo 8 del Convenio Europeo tiene esencialmente como objeto de la protección del individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, dicho precepto "no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tales injerencias. A esta obligación negativa pueden añadirse obligaciones positivas inherentes a un respaldo efectivo de la vida privada o familiar... Estas medidas pueden implicar la adopción de medidas tendientes a asegurar el respeto de la vida privada, incluso en las relaciones de los individuos" (párrafo 23)44.

b) Perspectiva objetiva: el papel del individuo frente a los actos de violación del Convenio

Ya hemos dejado entrever algún apunte sobre los eventuales actos que pueden constituir violación de los derechos reconocidos en el Convenio. Así, aunque el texto convencional europeo recoge un catálogo de derechos civiles y políticos, las obligaciones de los Estados no se circunscriben a un simple deber negativo o de no ingerencia en las esferas privadas de los individuos, sino que, tal como se ha demostrado en la cita de las dos últimas sentencias mencionadas, también existen obligaciones estatales positivas.

Lo anterior nos permite afirmar que la violación de los derechos frente a la cual el individuo puede reaccionar es susceptible de producirse no sólo por actos positivos sino también por actos negativos.

Nos formulamos seguidamente dos preguntas: la primera de ellas: ¿Contempla el Convenio Europeo la llamada acción popular?

En respuesta a este interrogante, tal como lo ha indicado Gomien: "La Convención Europea de Derechos Humanos protege los derechos de los individuos y no de los grupos en cuanto tales... En la práctica, esto significa que sólo las partes directamente afectadas por la violación de uno o varios de los derechos protegidos por la Convención pueden dirigirse a los órganos de Estrasburgo: nadie puede introducir una demanda en nombre de otra parte presuntamente lesionada. La Convención no prevé la *actio popularis*. Incluso en las demandas denominadas "de grupo", cada miembro del grupo debe alegar haber sido víctima individualmente"45. Así pues, el Convenio no contempla la "acción popular".

Más si esto es así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha dejado de mostrarse vacilante sobre el particular en alguna ocasión. Citamos como ejemplo el caso *Dudgeon* contra el Reino Unido.

Dudgeon argumentó en su pedido que la legislación de Irlanda del Norte relativa a la homosexualidad masculina era discriminatoria respecto al tratamiento de la homosexualidad femenina y la heterosexualidad en relación a otras legislaciones del Reino Unido. La normativa aludida penaba la práctica homosexual masculina incluso en privado y entre mayores de edad. Por ende se estaba en presencia de una violación del art. 14 del Convenio Europeo (derecho a gozar de todos los derechos reconocidos en el convenio sin discriminación) interpretado junto al artículo 8 del Convenio Europeo (derecho al respeto a la vida privada y familiar).

Dos de los votos discrepantes de la sentencia final nos otorgan un enfoque interesante: se trata de los votos en disidencia conjunto de los jueces Evrigens y García de Entrerría, que señalan: "cuando menos, la diferencia de trato que existe en Irlanda del Norte - tal y como pone de relieve el demandante - entre los homosexuales

varones y las homosexuales mujeres y entre los varones homosexuales y heterosexuales debe ser examinada a la luz del art. 14 en una interpretación sistemática con el art. 8".

De alguna forma, consideramos que Dudgeon estaría ejerciendo una especie de acción popular, con vistas a salvaguardar los derechos de los homosexuales varones.

El segundo interrogante puede formularse de la manera siguiente: han de ser los actos de violación alegados actos concretos o puede también acudir a los órganos de Estrasburgo por cuestiones in abstracto?

La facultad de entablar acciones contra la legislación interna de los Estados Miembros del Consejo de Europa partes en el Convenio Europeo, es una potestad de la que no disponen los órganos tutelares de la organización regional europea.

Sin embargo, sí se ha producido algún ejemplo aislado en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha cuestionado la legislación nacional de un Estado.

Nos estamos refiriendo concretamente a la sentencia pronunciada respecto al caso Marckx contra Bélgica, del 13 de junio de 1979. El fondo del asunto se halla una filiación materna natural: la periodista belga Paula Marckx, siendo soltera, dio a luz una hija el 16 de octubre de 1973, la cual reconoció e inscribió en el registro civil como hija natural, y la adoptó en octubre de 1974 .46

El desamparo al que sometía la legislación belga (por ejemplo en cuanto a los derechos hereditarios, el código civil belga limitaba los derechos del "hijo natural" o del hijo adoptado, en el caso de sucesiones ab intestato y liberalidades tales como donaciones y legados), hizo acudir a Paula Marckx ante las instancias de Estrasburgo una vez agotada la vía judicial interna.

