

## El poder administrativo en la jurisprudencia de la Corte Europea de los derechos del hombre

POR FRANCESCO MANGANARO (\*) (\*\*)

**Sumario: I. Prefacio. — II. Derecho y poder en la Convención de los derechos del Hombre. — III. La garantía de los derechos entre Cortes de multinivel. — IV. La eficacia de la Convención en los ordenamientos nacionales. — V. La jurisprudencia de la Corte de los derechos. — VI. La garantía del orden público y el derecho a la vida. — VII. Seguridad interna/internacional y tratos degradantes. — VIII. Tratos inhumanos y derecho de asilo. — IX. El proceso justo como límite sustancial al poder administrativo. — X. Libertad de asociación y derechos políticos. — XI. La tutela de la propiedad privada. — XII. La *puissance publique* en la jurisprudencia de la Corte de Justicia. — XIII. Los límites puestos al Poder administrativo por la Corte de los derechos.**

I. Es actualmente indispensable un análisis de la jurisprudencia de la Corte europea de los derechos de hombre, en una reflexión sobre el poder administrativo y sobre las relaciones entre política y administración. En efecto, ya ha sido superada definitivamente esa fase de escepticismo que subvaluaba el efecto de la Convención de los derechos del hombre sobre el ordenamiento administrativo nacional, con la suposición de que el objeto de la tutela estaría constituido por libertades negativas, ya ampliamente reguladas por el dictado constitucional. (1)

Ciertamente, la posibilidad de recurrir directamente a la Corte de Estrasburgo por parte de los ciudadanos y el refuerzo de los medios de ejecución de sus sentencias, constituyen elementos que tienden a configurar a la Corte como uno de los protagonistas de los acontecimientos jurídicos de los

---

(\*) Informe de las Jornadas de estudio sobre la justicia administrativa dedicadas a E. Cannada Bertoli, La tutela giurisdizionale nei confronti del potere amministrativo e “le ragioni” dell’interesse pubblico, Siena, Certosa di Pontignano, 12-13 junio 2009. Agradezco a Fabrizio Fracchia y a Giacinto della Cananea por sus observaciones.

(\*\*) Profesor Ordinario de Derecho Administrativo desde el año 2001. En la actualidad enseña Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo en la Universidad Mediterránea de Reggio Calabria de la cual es, además, componente del Senato Accademico. Integra el Comitato ordinatore de la Universidad para extranjeros Dante Alighieri de Reggio Calabria. Es docente de Derecho Administrativo en la Scuola para las profesiones legales de la misma Universidad Mediterránea, y responsable científico del Master de Segundo Nivel Management de los Entes locales y Gobierno de la Región y de los Entes locales. Es componente del Colegio de Docentes del Doctorado de Investigación europeo en Derecho Administrativo con sede en Catania y del Doctorado de Investigación en Derecho Administrativo de la Lum Jean Monnet de Bari. Ha desarrollado actividad de enseñanza en varias universidades italianas y en la Universidad de Paris Sorbone y de Santiago de Compostela. Ha sido componente del Consejo Directivo de la Asociación Italiana de Profesores de Derecho Administrativo y forma parte de los comités organizadores de las Asociaciones de Profesores de Derecho Administrativo Italo-Argentina e Italo-Francesa. Evaluador del Ministerio de Instrucción y de la Universidad, de los programas de investigación nacionales; evaluador de la Agencia Nacional de evaluación de la investigación del mismo Ministerio. Ha obtenido la aprobación de los programas de investigación universitaria del MIUR, de cuyas publicaciones es responsable científico. Responsable científico con los profesores Fabrizio Fracchia (Universidad Bocconi de Milán) y Gianfranco Cartei (Universidad de Florencia) de la colección editorial Percorsi di Diritto amministrativo y componente del Comitato científico de diversas revistas, entre ellas, Diritto Amministrativo e Diritto e processo amministrativo. Ha publicado más de cien trabajos entre monografías y artículos sobre varios temas de derecho administrativo sustancial y procesal, entes locales y derechos de la ciudadanía.

(1) Ya en este sentido, G. Greco, La convenzione europea per i diritti dell’uomo e il diritto amministrativo in Italia, en: Riv.it.dir.pubbl.comunit., 2000, p. 25 y ss.

estados adheridos a la Convención, con influencia relevante sobre el poder de las administraciones públicas. (2)

Por eso es oportuno proponer algunas reflexiones introductorias sobre la así llamada tutela de multinivel de los derechos humanos, en conexión con los límites al poder administrativo, analizando después los casos concretos tratados por la jurisprudencia para formular finalmente algunas observaciones generales.

