

**DE LA DECLARACIÓN FUNDAMENTAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS.
ESTUDIO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN EL 50 ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL
DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE DE LA O.N.U.**

Por D. FRANCISCO LANCHO PEDRERA
Abogado

SUMARIO

INTRODUCCIÓN

CONDICIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

GARANTÍAS JURÍDICO-POLÍTICAS

CONDICIONES SOCIALES

CONDICIONES ECONÓMICAS

CONDICIONES CULTURALES

GARANTÍAS EXTRAORDINARIAS

Elementos de la protección de los derechos fundamentales

A) El derecho a la jurisdicción

B) Los requisitos del órgano jurisdiccional

C) El control de la constitucionalidad de las leyes

D) El control de la administración en materia de derechos fundamentales

E) La protección de los derechos fundamentales frente a los particulares

F) La protección de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo

PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

INTRODUCCIÓN

Para poder hablar del problema de la protección de los derechos fundamentales hay antes que tener un concepto claro sobre de donde provienen esos derechos y qué es lo que estamos protegiendo.

Así, hablar de derechos humanos equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad, derechos que le son inherentes, y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, precisamente han de ser consagrados y garantizados por ella¹. Es preciso señalar que el concepto de derechos fundamentales tiene dos significaciones distintas:

- A) Desde una concepción vinculada al iusnaturalismo, se reconoce, en un elevado nivel de abstracción, la existencia de un entramado de derechos que el hombre posee en cuanto a su naturaleza de hombre, es por ello que para hablar de derechos fundamentales hay que partir del supuesto esencial de que el hombre es libre, o como dice Sartre, *el hombre está condenado a ser libre*. Desde esta perspectiva, mas bien filosófica, los derechos fundamentales tiene un carácter ontológico que les independiza de las normas jurídicas en las cuales pueden plasmarse.
- B) Una segunda concepción, digamos positivista, entiende que, aún reconociendo la existencia de unos derechos inmanentes al ser humano, su estudio por parte del jurista sólo puede tener por objeto los derechos reconocidos y protegidos por normas positivas y, que al situarse en un plazo distinto al derecho natural, se denominan libertades públicas.

Tanto desde una concepción como desde otra, los derechos han de ser protegidos por igual, es decir, escogemos una posición dualista, toda vez que aunque los derechos son inherentes a la persona, para su efectiva protección deben ser plasmados en normas positivas, ya que un derecho no reconocido en una norma es más difícil de proteger que uno sí reconocido en un ordenamiento positivo, por lo que el jurista y la sociedad deben luchar para que todos los derechos inherentes al ser humano sean recogidos en normas positivas que faciliten su protección, aunque por el hecho de que no se encuentren reconocidos por un ordenamiento jurídico no es síntoma de que no exista como algo inherente a la persona humana, sino simplemente que no es reconocido por la legislación estatal.

Otro aspecto importante al plantearnos la protección de los derechos fundamentales es el momento histórico en el que surgen en la era moderna, porque

¹ Castán Tobeñas, J. *Los Derechos del Hombre*, Madrid, 1992.

surgen en un momento social y político determinado, y tiene importancia este tema porque anteriormente habían existido una serie de «Declaraciones de Derechos Fundamentales», nunca desde luego al nivel de la aprobada por la O.N.U. en 1948, que podemos decir que es la base en la cual se articulan todos los sistemas de protección de derechos fundamentales actuales, toda vez que, con anterioridad no se habían ideado realmente medios, digamos, más o menos efectivos, para su protección, siendo vulnerados de forma sistemática por numerosos países.

Sin entrar, ni mucho menos, en la evolución histórica de los derechos fundamentales, hemos de decir que la verdadera revalorización e internacionalización de los Derechos Fundamentales se produce después de la Segunda Guerra Mundial ante la necesidad de lograr una seguridad jurídica de orden internacional, debido, sin duda, al temor de que se reprodujera la catástrofe sin precedentes que supuso este conflicto, y de los horrores que se produjeron debido al sistemático desconocimiento y vulneración de los más elementales derechos de la persona por parte de las dictaduras totalitarias, jugando también un papel fundamental la existencia de un marco internacional fuerte, las Naciones Unidas, del cual forman parte una gran mayoría de naciones y, en ese momento, tiene una gran autoridad dado que la forman las naciones vencedoras de la Segunda Guerra Mundial, teniendo gran influencia sobre los Estados, al menos, si lo comparamos con la débil Sociedad de Naciones que la precedió y que fue totalmente ineficaz en su gestión en cuanto a mantenimiento tanto de la paz mundial como en la protección de los derechos inherentes a la persona.