El Tribunal Europeo declaró que el Derecho belga infringía los principios establecidos en el Convenio Europeo: se estaba en presencia de una violación combinada del respeto a la vida familiar (art. 8) y del derecho a la no discriminación jurídica por el hecho del nacimiento (art. 14).

En ese sentido, Tomuschat, al referirse al "general amendment of legislation" señala que "El Tribunal no tiene la facultad de revisar el Derecho interno in abstracto como, por ejemplo, la función del Tribunal Constitucional Federal en el proceso de Normnkontrolle. Sin embargo, los Estados vienen obligados a llevar a cabo reformas legislativas si la violación puesta de manifiesto por el Tribunal en el caso concreto es el resultado directo de disposiciones inconsistentes con el Convenio, no obstante que el Tribunal no puede impeler a ello directamente a los Estados en el fallo"47.

Naturalmente, a pesar del avance en la flexibilización del concepto de soberanía, un tribunal internacional de derechos humanos no puede aún modificar la legislación interna de un Estado, aunque esto sería deseable en un mundo interrelacionado.

Esto, por lo demás, mantiene una actuación coherente en la tradición del Consejo de Europa y salva la función del Comité de Ministros (otro órgano principal del Consejo) como encargado de controlar el respeto del Convenio por los Estados (tal como lo estipulan los artículos 53 y 54 del Convenio Europeo)48.

B) El Protocolo N 9 al Convenio

El Protocolo número 9 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 6 de noviembre de 1990 (fecha en que

fue firmado por catorce Estados miembros del Consejo de Europa, entrará en vigor cuando llegue a las diez ratificaciones⁴⁹.

El Protocolo número 9 consagra un derecho de recurso ante el Tribunal de Estrasburgo en favor de toda persona física, organización no gubernamental o todo grupo de particulares que se considere víctima de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Este instrumento supone, por lo tanto, una prolongación de las demandas individuales previstas en el art. 25 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵⁰.

Como bien ha señalado Flauss, "La apertura a la firma de este nuevo Protocolo constituye sin duda un acontecimiento de un gran alcance simbólico. El Tribunal Europeo se convierte en la única Corte Internacional ante la cual los individuos dispondrán de un 'droit d'action en justice' que les autorice a acusar a un Estado y, a la postre, a su propio Estado Nacional"⁵¹.

El Protocolo N 9 es facultativo y adicional a la Convención, en el sentido de que añade algo (ese plus de relevancia al individuo ante el Tribunal Europeo), y no de enmienda o modificación⁵².

Conviene hacer, siquiera, unas breves referencias históricas para comprender como se ha llegado a esta medida en el Consejo de Europa.

En el proyecto original de tratado elaborado en julio de 1949 por el "Movimiento Europeo" ya se contemplaba el reconocimiento de un derecho de recurso individual ante el Tribunal Europeo proyectado. Sin embargo, esta propuesta quedó descartada ya en las discusiones sobre el proyecto de Convenio Europeo de Derechos Humanos, aduciéndose sobre todo que "los intereses de los particulares siempre serán defendidos, ya sea por la Comisión, en el supuesto que esta decida someter el asunto al tribunal, ya sea por un Estado en los casos previstos en los párrafos b) y c) del artículo 48"⁵³.

Por consiguiente, la inicial propuesta europeísta no fue secundada por los Estados fundadores del Consejo de Europa participantes en la redacción del Convenio, apegados a la idea tradicional de que el individuo no es sujeto del Derecho Internacional sino a través del Estado.

Más adelante, en los años setenta, el debate sobre la instauración de un recurso individual ante el Tribunal Europeo cobró un nuevo impulso, a causa de la recomendación realizada en ese sentido en el año 1972, por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa⁵⁴.

Por su parte, habiendo sido consultados al efecto, tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se habían pronunciado favorablemente a la introducción de esta innovación; reforma que no llegó a buen puerto por la falta de consenso en el Comité de Ministros.

No obstante, los esfuerzos para darle al individuo una mayor legitimación activa para la defensa y protección de sus derechos en el Consejo de Europa, se han sucedido, en especial, con ocasión de la Conferencia Ministerial de Viena sobre Derechos Humanos de 1985, y gracias a la atención que la delegación suiza prestó en su informe al reconocimiento al individuo de la posibilidad de deferir al Tribunal las demandas declaradas admisibles por la Comisión. Finalmente, en 1990 el proyecto de Protocolo sobre el derecho de recurso individual ante el tribunal fue reactivado definitivamente.