Hay que precisar primeramente que la articulación del programa de este Congreso me exime de tener que afrontar *funditus* el problema de la definición/individuación del poder administrativo y de sus relaciones con las situaciones jurídicas subjetivas, dando por descontado que se trata de una fuerza atribuida por la Constitución y por la ley a las administraciones públicas para la realización en concreto del interés público.

Tal sucinta afirmación no nos dispensa de tratar algunos perfiles relativos al poder y al poder administrativo en particular, así como aparecerá en distintas partes del presente trabajo.

II. Ante todo, en estas reflexiones de apertura, trataré de indicar algunos elementos del contexto que vuelven peculiar la jurisdicción de la Corte de los derechos respecto de todas las otras jurisdicciones, con la consecuencia de que también aparece como particular la modalidad de interferencia entre las sentencias de este juez y el poder administrativo de los Estados nacionales.

La primera especificidad significativa se remonta al origen histórico de la Convención. Como es sabido, la Convención europea de los derechos del hombre toma cuerpo en los años '50 después de las destrucciones debidas a la segunda guerra mundial. Los suscriptores de la Convención tienen la certeza de que los derechos positivos de los Estados nacionales no han podido impedir el advenimiento de los regímenes totalitarios en Europa, es más, se habían impuesto en medio del respeto formal de la legalidad constitucional.

Acompañando la Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano, también se redacta la CEDU, con la certeza de la necesidad de una fuente normativa supranacional que sea capaz de tutelar los derechos humanos más allá de la tutela ya existente (pero insuficiente) en los Estados nacionales: en un cierto sentido, la CEDU nace "contra" los Estados nacionales, considerados incapaces de tutelar los derechos humanos.

Es obvio que este posible conflicto propone la cuestión no resuelta de la preponderancia entre derecho y poder, siendo objeto continuo de debate si es el derecho que regula al poder o el poder que condiciona al derecho.

Se presenta en toda su fuerza el binomio *auctoritas/potestas* que atraviesa el pensamiento político institucional de occidente. Si la *auctoritas* representa "un depósito de sentido y valor, radicado en la tradición, que excede al poder como mera fuerza impositiva", la *potestas*, que deriva del pueblo, en cambio "es una función o deber determinado de cuya completa realización se es titular y responsable a través de instrumentos de mando". (3) La *auctoritas* es por ende menos que un poder pero al mismo tiempo mucho más porque es la autoridad que legitima decisiones fundamentales. En algunos casos, *auctoritas* y *potestas* se identifican, como en el caso del príncipe, del monarca absoluto, del pontífice medieval.

El poder en la era moderna tiende a renegar de la *auctoritas* justificándose sólo por la propia eficacia. Por ello las teorías modernas sobre la soberanía carecen del contenido de los mandatos y se

(2) Sobre la Convención en general, en la vasta y reciente producción: B.Nascimbene (curador), La convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano, Milano, 2002; AA.VV. I diritti fondamentali in Europa, Milano, 2002; RUSSO, C. - QUAINI, P. M., La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, Milano, 2006; PINESCHI, L., La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi, Milano, 2006.

(3) La eficaz síntesis es de G.Preterossi, Potere, Bari, 2007, X.

fundan sobre la legitimidad procesal, por lo que la soberanía se legitima en el respeto de las formas procesales más que por el contenido de las decisiones. La secularización de la política que así se obtiene no es nunca absoluta del todo porque -como demuestra Carl Schmitt- se necesita en última instancia un pretexto metajurídico del poder. Permanece inmutable el binomio weberiano poder de hecho-poder legítimo que ni siquiera la síntesis obrada en el concepto de “poder jurídico” resuelve definitivamente, en cuanto la misma reflexión kelseniana construye un poder fundado sobre el poder, en cuanto la norma fundamental que prescribe la obediencia al legislador es siempre expresión de un poder.