Por ello, finalizada la guerra², cincuenta gobiernos firman en San Francisco la Carta de las Naciones Unidas, con el fin de promover el respeto de los derechos humanos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión. En 1946 se crea la Comisión de Derechos Humanos, que preparó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada y firmada en la 3.ª Sesión de la Asamblea General de la O.N.U. el 10 de diciembre de 1948. En general, se le conceptúa como un documento no obligatorio, con evidente valor moral, pero sin fuerza ejecutiva, a pesar de gozar de una creciente autoridad en el mundo, si bien es cierto que el ideador del proyecto, el premio nóbel Rene Cassin, sostiene que su valor jurídico excede del de una simple recomendación por cuanto que en el art. 56 de la Carta de las Naciones Unidas, los Estado firmantes se comprometen a cooperar entre ellos para el respeto de los derechos humanos.

Sin embargo, la experiencia ya había demostrado que las meras declaraciones de intenciones no tenían una efectividad en cuanto a protección de los derechos fundamentales, la propia Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su Preámbulo nos dice literalmente « Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión», es decir, la propia Declaración intenta darle un sentido for-

² García de Cortázar y Lorenzo Espinosa, *Historia del Mundo Actual (1945-1994)*, Madrid, 1995.

malista y positivista al plasmar esa recopilación de derechos inherentes al hombre en una declaración formal.

Pero el problema que se plantea desde el principio es la autoridad con que se van a imponer esos derechos ante países, colectivos o particulares que los vulneren, dado que la Organización de Naciones Unidas tiene, realmente, a un nivel jurídico, y también práctico, escasa autoridad para imponer a países normas en sus ordenamientos internos, es decir, la eficacia real de la aplicación de los derechos fundamentales.

Michel Dran nos dice «*Las libertades no valen en la practica sino lo que valen sus garantías...*» Es decir, los derechos fundamentales sólo tienen sentido si se pueden ejercer, en caso contrario, nos encontraremos con una declaración de derechos «teórica» o, peor aún, «retórica».

CONDICIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La protección o garantía de los derechos fundamentales son de dos tipos principalmente, que podríamos denominar, por una parte, condiciones económico-sociales, culturales y jurídico-políticas que van a favorecer el ejercicio y la protección de esos derechos fundamentales y, por otra parte, la protección judicial de los derechos fundamentales, toda vez que al positivizar la declaración de derechos fundamentales, nos encontramos que si un derecho de este tipo no puede ser alegado pretendiendo su protección, se puede decir que no existe en la práctica, aunque sea un derecho inherente a la persona y se le deba respetar y proteger por el mero hecho de ser persona³.

Por otro lado, existen las llamadas garantías extraordinarias para la protección de los derechos fundamentales, por una parte, a nivel individual, como el estado de necesidad y la legítima defensa y, por otra parte, a nivel colectivo, como es la revolución, garantías que la propia Declaración de Derechos del Hombre en su Preámbulo, como ya hemos mencionado, reconoce como opción posible. En resumen, para que el hombre no se vea abocado a tener que rebelarse, se ha de crear un sistema jurídico de protección.

Vamos a estudiar estas garantías.

GARANTÍAS JURÍDICO-POLÍTICAS

Para que se produzca esa protección de derechos fundamentales es necesario que existan unas condiciones jurídico-políticas, que a entender de la mayoría de la doctrina, ha de ser una estructura democrática en la cual se reconozca a todos los niveles la eminente dignidad de la persona humana, ya que no olvidemos que el fin último de los derechos fundamentales es conseguir la dignidad de la persona humana. Es decir, hemos de situarnos dentro de un sistema democrático

³ Peces-Barba, G. *Sobre el puesto en la historia de los derechos fundamentales*, Madrid, (1986-1987).

real, toda vez que en regímenes de cualquier otro signo, en regímenes autoritarios, la protección de los derechos fundamentales a nivel nacional no puede nunca ser garantizada, toda vez que el papel predominante del Estado sobre la dignidad de la persona hacen que no existan medios fiables de garantía de los derechos fundamentales, por lo que tendríamos que entrar en la internacionalización del problema, con la superación de la soberanía nacional, con el problema de plantear a nivel jurídico el derecho de injerencia, problema que analizaremos más adelante al tratar sobre la protección internacional y su efectividad.

CONDICIONES SOCIALES

Ya hemos dicho que, a nuestro entender, para que exista un verdadero desarrollo y una auténtica protección de los derechos fundamentales, es necesario que nos encontremos en una sociedad democrática real, de corte occidental en cualquiera de sus vertientes, toda vez que, como históricamente se ha demostrado, en las llamadas «democracias populares» en ningún momento se han protegido los derechos fundamentales de una forma real y efectiva, sino más bien de una forma más bien retórica y simbólica, aunque el hecho de que nos encontremos en un sistema democrático, de corte occidental, con garantía formal de los derechos fundamentales, no garantiza tampoco la verdadera protección de los derechos fundamentales, y el ejemplo puede ser la batalla continua por los derechos civiles de las personas de color y otras etnias en los Estados Unidos de América, no solamente en la década de los sesenta y setenta, sino en la actualidad también, o la igualdad plena y efectiva de la mujer en todos los ámbitos, que aunque se han dado importantísimos pasos, aún no se ha conseguido en nuestras sociedades.