En cualquier caso, ya merced a algunas modificaciones en el Reglamento del Tribunal o incluso a prácticas

procedimentales aceptadas por los Estados, el individuo que presentaba una demanda ante la Comisión, progresivamente fue adquiriendo un "locus standi" ante el Tribunal. Más como el particular no poseía la cualidad de parte ante la instancia jurisdiccional estrasburguesa, algunas prerrogativas susceptibles de ser ejercidas por los Estados seguían siéndole negadas: por ejemplo, la posibilidad de interponer una excepción preliminar; con ello, lógicamente, no se respetaba el principio de igualdad de partes, o incluso, el principio de acceso efectivo a un tribunal.

No caben dudas que respecto al artículo 25 del Convenio Europeo, el Protocolo número 9 supone un avance en el papel del individuo en la defensa de los Derechos Humanos en el sentido de concederle dos prerrogativas procedimentales de primera magnitud.

De un lado, el derecho de deferir una demanda individual al Tribunal, lo cual no conllevará en cambio derecho a obtener un exámen sobre el fondo de la misma. En efecto, en el plazo de tres meses posterior a la sumisión del informe de la Comisión al Comité de Ministros, el demandante que previamente ha acudido ante la Comisión tendrá la posibilidad de llevar su caso ante el Tribunal, más esta facultad - insistimos - no supondrá en puridad un verdadero derecho de recurso⁵⁵.

Por otro lado, nos estamos refiriendo a la mejora de las garantías concedidas al individuo durante el desarrollo del procedimiento ante el Tribunal Europeo, lo cual tampoco supondrá un "locus standi" asimilable al reconocido por los estados. Así, por ejemplo, aunque el Protocolo no lo menciona expresamente, el derecho de los individuos de llevar un asunto ante el Tribunal sólo podrá realizarse en el caso de las demandas declaradas admisibles por la Comisión⁵⁶.

En todo caso, y teniendo en cuenta las dificultades por las que atraviesa la lucha normativa en todos los sistemas jurídicos del mundo para la protección de los derechos humanos, es justo mencionar que no es nada desdeñable el camino andado tendiente hacia lograr la igualdad de derechos procesales entre los Estados y los individuos.

Al margen de lo anterior, es obvio que el Protocolo número 9 no sólo afecta el status de los particulares, sino también a los otros interlocutores del juego institucional de Estrasburgo, esto es, al Tribunal, a la Comisión y al Comité de Ministros.

Así, hay quienes han señalado tras las novedades introducidas por el Protocolo una voluntad táctica o estratégica tendiente a reforzar el rol del Tribunal, en detrimento del Comité de Ministros y de la Comisión, en particular de esta última, que en la actualidad posee la "llave de ingreso" al sistema europeo de protección a los derechos humanos.

En este sentido, no podemos pasar por alto las propuestas de llegar a una instancia jurisdiccional única en Estrasburgo⁵⁷.

Esta idea mencionada que ha sido relanzada y recordada recientemente, en la primera Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa celebrada en Viena los días 8 y 9 de octubre de 1993.⁵⁸

III.- CONSIDERACIONES FINALES

La relación entre el individuo y la protección internacional de sus derechos se ha ido reforzando progresivamente en el seno de la comunidad internacional, superándose la idea radical del Derecho Internacional Clásico como regulador únicamente de las relaciones entre los Estados y excluyente del individuo como sujeto del mismo.

A pesar de la mayor relevancia adquirida a lo largo del tiempo por el individuo, que ya es considerado un Sujeto del Derecho Internacional y, especialmente, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sigue siendo muy desigual la relación de fuerzas individuo - Estado y, también, observamos diferencias en las posibilidades del individuo en los diferentes sistemas de protección examinados.

En el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, las comunicaciones individuales gozan de poca transparencia: le es harto difícil a quien presenta un recurso seguir el desenvolvimiento del mismo. Por otro lado, si bien el Protocolo Facultativo Anexo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos admite el recurso individual, es de notar que tan sólo algo más de la tercera parte de los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas lo han ratificado.

Por otro lado, si bien el procedimiento extraconvencional número 1503 no requiere la ratificación de ningún Estado miembro de la ONU para que éste sea sometido al mismo, la violación alegada ha de ser "masiva y sistemática", lo cual deja fuera de lado el recurso individual por una violación puntual.