En las ideas liberales originarias del derecho público como limitación del poder (Locke), la teoría de la división (del poder) se convierte en un modo de limitar su fuerza, pero la revolución francesa presenta un nuevo modelo donde el poder se legitima desde abajo por parte de la neonata “sociedad civil”. La deriva jacobina de la revolución explica su fragilidad intrínseca de modo que -como explica Hegel- el poder, también el institucionalizado, conserva un margen de decisión política fundamental. La resolución jurídica del conflicto social no es más posible en los Estados pluriclase (Giannini) y las tensiones pueden inducir -como en los primeros años del 1900 en Europa- a derivas plebiscitarias-totalitarias. La posible solución, ofrecida por las democracias constitucionales, consiste en anclar el poder a contenidos fundamentales cristalizados en las Constituciones. De este modo se neutralizaría el conflicto en una ponderación entre derechos fundamentales normativizados. El revés de la medalla de tal solución es que los conflictos y los balances se dejan cada vez más a la interpretación judicial, determinando “una tensión estructural entre politización de los procesos y justificación de lo ‘político’” (4), aún perceptible también en nuestro ordenamiento.

El poder es intrínsecamente una fuerza, que aunque reglamentada, está en riesgo de desbordar: es el orden de la convivencia pero al mismo tiempo, fundamento de la supremacía y del atropello.

Se trata por eso de mitigar el fundamento irracional intrínseco del poder a través de su institucionalización mediante el derecho. En el Estado de derecho decimonónico el poder de origen político se transforma en legítimo solo porque actúa sobre la base de delegar según formalidades reguladas por las normas. Y todavía, al pan-normativismo kelseniano, Bobbio objeta que “el poder sin derecho es ciego, pero el derecho sin poder está vacío”.

La teoría global actual concilia el poder con un concepto de *governance* donde el poder está en todas partes: éste es un modo con el que se esconde otro modo más profundo de ser del poder, que no encontrando en el sistema global una juridicidad, no se somete ni siquiera al límite formal establecido por los Estados constitucionales.

Por lo tanto, las Declaraciones de los derechos humanos, originariamente típicas de las revoluciones burguesas, se transforman en un modo -de todas formas inestable- de juridificación del conflicto social a nivel global, sustituto de un inexistente orden político mundial.

**III.** El límite -como ya advertimos- de la última solución está justo en la juridificación de los derechos y en un balance de los mismos, atribuido al intérprete judicial.

Por ello, la primera peculiaridad que se quiere señalar -en el ámbito de una investigación nacional que se interroga sobre el poder- es la nueva y diferente legitimación del poder que hoy se institucionaliza a nivel global, en algunos tratados internacionales confiados a las Cortes más que a un legislador inexistente.

El pasaje de un espacio jurídico global a un orden jurídico global fundado sobre las relaciones entre las Cortes presenta numerosos problemas, pero también algunas ventajas innegables, como lo demuestra además la articulación de este Convenio, que se cuestiona sobre el poder administrativo examinando los varios niveles posibles de jurisdicción. La principal ventaja es que “la alternativa a la formación de un orden jurídico global a través de la obra de los jueces, es aquella del desarrollo de

(4) *Ibidem*, XXI.

poderosas órdenes organizadas jerárquicamente en un sistema similar al de los imperios". (5) Se crea así un derecho unitario pero no uniforme (6), donde las reglas nacionales mantienen su autonomía con el mismo objetivo de garantía de los derechos.

El principal peligro consiste, al contrario, en la posibilidad de que en una relación entre las Cortes así ordenadas surjan conflictos interpretativos no solucionables por un juez jerárquicamente ordenado. (7) En algunos casos el conflicto está atenuado, como cuando el art. 52, inciso 3 de la Carta de Niza introduce la cláusula horizontal según la cual, donde la Carta prevea derechos correspondientes a los de la Convención, su significado y su alcance son iguales a los conferidos por la Convención misma. (8)

Si bien el problema del conflicto entre las Cortes no debe ser infravalorado (9), puede transformarse en recurso en el sentido de que los estudios más recientes señalan la pluralidad de las Cortes como el mejor modo de tutelar los derechos fundamentales. En efecto, la multiplicidad de las Cortes impide que una sola de ellas pueda jerárquicamente establecer "el" contenido esencial del derecho, estando obligadas en cambio, a una continua confrontación dialéctica con lo que el derecho se afina o se limita con una marcha irregular pero siempre susceptible de mostrar nuevas soluciones, bien sabiendo que cualquier pronunciamiento no será nunca definitivo y siempre objeto de comparación con las demás Cortes. (10)

Obviamente este perfil incide profundamente sobre el mismísimo principio de legalidad, que se transformaría en un principio de legalidad de las Cortes más que del legislador.