CONDICIONES ECONÓMICAS

También son necesarias unas condiciones económicas, así los autores de corte socialista, como Elías Díaz o Fernando de los Ríos⁴, nos dicen que para que se pueden proteger los derechos fundamentales hace falta un Estado Democrático, y hasta ahí de acuerdo, pero continúan diciendo que este estado democrático de derecho ha de tener una economía socialista, ya que en caso contrario, en una economía de libre mercado, el hombre es un esclavo y que la única oportunidad de hacer al hombre libre es hacer a la economía esclava. No compartimos esta radical opinión, entendiendo que en los sistemas capitalistas se puede proteger perfectamente y, de hecho, se han protegido más que en los sistemas socialistas los derechos fundamentales, debiendo los sistemas económicos buscar el bienestar de los ciudadanos, toda vez que si existe bienestar económico y social, muchos de los derechos fundamentales no serían nunca vulnerados y por tanto su protección, aunque siempre necesaria en el terreno formal y legal, sería una mera garantía a esporádicas y anecdóticas vulneraciones.

⁴ Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1966, hay ediciones posteriores.

CONDICIONES CULTURALES

Imprescindible también son unas condiciones culturales, toda vez que a través de la cultura se protegen los derechos fundamentales y, quizás, sea el mejor sistema de protección de estos derechos, lógicamente apoyados por un sistema jurídico idóneo, ya que un pueblo culto está mucho más cerca de la libertad que un pueblo ignorante, que siempre estará más cerca de la opresión, podemos ver como los sistemas autoritarios no propician la cultura de su pueblo, porque ésta conduce a la libertad, así una ciudadanía culta sabe que tiene unos derechos inherentes a su persona, y puede organizarse para luchar por ellos, o si ya los tiene, puede luchar para no perderlos; frases escuchadas en este país, como «vivan las cadenas» o «lejos de nosotros la funesta manía de pensar» son reliquias de un pasado ya superado.

Estas garantías que hemos visto son, quizás, los mejores sistemas de protección de los derechos fundamentales, porque van a dar lugar a que no se vulneren de forma generalizada esos derechos fundamentales, ya que el contexto creado es propicio a un respeto por éstos.

GARANTÍAS EXTRAORDINARIAS

Las garantías extraordinarias son las que se puedan usar para la defensa de los derechos fundamentales en caso de vulneración manifiesta y como último extremo, agotando cualquier otro medio, y se dividen en individuales y colectivas.

Las individuales son la legítima defensa y el estado de necesidad, entendiendo como legítima defensa la posibilidad de actuar defendiendo la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurren una serie de requisitos como son agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla y falta de provocación suficientemente por parte del defensor, es decir, en caso de agresión a los derechos fundamentales, como por ejemplo la vida, es lícito emplear medios coercitivos, como la violencia, para protegerlos, pero siempre de forma proporcionada a la agresión.

El estado de necesidad, es aquel en el cual una persona, impulsado por un estado de necesidad, y para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, concurriendo además una serie de requisitos, como son que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto y que el afectado por el estado de necesidad no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

La colectiva es el derecho a la rebelión en caso de que por el Estado no se respeten y se reconozcan los derechos fundamentales inherentes a la persona, permitiéndose el uso de la violencia en caso de que la causa sea justa. Lógicamente, el problema se plantea en determinar cuando una causa es justa, decantándose la doctrina que hemos de entender tal causa como justa cuando haya

sido ratificada por la Comunidad Internacional en los Foros Internacionales previstos para tales asuntos, como las Naciones Unidas, la cual, como anteriormente se ha mencionado, en su Declaración de Derechos Fundamentales de 1948 permite la rebelión como último recurso contra la tiranía y la opresión.

Para la protección de los derechos fundamentales, para evitar su vulneración, se han creado unos sistemas de protección legal de esos derechos.

Elementos de la protección de los derechos fundamentales

Estos sistemas de protección se basan principalmente en el control jurisdiccional, aparte de la existencia de otros mecanismos como el del *Ombudsman* sueco, reflejado en España en la figura del defensor del pueblo, aunque la verdadera protección viene dada por el control jurisdiccional de los derechos fundamentales, es decir, solamente cuando un derecho subjetivo fundamental puede ser alegado por su titular ante un tribunal de justicia es posible hablar realmente y en un sentido integral, de protección a éstos. La plenitud de un derecho fundamental está en qué los tribunales de justicia acojan las pretensiones que viene apoyadas en ellos, estamos ante lo que Fix Zamudio llama «El derecho procesal de la libertad».

En este campo se nos presentan diversos problemas como son la existencia del derecho a la jurisdicción, las condiciones o requisitos que debe poseer el órgano jurisdiccional para poder desempeñar esa función protectora, también el control de constitucionalidad de las leyes, el control de la actividad del ejecutivo, la protección de derechos frente a ataques de particulares, así como la protección de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo. Pasemos a verlas más detenidamente.