La necesidad de incrementar el rol del individuo en defensa de sus derechos se ha puesto de relieve en junio de 1993, durante la Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos, en cuya Declaración Final se ha insistido en otorgar una participación más activa a las personas en la realización de sus derechos y libertades fundamentales.

En el marco de determinadas organizaciones regionales se produce una circunstancia más ventajosa, si cabe, para el particular: nos referimos a la posibilidad que éste posee de utilizar un mecanismo jurisdiccional, como es el caso de la Organización de Estados Americanos (con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos); y también el caso del Consejo de Europa (con la Comisión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). En el sistema africano, en cambio, no se cuenta aún con un tribunal, y las comunicaciones individuales ante la Comisión Africana cuentan con un grado de efectividad sensiblemente menor a los sistemas europeo y americano.

El sistema interamericano es el que más amplia legitimación activa concede a los particulares para denunciar violaciones de derechos humanos, al no requerirse a los denunciantes que revistan la calidad de víctimas. Sin embargo, paradójicamente, de los muchos asuntos que son tramitados ante la Comisión Interamericana sólo muy pocos de ellos llegan a la Corte.

La tendencia a dotar de mayor papel al individuo en la protección de los derechos fundamentales se percibe (aunque con un perfil más bajo pero creciente) en otra organización regional que no cuenta entre sus objetivos primordiales con tal tarea protectora: la Unión Europea.

En el marco del Consejo de Europa, el establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos es el sistema regional de protección de derechos humanos más efectivo, si bien la legitimación activa (el accionante debe revestir la calidad de víctima) es de menor amplitud que en el sistema interamericano.

El sistema europeo otorga un mayor papel al individuo en la defensa de los derechos reconocidos en el Convenio y los Protocolos adicionales al mismo, tanto para accionar desde un punto de vista subjetivo (en relación a los sujetos infractores de los derechos) como para peticionar desde una perspectiva objetiva (respecto de los actos que pueden constituir violaciones a los derechos humanos). Por un lado, el sistema no se limita a la efectividad frente a las violaciones cometidas por parte de los poderes públicos, sino también frente a terceros (Drittwerking); por otro lado, el individuo no sólo puede accionar frente a actos positivos (ingerencia de

los poderes públicos), sino también omisivos y, además, no únicamente contra actos concretos de aplicación sino que el Tribunal Europeo ha admitido también cuestionar legislaciones de los Estados Miembros del Consejo de Europa.

Finalmente, las previsiones del Protocolo número nueve al Convenio de Roma de 1950, si bien requiere la declaración previa de admisibilidad por parte de la Comisión Europea, va a convertir al sistema instituido por el Consejo de Europa en el primero que permita al individuo llevar un caso ante un tribunal internacional.

NOTAS:

1 En este sentido podemos - tomando como ejemplo - al caso particular del derecho a la información, conforme Desantes Guanter, J. M.: "La información como derecho", Madrid, 1974. cit. pág 227: "La finalidad del Derecho de la información no puede ser otra que la de hacer posible el derecho a la información. Todo lo que suponga un obstáculo para el desarrollo del derecho subjetivo a la información ha de ser contrario al derecho objetivo a la información y, en consecuencia, desde el punto de vista social, es desintegrador".

2 Si bien existía el instituto de la protección diplomática, la misma no puede considerarse un derecho del individuo sino que era el Estado al que éste pertenecía como nacional el único habilitado para reclamar frente al Estado infractor, incluso el Estado podía renunciar al reclamo, dejando de lado totalmente la voluntad de la víctima. Quedaban sin protección, por otro lado, las personas que sufrían violaciones a los derechos humanos en su propio país.

3 Si bien, la protección internacional es subsidiaria a los mecanismos existentes dentro del Estado. La subsidiariedad se encuentra contemplada generalmente en la exigencia de los pactos de derechos humanos al requisito de agotamiento de los recursos internos. Sobre protección internacional y nacional ver Medina, Cecilia: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" Ed. Instituto Holandés de Derechos Humanos, setiembre de 1990, Págs.20/22

4 Para las diversas modalidades que se agrupan bajo el término genérico de "petición individual", ver Sudre, Frédéric: "Droit International et Européen des Droits de l'homme; ed. P.U.F, París, 1989, págs 58 y ss.