IV. La segunda peculiaridad de la Convención -extraída de las famosas sentencias número 348 y 349 del 2007 de la Corte constitucional- es la manera en que las sentencias de la Corte de los derechos tienen efectos en los ordenamientos nacionales, teniendo en cuenta la atípica naturaleza de tratado internacional, que atribuye a una específica Corte (la Corte de los derechos) el poder de interpretar la Convención misma, resolviendo las cuestiones jurisdiccionales que se presentan. Y esta peculiaridad es aún más relevante cuando se considera que -como afirmó la Corte constitucional- la Convención no crea un nuevo ordenamiento jurídico, por lo que subsisten normas y jurisdicciones, pero no una legitimación popular de los órganos políticos.

En España, el art. 10.2 de la Constitución, prevé que las normas constitucionales sobre los derechos se interpreten según los tratados internacionales sobre los derechos humanos. Más compleja la situación en Francia donde también la Convención tiene un rol super-legislativo pero donde la resistencia

(5) CASSESE, S., La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale, in Riv.trim.dir pubbl., 2007, 614.

(6) TORCHIA, L., Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo. Bologna, 2006.

(7) SPADARO, A., Una (sola) Corte per l'Europa, en AA.VV. La Corte costituzionale e le Corti d'Europa (curado por P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura) Torino, 2003, 555, juzga veleidoso la tentativa de racionalizar la relación entre las Cortes coordinando sus funciones hermenéuticas.

(8) SCIARABBA, V., Tra fonti e Corti. Diritto e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali, Padova, 2008, 167.

(9) El problema se plantea en todos los órdenes nacionales de los Estados adherentes a la Convención. J.P. Jacqué, Droit Constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charter des Nations Unies. L'instabilité des rapports de Systeme entre orders juridiques, en Revue Française de droit Constitutionnel, 2007, 3ss.

(10) CARTABIA, M., "Unità nella diversità": il rapporto fra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali, en: Giornata di Studio in Ricordo di Alberto Predieri, Sul trattato che istituisce una Costituzione per l'UE, Firenze, 18 febrero 2005; FERRARO, A., Recenti sviluppi in tema di tutela dei diritti fondamentali, tra illegittima espropriazione della funzione propria della CEDU ed irragionevole durata di uno scontro giudiziario, en: Riv.it.dir.pubbl.com., 2008, 651ss.; PANZERA, C., Il bello dell'essere diversi. Corte costituzionale e Corti europee ad uan svolta, en: Riv. trim.dir.pubbl., 2009, 1ss.

del *Conseil constitutionnel* se supera por la desaplicación de los jueces. Más limitada es la influencia en el sistema alemán, que atribuye a la Convención un rol legislativo, aunque algunos de sus principios se utilizan como criterios interpretativos en el Tribunal constitucional alemán. (11)

La posibilidad de recurrir a título individual a la Corte, previsto por el protocolo número 11 de 1998, refuerza el poder de “creación” judicial de los derechos, si bien en ausencia de contrapesos debido a la presencia de órganos políticos representativos. En sustancia, el ciudadano no participa de una democracia representativa que -según el esquema tradicional- legitima la norma, sino que tiene acción directa para la tutela de las propias situaciones jurídicas subjetivas.

Preguntarse cuáles son los límites al poder administrativo puestos por el juez de la CEDU es por lo tanto una cuestión compleja respecto de la misma pregunta en relación a los jueces nacionales y hasta del juez europeo, ambos insertados en ordenamientos donde aún subsiste, con las complejidades anotadas, el circuito política-derecho, creando un contrapeso entre legitimación popular y fuerza coactiva atribuida por la ley a las administraciones.

En el sistema de la CEDU esta relación no existe, de modo que la interpretación de la Corte de los derechos no solo no encuentra un contrapeso real en la existencia de un legislador legitimado por el voto popular, sino tampoco una administración destinataria de sus pronunciamientos, o mejor dicho, el poder administrativo destinatario de los pronunciamientos jurisdiccionales no es aquél del mismo ordenamiento que la Corte sino el de las administraciones nacionales de los Países adherentes a la Convención. Pero las sentencias de la Corte se dirigen a las administraciones nacionales a través de la interposición de las Constituciones y de las leyes nacionales, en la interpretación dada por las Cortes constitucionales individuales con pocas interferencias y superposiciones/contrastes, como demuestra el conocido acontecimiento de las sentencias número 348 y 349 de 2007 de la Corte constitucional.

Como es notorio la solución de compromiso adoptada respeta las prerrogativas de la Corte de los derechos como única intérprete de la Convención, pero reserva a la Corte constitucional un juicio de compatibilidad entre tal interpretación y nuestra Carta constitucional.