A) El derecho a la jurisdicción

El derecho a la jurisdicción es un presupuesto necesario para la existencia de una protección judicial de los derechos humanos. Como dice Kelsen⁵ «...*Las libertades que conceden –se refiere a las declaraciones– son derechos en sentido jurídico sólo cuando los súbditos tienen la oportunidad de reclamar frente a los actos del estado por las cuales esas prescripciones constitucionales son violadas y la facultad de hacer que tales actos sean anulados*»

Siguiendo la declaración del profesor Almagro, «Llamamos derecho a la jurisdicción al derecho de carácter medial que permite la defensa jurídica de todos los derechos mediante un proceso garantizado, decidido por un órgano jurisdiccional», por lo que vemos que ese derecho a la jurisdicción requiere una serie de elementos, como:

- A) Una norma de derecho sustantivo en que se apoye el derecho subjetivo fundamental.

⁵ Kelsen, *General Theorie of Law and State*, Cambridge, Massachussets, 1964.

- B) La potestad de iniciar el proceso pretendiendo la defensa de el derecho fundamental que se trate.
- C) Un procedimiento que organice procesalmente el derecho a la jurisdicción con todas las fases probatorias y alegatorias.
- D) Una sentencia que resuelva la pretensión y establezca si está o no fundada y se pronuncie sobre las costas siguiendo el criterio de mala fe, no el del vencimiento.

Y en la ejecución de la sentencia pueden existir dos opciones dependiendo del tipo de procedimiento:

1. Resuelven el caso concreto exclusivamente y sólo tienen por consiguiente, efecto entre las partes.
2. Tienen valor *erga omnes* y suponen la pérdida de validez de la norma o disposición en que se fundamenta la violación del derecho.

B) Los requisitos del órgano jurisdiccional

El órgano jurisdiccional que tramite estos procedimientos ha de ser un órgano formado por unos jueces independientes, inamovibles y autónomos, no dependientes del poder político ni de ningún otro, porque, aunque tengamos unos procedimientos adecuados si nos encontramos con unos órganos jurisdiccionales inadecuados, la protección de esos derechos jamás podría ser garantizada. Por eso, además, es conveniente que sean tribunales ordinarios también los encargados de la protección de los derechos fundamentales y no solamente tribunales especiales o extraordinarios.

C) El control de la constitucionalidad de las leyes

En este terreno es donde más problemas existen para la eficaz protección de los derechos fundamentales. Toda vez que, al encomendar el control de la protección de los derechos fundamentales y por ende, la constitucionalidad de las leyes, a los tribunales, nos encontramos con la diatriba del clásico enfrentamiento entre poderes, y así lo manifestó Jefferson «*El tribunal como instancia suprema de todas las cuestiones constitucionales, significa someternos al despotismo de una oligarquía*» y en tal sentido, también se manifestó Roosevelt ante el rechazo de su política económica en el año 1936. Es decir, estamos ante la vieja polémica de que si un tribunal controla al poder legislativo, ¿quién lo controla a él?, es decir, el viejo dilema, *¿quis custodiat custodes?*, ¿quién controla a los jueces?, ¿si dejando el control de la constitucionalidad en manos de los tribunales, no estamos creando realmente un gobierno irresponsable de los jueces?

Sin embargo, parece pacífica la materia en cuanto a este tema por casi toda la doctrina, al entender que han de ser los tribunales, bien los ordinarios, como en el sistema norteamericano, o bien tribunales extraordinarios de garantías constitucionales, como el modelo europeo continental, los que sean los garan-

tes del control constitucional, no siendo tan pacífica sobre la forma de selección de los miembros de esos tribunales extraordinarios, toda vez que, habitualmente, sus miembros son elegidos por el poder legislativo y el ejecutivo, con la presumible vinculación que puedan tener a la corriente política del momento.

Entendemos, de todos modos, que el control de la constitucionalidad de las leyes sea encargado a tribunales extraordinarios y no a los ordinarios, aunque estos tengan acceso por medio de procedimientos para plantear la constitucionalidad de las leyes a ese tribunal extraordinario de garantías constitucionales, toda vez que el hecho de que los tribunales ordinarios tengan el control de la constitucionalidad de las leyes supondría, aparte de como manifiesta Capelleti, un sistema difuso, un sistema inseguro y problemático, al depender de demasiadas personas la constitucionalidad de una norma.

Pero sí discrepamos del sistema de selección de los miembros de esos tribunales extraordinarios, de esos tribunales constitucionales, abogando por un tribunal extraordinario de garantías, pero que se acceda por el escalafón judicial de la judicatura y no por designación política, toda vez en caso de ser elegido por el poder legislativo y ejecutivo, nos encontramos que los Tribunales Extraordinarios de Garantías Constitucionales se pueden encontrar con sus miembros mediatizados por el origen de su designación, aparte de el poder legislativo y ejecutivo, responsables del nombramiento de los miembros del Tribunal Extraordinario de Garantías Constitucionales, pueden elegir a personas afines a sus tendencias políticas para designarlos para ese cargo.