5 Naturalmente, ese concepto ha sido superado. siendo la soberanía un concepto dinámico; a partir del contexto internacional emergente de la posguerra la protección de los derechos humanos ha dejado de ser una cuestión interna para pasar a ser de responsabilidad compartida del Estado y la Comunidad Internacional, teniendo esta última el deber de actuar en caso que aquel no cumpla su deber de respetar a todos los seres humanos que se hallen bajo su jurisdicción.

6 Las reglas de fondo aplicables a la condición de extranjeros tienen parte de su origen en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que hace referencia a "los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". Si bien ya no puede hablarse de naciones civilizadas y naciones que no lo sean (la clasificación corresponde a la época en que gran parte de los países del mundo no poseían status de Estados Independientes); estos principios han sido delimitados por la jurisprudencia internacional a través de conceptos tales como "standard mínimo de justicia".

7 Como ha mencionado Pastor Ridruejo, Rafael en su "Curso de Derecho Internacional Público 2da ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1987 pág 195", en el Derecho Internacional Contemporáneo se ha cambiado el planteamiento respecto al clásico, y "a lo que se aspira mediante la protección internacional de los derechos del hombre es a la

imposición de obligaciones a los Estados respecto de todos los individuos, nacionales o extranjeros, y a que los individuos puedan reclamar directamente contra el Estado infractor ante instancias internacionales en caso de vulneración de sus derechos". El mismo autor ha estudiado el carácter de *ius cogens* de las normas internacionales sobre la protección de los derechos humanos: ver Pastor Ridruejo, Rafael: "La determinación del contenido del *ius cogens*", Ponencia del XI Congreso del Instituto Luso Americano de Derecho Internacional, Madrid, 1972.

8 No obstante, esta idea del derecho-deber de ingerencia, que sin perjuicio de antecedentes más remotos se ha planteado con más seriedad desde la Guerra del Golfo Pérsico, no está exenta de discusión, particularmente en una aplicación equitativa de la ingerencia por parte de las Naciones Unidas, para lo cual se hace necesaria la reestructuración de su Consejo de Seguridad.

9 La guerra fría ha causado nefastas consecuencias para el respeto a los derechos humanos: millares de personas han sido violadas en sus derechos mínimos bajo la excusa de pertenecer al bando opuesto. Asimismo, las Organizaciones No Gubernamentales toleraban ataques y acusaciones de "pertenencia al enemigo" por pedir que se respeten los derechos humanos.

10 Sobre la obligatoriedad de la Declaración Universal, véase el excelente análisis realizado por Carrillo Salcedo, Juan A.: "Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos", Ed. Tecnos, Madrid 1993.

11 Además se hizo necesario esperar diez años más para la entrada en vigor de los mismos, producida en el año 1976.

12 Si bien es difícil medir la eficacia, la primera competencia del Comité se agota en las preguntas y contestaciones a los informes del Estado, (estas últimas contenidas en el informe que anualmente eleva a la Asamblea General). La tramitación de comunicaciones interestatales por parte del Comité es un ejemplo de laboratorio: en los 18 años de entrada en vigor del Pacto, el Comité no ha recibido una sola denuncia de Estado contra Estado.

13 Para un examen exhaustivo de la labor del Comité de Derechos Humanos puede verse Naciones Unidas: "Derechos civiles y políticos: el Comité de Derechos Humanos" Folleto Informativo N 15; Ginebra, agosto de 1991.

14 Sobre el funcionamiento de este Comité puede consultarse Naciones Unidas: "Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales" Folleto Informativo N 16; Ginebra, agosto de 1992.

15 Ambos procedimientos difieren sustancialmente: el 1503 exige el agotamiento de los recursos internos y se desarrolla en forma confidencial. El Procedimiento 1235 es de carácter público y crea relatores especiales o grupos de trabajos para estudiar la situación de un país o fenómenos de violación genérica de derechos humanos (por ejemplo la tortura o la desaparición forzada de personas). Para un estudio de ambos procedimientos, ver Escobar Hernández, Concepción: "Algunas consideraciones críticas sobre los mecanismos extravencionales de control establecidos por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas" en: Hacia una Justicia Universal, ed. en Junio de 1993 por la Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, Suiza.

16 Buerghental, Thomas; Norris, Robert y Shelton, Diana: "La protección de los Derechos Humanos en las Américas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Civitas, Madrid, 1990, pág 261. Como ejemplo,

los autores tomas un análisis temporal del procedimiento de petición individual en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y en la Convención Internacional contra todas las formas de Discriminación Racial, del 21 de diciembre de 1965.