Tal solución en consecuencia impide la desaplicación por parte del juez de la norma interna considerada no conforme a la interpretación de la Corte de Estrasburgo y además ya antes de las sentencias de la Corte constitucional se había observado que la fuerza de autoridad de cosa *interpretata* no habría podido impedir al juez interno desaplicar de hecho la norma contraria a la Convención a través de una interpretación conforme a la Convención. (12)

V. El análisis de la jurisprudencia de la Corte puede ser efectuado de modo útil examinando algunas tendencias surgidas recientemente con respecto a las libertades positivas o negativas, o sea, las relaciones entre las administraciones y los ciudadanos. (13)

---

(11) MONTANARI, L., *Le tecniche di adattamento della CEDU come strumento di garanzia dei diritti: un'analisi comparata delle soluzioni adottate negli ordinamenti nazionali*, en: *I diritti fondamentali in Europa*, cit., 521ss. Véanse también los informes al Convenio internacional sobre la actuación de la Convención sobre los derechos del hombre, organizado en marzo de 2009 en la Universidad de Brescia, a cargo de V. Parisio.

(12) Según RANDAZZO, B., *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, en *Riv.it.dir.pubbl.com.*, 2002, 6, 1303, “una vez recibida la Convención en el ordenamiento interno e independientemente del rango que se le reconozca en el sistema de las fuentes, no me parece que se puedan interponer obstáculos al reconocimiento del valor de precedente vinculante a una decisión de la Corte limitadamente a la definición del alcance normativo de la Convención misma (cd. autoridad de cosa interpretada). Cuando un sistema de garantía de derechos se dota de un juez ad hoc, me parece difícil negar que de él dependa la última palabra sobre el contenido de los derechos tutelados, a pesar de que no se trate de una autoridad jurisdiccional sobreordenada con respecto a las nacionales. Despliega aquél la función esencial de fijar un estándar mínimo de tutela igual para todos contribuyendo así a la obra fundamental de universalización de los derechos del hombre”.

(13) Según los datos suministrados por la Corte de los derechos en el informe anual 2008, las sentencias emanadas, muchas de ellas repetitivas, fueron 1.543, con 18 decisiones de la Grande Chambre. La disposición de la

Nótese primeramente que en la jurisprudencia de la Corte no se encuentran sentencias significativas sobre el procedimiento administrativo o sobre la enunciación -como en el caso de la Corte de justicia- de principios reguladores del procedimiento. Solo en un caso reciente (Meltex Ltd y Mesrop Movsesyan c. Armenia 17 de junio de 2008) se afirma que el rechazo de una medida de concesión o autorización de carácter discrecional (en el caso ejemplificado, de frecuencias radio televisivas) se motiva adecuadamente en relación a la subsistencia de una norma precisa y previsible.

Esto sucede no sólo porque en la Convención no se hallan normas reguladoras del procedimiento sino sobre todo también porque la Corte busca cuidar los bienes objeto de la tutela independientemente de los perfiles procesales. En lugar de controlar las modalidades del ejercicio del poder, la Corte establece la pérdida del poder frente a la necesaria tutela de un derecho humano. Tenemos aquí una primera indicación sobre la que volveremos más tarde: para la Corte los derechos permanecen tales sin tener en cuenta el relativo procedimiento de realización. (14)

Antes de continuar con el examen de los casos particulares hay que precisar, como establecido oportunamente para la doctrina (15), que algunos derechos -como el derecho a la vida o al trato humano y digno- podrían parecer extraños al derecho administrativo y sin embargo se verá, ellos conciernen al modo en que el poder se configura en concreto en la tutela de la salud o en el ámbito de la instrucción.

VI. En el caso de la tutela del derecho a la vida (art. 2º) existe violación de la CEDU en el caso que se verifiquen daños en la salud de personas que tengan residencia, aunque sea precaria, en zonas adyacentes a una gran fundición de hierro (Fadeyeva c. Rusia, 9 de junio de 2005) o también cuando se verifica un aluvión en una zona notoriamente riesgosa (Boudaieva y otros c. Rusia, 20 de marzo de 2008). Se configura una suerte de *derecho de precaución amplificado* en el caso que la administración no hubiese adoptado las medidas posibles para limitar los riesgos para la vida de los habitantes de un asentamiento precario, en las adyacencias de un basural objeto de una explosión, en cuanto la obligación de garantizar la vida subsiste con mayor razón cuando es previsiblemente puesta en riesgo por el ejercicio de actividades industriales peligrosas (Oneryildiz c. Turquía, 30 de noviembre de 2004).