D) El control de la administración en materia de derechos fundamentales

La ampliación de las funciones del poder ejecutivo, el llamado paso del Estado Legislador al Estado Administrador, ha hecho que cada vez sea más frecuente que la vulneración de derechos fundamentales no venga directamente de las normas que emanan del legislativo, sino de los actos administrativos provenientes de la administración, y desde luego en este caso no hay duda que ha de ser al juez ordinario en principio y posteriormente, si es menester, al tribunal extraordinario de garantías constitucionales los encargados de corregir esa situación de vulneración de esos derechos fundamentales.

Sin embargo, es en este tema donde realmente se encuentra más desprotegido el ciudadano, ya que habitualmente los actos que afecta al ciudadano son actos de escasa cuantía, como multas por infracciones de tráfico, que puedan suponer en su tramitación por parte de la Administración una vulneración de esos derechos fundamentales, pero que dado el excesivo coste y trámite que le supone restaurar esa protección, permite que ese derecho se mantenga vulnerado.

Lo correcto sería crear una serie de mecanismos oficiales de corrección que con la simple denuncia del ciudadano de esa infracción, se pusiera en funcionamiento para la restitución del derecho vulnerado, siendo el perjudicado realmente un sujeto pasivo en tal procedimiento, o ampliar las competencias para tomar iniciativas de este tipo por parte del Ministerio Fiscal.

E) La protección de los derechos fundamentales frente a los particulares

Este es un tema al que históricamente no se le ha dado demasiada importancia, toda vez que se entendía que la vulneración de derechos fundamentales provendría en su mayor parte del Estado.

Sin embargo, tal aseveración no es cierta en la actualidad, y cada vez vemos que han de mejorarse los sistemas de protección sobre la vulneración de derechos que provienen de particulares individualmente o de grupos de particulares, como los grupos de presión.

Entendemos que en la protección de derechos fundamentales procedentes de actos cometidos por particulares se ha potenciado la protección penal, es decir, cualquier vulneración de un derecho fundamental ha de ser calificada como ilícito penal, bien en su versión de delito o la más suave de falta, dada la importancia que estos derechos tienen en el desarrollo de la persona y la sociedad.

F) La protección de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo

Los recursos de amparo tienen como función la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos, permitiendo el acceso de estos a los tribunales extraordinarios de garantías constitucionales si han sido vulnerados sus derechos fundamentales⁶.

Quizás su crítica sea que deberían ser más accesibles al ciudadano y no obligarle a pasar necesariamente por la jurisdicción ordinaria previamente, como ocurre en la mayoría de los sistemas que tienen este tipo de protección, pudiendo personarse directamente ante el tribunal de garantías en caso de que se haya vulnerado un derecho fundamental básico, toda vez que al obligar a pasar previamente por la jurisdicción ordinaria antes de poder acudir al Tribunal de Garantías Extraordinarias, puede que esa situación de vulneración del derecho fundamental ya sea totalmente imposible de corregir, con lo cual se ha perpetuado esta anómala situación.

PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La protección procesal de los derechos humanos, reconocidos en las cartas constitucionales, es una de las primordiales tareas jurídicas de todo Estado que se instrumenta al servicio de la democracia, ya que de nada sirve una declaración de derechos si no se arbitran medios para su protección.

Vamos a analizar, en primer término, a la protección en el ámbito internacional, concretamente en las Naciones Unidas y, posteriormente, a nivel europeo, nuestro entorno más cercano, para terminar el capítulo con la protección específica de los derechos fundamentales en nuestro país.

⁶ Sobre el recurso de amparo, *vid.*, Oliver Araujo, *El recurso de amparo*, Madrid, 1988.

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA ORGANIZACIÓN
DE LAS NACIONES UNIDAS

El apartado 7.º del art. 2.º de la Carta de las Naciones Unidas, establece que «Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados ni obligará a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos establecidos en la presente carta».

Ya se ha señalado que la Declaración Universal de las Naciones Unidas no tiene sino valor moral⁷. Pues bien, todos los intentos de intervención, en los casos de violación de derechos fundamentales, reconocidos en la declaración de 1948, se han encontrado con la dificultad del apartado 7.º del art. 2.º de la Carta de Naciones Unidas, y que representa la desconfianza de los Estados y, consiguientemente, su oposición a ceder en su soberanía para garantizar los derechos fundamentales. Ahora bien, esto no supone negar importancia a la declaración de 1948, ya que la tiene y mucho en cuanto representa, a nivel doctrinal, el acuerdo práctico de toda la humanidad en materia de derechos fundamentales. Pero garantizar prácticamente a los derechos sigue siendo un espíritu sin fuerza.