17 United Nations: "World Conference on Human Rights: The Vienna Declaration and Programme of Action". United Nations, New York, August 1993, Parte I 1

18 Algunos autores consideran que lo ideal sería un Bill of Rights transnacional, único y universal. Ver Hitters, Juan C.: "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Buenos Aires 1991, Ed. Ediar, Tomo I pág. 52.

19 Para una idea global de los prolegómenos del ambiente en que se desarrolló, las expectativas planteadas y los resultados obtenidos en la Conferencia de Viena, ver Salvioli, Fabián "La Conferencia de Viena. El Debate sobre Derechos Humanos en las Relaciones Internacionales Contemporáneas" en Relaciones Internacionales, Serie Documentos, N 4; Ed. IRI, Universidad Nacional de La Plata, 1993, pág 7 a 23.

20 Las protecciones internacional y regional no se excluyen, sino que, por el contrario, se complementan. Así lo han entendido, por ejemplo, los autores de la Convención Americana de Derechos Humanos (1968), que han seguido adelante en la elaboración de la misma a pesar que en 1966 las Naciones Unidas adoptaban los dos pactos internacionales.

21 Existen otros instrumentos de protección a los derechos humanos en las Américas: los más relevantes que complementan a los mencionados son la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, el Protocolo Anexo al Pacto de San José en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) y el Protocolo Adicional al Pacto de San José relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Protocolo de Asunción).

22 Buergethal, Thomas y otros; Op. cit pág 262.

23 En este último requisito también difiere del sistema europeo que exige la calidad de víctima del denunciante, restringiendo sumamente la legitimación activa. Un exhaustivo estudio de la legitimación en el sistema interamericano puede verse en: Pinto, Mónica: "La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos"; Ed. Del Puerto, setiembre de 1993, Buenos Aires, Argentina.

24 De hecho ha ocurrido y la Comisión ha tramitado casos como el 2141 o el 9647, ambos contra los Estados Unidos (no parte del Pacto de San José) por violación a la Declaración Americana. Sobre la obligatoriedad jurídica de las declaraciones de Derechos Humanos, vease O' Donnell, Daniel: "Protección Internacional de los Derechos Humanos", págs. 16/7 Ed. Comisión Andina de Juristas, año 1988, Lima, Perú

25 Para un análisis comparativo de los sistemas véase Albanese, Susana: "Algunas comparaciones entre los sistemas regionales de promoción y protección de los derechos humanos" , en "El Derecho, 135:927" Buenos Aires.

26 Un análisis del sistema interamericano en su conjunto puede verse en Salvioli, Fabián: "La Protección de los derechos Humanos en el Sistema Interamericano: sus logros y dificultades", publicado en Relaciones Internacionales, año 3 N 4, Instituto de Relaciones Internacionales de la UNLP, La Plata, mayo de 1993.

27 Cfr. Degni - Segui, R.: "Les droits de l'homme en Afrique Noire Francophone." Institut International des Droits de L'Homme, Strasburg, 23 Session (2 al 31 de julio), 1992. Otros análisis del sistema africano pueden

verse en: Amnistía Internacional: "Guía de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos"; edai, Madrid, 1991. Buergethal, Thomas: "Human Rights, In a nut shell" 1988, Ed. West, Minessotta, United States. Cáp. 5, Págs. 171/186. Castro Rial Garrone, Fanny: "La Carta Africana de Derechos Humanos y de los pueblos", en Revista Española de Derecho Internacional, Vol XXXVI, N 2, 1984; y Degni - Segui, R: "La Charte africane des droits de L'Homme et des Peuples". Collection of Lectures, Texts and Summaries; Institut International de Droits De L' Homme, Strasbourg, France, julliet de 1993.

28 Además, el sistema africano sigue la línea dibujada en el sistema interamericano, respecto a la inclusión de deberes en sus textos de derechos humanos, aunque en aquel los deberes se detallan más: se mencionan deberes de los individuos y de los Estados.

29 Durante el mes de diciembre de 1993 se ha reunido la Comisión Africana para estudiar el borrador de el mencionado Protocolo Facultativo, en la ciudad de Addis Abeba, capital de Etiopía.

30 La Carta también somete a la petición a ciertos requisitos de admisibilidad: el primero es común en materia de derecho internacional y tiene que ver con la exigencia del agotamiento de los recursos internos. También se exige que las comunicaciones no estén basadas exclusivamente en noticias difundidas a través de los medios masivos de comunicación.