Pese a lo que se ha señalado, las Naciones Unidas⁸ han pretendido dar pasos para asegurar, promover y garantizar los derechos fundamentales, mediante, entre otras medidas, análisis teóricos y estudios promovidos por la Comisión de Derechos Humanos al objeto de conocer la observancia y respeto de los mismos en un determinado país. Así, en unos casos fueron comités «ad hoc» de cuatro miembros Estados de la O.N.U. para estudiar el derecho a no ser arbitrariamente detenido, encarcelado o exilado; en otros casos fueron comités de expertos que sólo actuaban a título personal, sobre la esclavitud, y, finalmente, en otros casos fue un ponente individual encargado del estudio en el derecho a la información. También se han solicitado estudios a organismos especializados, tales como la O.I.T. y la U.N.E.S.C.O.

Hay que hacer referencia a los servicios técnicos dependientes de la Secretaría General de la O.N.U., a partir de 1955, que están a disposición de los Estados en materia de derechos fundamentales, y finalmente a los informes periódicos sobre la protección de los derechos humanos, realizados desde 1956, por los Estados a la Secretaría General de la O.N.U., informes que deben realizarse cada tres años exponiendo la evolución y los progresos realizados en el terrenos de los derechos fundamentales.

La O.N.U. estableció dos pactos, Civiles y Políticos, por una parte, y Económicos, Sociales y Culturales, por otra parte, para introducir como fuentes del derecho internacional a nivel universal el «derecho» de los derechos fundamen-

⁷ Vasak y otros, *Las dimensiones internacionales de los Derechos Humanos*, Barcelona, 1984.

⁸ Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Madrid, 1994.

tales. Estos documentos son el Pacto Internacional relativo a los Derechos Civiles y Políticos, el 23 de marzo de 1976, y el Pacto Internacional relativo a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 3 de enero de ese mismo año.

En el procedimiento de protección de los derechos civiles y políticos, se prevén organismos, como el Comité de Derechos Humanos y las Comisiones Especiales de Conciliación, para resolver los conflictos que se planteen por los estados que hayan aceptado la competencia del comité.

Sin embargo, como prueba de la enorme dificultad que tiene hoy todavía una protección internacional de los derechos fundamentales, el art. 41 del pacto relativo a los Derechos Civiles y Políticos, que prevé la competencia del Comité para examinar las denuncias de un Estado sobre violaciones por otro Estado de los derechos reconocidos en el pacto, no ha podido entrar en vigor porque sólo lo han aceptado los cuatro países escandinavos.

En la actualidad, y tras la Conferencia Diplomática de Países Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, efectuada en Roma en los meses de junio y julio de 1998⁹, se está intentando poner en funcionamiento el llamado Tribunal Penal Internacional, cuya función va a ser la de juzgar crímenes como el genocidio, contra la humanidad, crímenes de guerra, crímenes contra personal de la Naciones Unidas y asociados, o crímenes de agresión entre Estados, entre otros. Sin embargo, este Tribunal, en la actualidad, está encontrando muchas dificultades para su puesta en funcionamiento, toda vez que países importantes en la estructura de las Naciones Unidas, como los Estados Unidos, no lo están apoyando.

Realmente, la puesta en marcha de dicho Tribunal, con autentico poder para imponer sanciones tanto a Estados como a particulares, en caso de que se comentan los delitos para los que es competente, sería un gran avance en la protección y respeto a los Derechos Fundamentales, y tenemos como precedente el Tribunal Internacional Penal para la ex-Yugoslavia o el creado para Ruanda, que han juzgado y condenado delitos que atentaban a los derechos fundamentales, como el genocidio o crímenes contra la Humanidad, producidos en ambos conflictos. Pero son Tribunales de ámbito regional y creados para conflictos concretos, siendo necesario un Tribunal Internacional Penal de ámbito mundial.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Con la entrada en vigor del Protocolo n.º 11 el día 1 noviembre de 1998, ha desaparecido el filtro que suponía la Comisión Europea de Derechos humanos, a partir de la fecha reseñada, los procedimientos se van a presentar directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Hasta ahora la Comisión Europea de Derechos Humanos actuaba de filtro y retrasaba el acceso al Tribunal, a partir de la entrada en vigor del Protocolo n.º 11, las demandas, dirigidas directamente al Tribunal, serán admitidas ya al Tribunal por tres de sus cuarenta jue-

⁹ Sobre este tribunal es de notable interés la página de Naciones Unidas en internet. www.un.org.

ces. Después, una Sala del Tribunal formada por siete jueces, decidirá sobre la cuestión litigiosa. Es decir, es el propio Tribunal quien se encarga de admitir o no las demandas formuladas, dejando esas funciones la Comisión.