31 Buergethal, Thomas: International Human Rights. West Publishing Co. (Nutshell Series) St. Paul Minnesota, 1990, Pág 186.

32 No debe confundirse la Liga de Estados Arabes con la Conferencia Islámica: los países de la Conferencia Islámica pertenecen a diferentes regiones del mundo y han adoptado en agosto de 1990 una Declaración de los Derechos del Hombre en Islam, aunque poco garantizadora de los derechos humanos, toda vez que los subordina a la "Ley Islámica", cuya interpretación es difusa según quien la realice.

33 Esta Primer Conferencia Arabe sobre Derechos Humanos tuvo lugar en Beirut, Líbano, entre el 2 y el 10 de diciembre de 1968.

34 Para un conocimiento profundo del tratamiento de los derechos humanos en el mundo árabe puede consultarse Al Midani, Mohamed: "La Ligue des Etats Arabes et les Droits de L'Homme", conferencia ofrecida en el Seminario Internacional Libertades, Direitos e Garantías organizado por ELSA de la Universidade Portucalense del 13 al 17 de marzo de 1994 en Porto, portugal.

35 Pongamos como ejemplo la Declaración sobre el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos de las Comunidades Europeas de 15 de abril de 1977, o la Declaración sobre derechos humanos adoptada por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Doce el 21 de julio de 1986.

36 Labayle, H.: "L'effectivité de la protection jurisdictionnelle des particuliers", en Revue francaise de Droit Administratif N 8 (4) julio - agosto 1992, pág 619.

37 Labayle, H.: Op. Cit. pág 633.

38 En este estudio de la protección del individuo y su posibilidad de acción en el marco de la Unión Europea, no hemos abarcado la interesante cuestión referente a la posibilidad de que la Unión Europea como tal pueda ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sugerimos para este tema la lectura de Polakiewicz, Jorge: "Implicacoes jurídicas de adhesao da Comunidade Europeia a Convencao Europeia dos Direitos do

Homem, conferencia ofrecida en el Seminario Internacional Libertades, Direitos e Garantías organizado por ELSA de la Universidade Portucalense del 13 al 17 de marzo de 1994 en Porto, Portugal.

39 La Comisión a la que se refiere el artículo es la Comisión Europea de Derechos Humanos, uno de los dos órganos que crea el Convenio Europeo para la protección de los derechos y libertades fundamentales de los habitantes de los Estados partes del Convenio; el otro es el primer órgano jurisdiccional de protección a los derechos humanos de carácter general y permanente con que ha contado el mundo: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

40 En el sistema Europeo, las demandas interestatales han tenido lugar, a diferencia de la órbita de las Naciones Unidas y del sistema interamericano: como ejemplo podemos citar los casos de Austria contra Italia (demanda 788/60); Chipre contra Turquía (demandas 7780/64 6950/75, acumuladas y demanda 8007/77); Dinamarca, Noruega, Suecia y Holanda contra Grecia (demandas 3321, 3322, 3323 y 3344/67; Dinamarca, Suecia, Noruega, Francia y Holanda contra Turquía, (demandas 9940, 9941, 9942, 9943 y 9944/82); Grecia contra Reino Unido (demandas 176/56 y 299/57); Irlanda contra Reino Unido (demandas 5310/71 y 5451/72, acumuladas).

41 Ver en: Berger, Vincent: "Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'Homme", 3 Edition, Ed. Sirey, Paris 1991. Annexe E pág. 385

42 Ver Carrillo Salcedo, Juan A.: "protección de Derechos Humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales", en Revista de Instituciones Europeas, Vol. 18 N 2, 1991, pág. 437.

43 Esta idea de la eficacia de los derechos frente a terceros o *Drittwirkung* tiene su origen en la jurisprudencia constitucional alemana. En efecto, si bien las violaciones de los derechos se producen en principio directamente por parte de los poderes públicos, también puede reaccionarse contra violaciones que provengan de otros individuos e indirectamente de los poderes públicos que en última instancia no han ofrecido tutela judicial efectiva. Pongamos un ejemplo: imaginemos que un maestro ha sido expulsado de un colegio privado en donde enseña y aquel considera que ha existido violación a su derecho fundamental a la libertad ideológica, acudiendo en consecuencia ante los tribunales. Obviamente, el presunto sujeto infractor no es un poder público sino un colegio privado. En este caso, si ha existido violación, se considera que se ha violado el derecho a la libertad ideológica indirectamente por las instancias jurisdiccionales que no han otorgado protección al maestro en tal sentido, en combinación con el derecho a la tutela judicial efectiva, vulnerado directamente por los tribunales.