Otro de las variaciones que ha supuesto la entrada en vigor del Protocolo, es que hasta ahora, quienes consideran vulnerados sus derechos fundamentales, si los jueces de su país no le protegían, podían recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y, tras la sentencia recaída, «sólo cabe el recurso a Dios», como se decía en la jerga del Tribunal, es decir, no había ningún otro recurso, ahora, en casos excepcionales, las sentencias dictadas por las salas normales, podrá ser revisada por el propio Tribunal formado en Sala especial formada por diecisiete jueces.

En lo referente a la ejecutoriedad de las sentencias del Tribunal¹⁰, nos encontramos con todos los problemas que en el plano internacional surgen de la delegación de soberanía, de tal forma que las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no tienen un efecto directo de ejecución en los diferentes sistemas jurídicos de los países signatarios. Por ello, no nos encontramos ante una instancia última de carácter supranacional que sirva para corregir o anular las decisiones de los tribunales nacionales si el Tribunal Europeo declara una determinada violación, lo que además vendría a complicar el tema con cuestiones como la firmeza de las resoluciones dictadas por los órganos del Estado. Ello va a determinar que en última instancia la ejecución descansa en el propio Estado infractor, que va a decidir cuándo y cómo lo hace.

La violación del Convenio puede producirse, ya sea por la existencia de normas jurídicas contrarias al propio convenio, (asunto de F. contra Suiza por imposibilidad de contraer matrimonio durante un tiempo por el cónyuge declarado culpable en la separación); bien de actos administrativos que vulneren lo establecido en el mismo (violación del derecho a un tribunal imparcial en la composición de una autoridad regional sobre transacciones inmobiliarias), o desde el ámbito judicial con actos que vulneren los derechos reconocidos a los ciudadanos (vulneración de imparcialidad en un tribunal compuesto por magistrados que conocieron sobre la prisión provisional).

En el ámbito legislativo o administrativo, la ejecución plantea menos problemas que en el judicial. En principio, basta con la voluntad del gobierno instando al Parlamento para el cambio legislativo, y en el administrativo el propio poder ejecutivo posee mecanismos de control suficientes para hacer cesar la violación, cuando realmente exista tal voluntad. No ocurre lo mismo, sin embargo, cuando el Tribunal Europeo de Derechos humanos declara una violación producida en el ámbito jurisdiccional, y ello porque, como he señalado, no estamos en presencia de una última instancia supranacional. El problema esbozado adquiere su mayor virtualidad ante la constatación de violaciones de derechos

¹⁰ Díez De Velasco, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1994.

de acusados o condenados con privación de libertad, cumplida o no, emanada de órganos jurisdiccionales competentes, porque aquí es donde el sistema presenta mayores lagunas derivadas del hecho de que los propios Estados carecen de mecanismos de revisión jurisdiccional, por lo que al ciudadano, una vez que el Estado informe de la imposibilidad de ejecución por oposición a su derecho interno, sólo le queda la posibilidad de reparación pecuniaria, lo que al fin y al cabo, conlleva la quiebra del sistema.

Lo deseable¹¹ para la formación y funcionamiento de una verdadera comunidad internacional presidida por el respeto al imperio del derecho y el respeto de los derechos y libertades fundamentales sería la unificación legislativa que deberían afrontar los propios estados contratantes. De no ser así, las garantías quedan en manos de los propios infractores y del grado de obligatoriedad internacional que quieran asumir.

Las soluciones en concreto han sido muy diversas. La más evolutiva, asumida por países como Luxemburgo, Noruega y Malta, ha sido la de modificar sus respectivas legislaciones para asegurar la eficacia de las resoluciones para asegurar la eficacia de las resoluciones del Tribunal Europeo con motivo de revisión de sentencias firmes en tanto declaren la existencia de una violación.

La mayoría de los contratantes, por el contrario, no han instituido mecanismos generales de aplicación de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, optando por soluciones concretas y específicas, y permitiendo la revisión sólo de forma excepcional, como Austria y Bélgica y, en Italia y Austria, en alguna ocasión, se han aplicado concretas medidas de gracia en caso de violaciones declaradas. Estas soluciones vienen a ratificar la voluntad de los Estados de someterse al Tribunal, pero no han servido a la finalidad unificadora, en tanto que, interpretadas a sensu contrario, no han venido más que a ratificar la santidad de la cosa juzgada en los respectivos Estados, independientemente de carecer de carácter de solución general a los problemas.

En lo que respecta a España, tras el llamado «caso Bulto», sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 1988, en el asunto «Barbera, Jabardo y Messegue», nuestra jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentencia de 4 de abril de 1990 y del Tribunal Constitucional, de 16 de diciembre de 1991, ha estudiado diversas soluciones a la problemática planteada. En principio, lo anteriormente expuesto es de rigurosa aplicación a la problemática que en nuestro país plantea la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es decir, poseen un carácter meramente declarativo. De esta manera, corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los supuestos, las garantías para el cumplimiento del Tratado y de las decisiones que emanan de sus órganos. De *lege ferenda*, tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional, lo que están proponiendo es que se elabore una Ley Orgánica que reconozca los efectos generales de las sentencias del Tribunal Europeo. Para ello

¹¹ Pérez Luño, A.E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984.

propugnan el establecer como motivo del recurso extraordinario de revisión las resoluciones firmes de la Corte que declaren alguna violación de los derechos humanos recogidos en el Convenio de Roma.

Una segunda solución, como ha propuesto la profesora Salado, es la reforma del recurso de nulidad, incluyendo entre los motivos del mismo, la existencia de una sentencia del Tribunal Europeo que declare la vulneración de un derecho fundamental, estableciendo, asimismo, un procedimiento especial que constate dicha nulidad.

Junto a estas soluciones de futuro, se han planteado otras soluciones, no ya al amparo de reformas probables o deseables, sino como soluciones materiales frente a los eventuales problemas. Frente a la postura restrictiva del Tribunal Supremo en la sentencia aludida, compartida además con el voto particular del magistrado Gimeno Sendra, que entienden imposible, jurídicamente, la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que el art. 117.3.º de la Constitución establece que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados en las leyes», sin posibilidad de introducción de una instancia jurídica internacional superior, y sin que venga atribuida al Tribunal Constitucional la posibilidad de ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo, lo cierto es que el Tribunal Constitucional, en la sentencia referida, viene a abrir una vía para la aplicabilidad, aun indirecta, de las decisiones del Tribunal Europeo, a través del recurso de amparo. Así reconoce, en primer término, que la declaración del Tribunal de Estrasburgo ha de deducirse como efecto indirecto una vulneración del art. 24.2 de la Constitución. En segundo término, y esto es lo más importante, señala que constatada esta vulneración, si persistieren los efectos de la misma, corresponde al Tribunal Constitucional, en la medida en que los demandantes no hayan obtenido una reparación adecuada, repararlo, siempre que la pretensión que se deduzca tenga encaje en el recurso de amparo.

LA SITUACIÓN EN ESPAÑA

La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en España se da por dos vías, por la vía de los tribunales ordinarios de justicia y por la vía del Tribunal Constitucional, aparte de otras vías, vamos a ver someramente tales mecanismos, toda vez que lógicamente, no son realmente objeto de este estudio.

El art. 53 de la constitución en su n.º 2 establece que «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el art. 14 y la sección primera del capítulo II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad», y esta protección se realiza a través de la Ley 62/1978 de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona¹², así como en la en

¹² Cano Maya, *Comentarios a Ley 62/1978*, Madrid, 1985.

la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su título V, capítulo I, arts. 114 a 122, que introduce un nuevo procedimiento en materia de protección de derechos fundamentales aunque sólo a nivel contencioso-administrativo, y que entra en vigor en diciembre de 1998.

La Ley 62/1978 de 26 de diciembre nos regula tres procedimientos de protección, civil, penal, y contencioso-administrativo, aunque este último, como se ha dicho anteriormente, será sustituido en diciembre de 1998 por el estipulado en la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Se plasman tres vías de acceso al tribunal constitucional, el recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de constitucionalidad y el recurso de amparo.

De esas tres vías, sólo el recurso de amparo permite al ciudadano acceder al Tribunal Constitucional, y eso siempre y cuando se cumplan una serie de requisitos.

La situación de los derechos fundamentales¹³ en España no es excesivamente precaria, así vemos como España ha sido condenada, como se ha dicho anteriormente, por el Tribunal Europeo de Derechos humanos en once ocasiones, sobre 1.163 demandas presentadas, viendo como países como Bélgica han sido condenados 24 ocasiones sobre 1.873 demandas presentadas, o Grecia que ha sido condenada en 26 ocasiones sobre 515 demandas presentadas. Digamos que España se encuentra al nivel de protección de los Derechos Fundamentales de los países de nuestro entorno europeo, y eso queda probado por el hechos ya manifestado anteriormente, que de las once condenas recaídas por el Tribunal Europeo condenando a España, ocho lo han sido por irregularidades o retrasos judiciales, tales como dilaciones indebidas (Caso Sanders, 1989) o rigurosidad en los plazos procesales que producen indefensión (caso Pérez de Rada, 1998).

Sin embargo, y en cuanto a conclusión, hemos de criticar en algunos aspectos la protección de los derechos fundamentales en España a nivel jurisdiccional, toda vez que el procedimiento marcado en la Ley 62/1978 se ha demostrado ineficaz, no siendo mejorado por la Ley 29/1998, ya que el principio de sumariedad, en cuanto a rapidez, que preconocida el art. 53 de la Constitución, no se lleva acabo dado que, por ejemplo en materia civil, se usa el procedimiento de incidentes, siendo más aconsejable usar otro del tipo de los verbales, dada su rapidez y simplicidad.

¹³ Artículo publicado en el diario *El País* el pasado 1 de noviembre de 1998.