44 Caso X et Y contre Pays Bas, en: Berger, Vincent: "Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'Homme". 596 - 604, 3 Edition, Ed. Sirey, Paris 1991.

45 Gomien, Donna: "Short guide to the European Convention on Human Rights, Ed. Council of Europe, Strasbourg, 1991, pág. 113.

46 Caso Marckx contre Belgique, en: Berger, Vincent: "Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'Homme". 529 - 540, 3 Edition, Ed. Sirey, Paris 1991.

47 Tomuschat, Ch.: "Quo Vadis Argentoratum? The succes story of the European Convention on Human Rights", en Human Rights Law Journal, Vol. 13 núm. 11 / 12, 30 de diciembre de 1992, pág. 405

48 El artículo 53 señala: "las Altas Partes Contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte". Y el Artículo 54 dispone: "La sentencia del Tribunal será trasladada al Comité de Ministros, que vigilará su ejecución". Naturalmente, ningún tribunal jurisdiccional posee el poder de policía internacional para hacer cumplir la sentencia; de allí que sean los máximos órganos políticos de cada organización internacional (en América el Consejo Permanente de la OEA y en Europa el Comité de Ministros) los encargados de la vigilancia del cumplimiento de la sentencia por parte del Estado.

49 Los Estados que han firmado hasta junio de 1993 son Bélgica, Chipre, Dinamarca, Estonia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Liechtenstein, Malta, Polonia, Portugal, San Marino, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía. A la misma fecha Austria, la República Checa, Finlandia, Hungría, Luxemburgo, Holanda, Noruega y Eslovaquia lo habían ratificado; según la información proporcionada por Conseil de L'Europe: "Information Sheet N 32, January - June 1993", pág. 2, Strasbourg, 1994.

50 Sobre el análisis particular del artículo 25 del Convenio ver supra los primeros párrafos del punto II.3 A.

51 Flauss, J. F.: "Le droit de recours individuel devant la Cour Européenne des Droits de L'Homme", en *Annuaire Français de Droit International* XXXVI, 1990, pág. 507.

52 El Convenio de Roma ha sido completado a lo largo del tiempo por una serie de protocolos adicionales que le han brindado un mayor alcance y efectividad: el derecho a la propiedad, la educación y al sufragio se garantizan en el primer protocolo; el segundo le da la facultad al Tribunal Europeo de emitir opiniones consultivas; el sexto tiene por objeto la abolición de la pena de muerte, etc.

53 Ver. *Recueil des travaux préparatoires de la Convention*, Vol. IV pág 45.

54 Se trata de la Recomendación N 683/72 de la Asamblea Parlamentaria.

55 Según Flauss, J. F. (op. cit.) para comprender las dificultades de un auténtico derecho de recurso, "...La consagración de un verdadero derecho de recurso comportaba, en efecto, un riesgo de asfixia del Tribunal, o al menos un riesgo de prolongación suplementaria de los plazos de resolución de los casos individuales que, a pesar de los esfuerzos del Tribunal, continúan siendo demasiado importantes y, por consiguiente, poco acordes con la filosofía del 'plazo razonable', en la cual ponen tanto celo las instancias de Estrasburgo".

56 Hay que considerar, en este punto, que la admisibilidad de la demanda es la valla más difícil de superar por parte de un peticionante ante la Comisión. Si es superada esa primera instancia, la demanda cuenta con mucha probabilidad de ser resuelta favorablemente al peticionario.

57 De hecho, ya se ha emprendido la reforma de los mecanismos protectores de los derechos humanos en el Convenio Europeo de 1950. Para un acercamiento a esas innovaciones pueden verse los informes elaborados por el Comité de Expertos para la reforma de los procedimientos de protección de los derechos humanos en el Convenio, así como de las opiniones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de la Comisión y del Tribunal Europeo, en *Human Rights Law Journal*, Vol. 14 núm. 1 / 2, 26 de febrero de 1993, págs. 31 a 49.

58 Para un análisis de esta Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa, puede verse Carrillo Salcedo, J.; Arcos Vargas, M. y Salado Osuna, A.: "La Declaración de Viena de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa"; Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla; 1993.