Más en general, el Estado responde por violación del art.8 del CEDU cuando la vida personal sufre daño por el ruido de los aviones en el aeropuerto de Heathrow (Powell y Reyner c. Reino Unido, 21 de febrero de 1990) o por el ruido y los olores de un depurador, aunque no haya peligro para la salud (López Ostra c. España, 9 de diciembre de 1994) o por la emisión de sustancias nocivas que pongan en peligro la vida privada y familiar (Guerra y otros c. Italia, 19 de febrero de 1998) hasta afirmar que la responsabilidad del Estado se configura también por la falta de una adecuada normativa de tutela, subsistiendo una obligación positiva a cargo del Estado de adoptar “medidas razonables y adecuadas” para proteger la vida personal y familiar ex art. 8º (Giacomelli c. Italia, 2 de noviembre de 2006; Tatar c. Rumania, 27 de enero de 2009).

El derecho a la vida incide también en las condiciones carcelarias, ya que es responsabilidad del Estado cuando un detenido, afectado por disturbios psíquicos, se quita la vida después de un fallido intento de suicidio, sancionado con 45 días de aislamiento (Renolde c. Francia, 16 de octubre de 2008).

Bajo la tutela a la vida ex art. 8º se adscriben las decisiones sobre el derecho a la salud cuando el Estado es condenado por no haber previsto modalidades procesales para hacer valer la even-

---

Convención mayormente objeto de violación es el art.6 sobre el justo proceso, luego el art. 1º del primer protocolo agregado sobre la propiedad y el art. 5º sobre la libertad y la seguridad. En cuanto a los países objeto de sentencias de condena, Turquía consta de 257, Rusia 233, Rumania 189, Polonia 129 y Ucrania 110.

(14) Como observa Frachia, la Corte de los derechos establece límites absolutos al poder sin funcionalizarlo, a veces exagerando en su convicción de ser el juez último y supremo de los derechos humanos.

(15) GRECO, G., La convenzione europea per i diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia, cit.

tual responsabilidad de un hospital público, en el caso de deceso de un enfermo de Alzheimer (Dodov c. Bulgaria, 17 de enero de 2008; en tal sentido también Paladi c. Moldova, 10 de marzo de 2009).

El poder administrativo que se expresa en la tutela del *orden público*, se somete a limitaciones precisas que se enumeran en varios artículos de la CEDU. Así se considera violación del art. 2º la muerte de dos militares de origen rom (gitano) en el tentativo de reconducirlos a un cuartel de donde se habían fugado (Natchova y otros c. Bulgaria, Grande Chambre, 6 de julio de 2005); con el mismo criterio se considera ilícito el comportamiento de la policía que para calmar una insurrección popular, dispara contra los manifestantes sin haber utilizado previamente medios disuasivos menos cruentos (Simsek y otros c. Turquía, 26 de julio de 2005). Se consideran además degradante por discriminación racial, el trato sufrido por personas rom (gitanos) por parte de la policía (Natchova y otros c. Bulgaria, 6 de julio de 2005; Bekos y Koutropoulos c. Gracia, 13 de diciembre de 2005; Moldovan y otros c. Rumanía, 12 de julio de 2005).

**VII.** El poder de las administraciones encuentra numerosos límites en la aplicación que la Corte hace del art. 3º, el cual impide *torturas y tratos inhumanos o degradantes*.

La Corte considera los casos más diversos, sobre todo interpretando qué debe entenderse por tratos inhumanos o degradantes. Así el art. 3º impide el repatrio de una persona gravemente enferma a su país de origen cuando esto conlleve la imposibilidad de obtener allí curaciones adecuadas (D. c. Gran Bretaña, 2 de mayo de 1997) o cuando existe el peligro de sufrir persecuciones también de agentes no estatales (Ahmed c. Austria, 17 de diciembre de 1996; H.L.R. c. Francia, 29 de abril de 1997; N. c. Finlandia, 26 de julio de 2005). Tales riesgos para la integridad personal se prueban a través de actas o documentos oficiales, pero pueden ser obtenidos de oficio por la Corte (Said c. Países Bajos, 5 de julio de 2005).

En cuanto a las penas y al régimen carcelario, se considera medida degradante la aplicación de una pena de por vida (Kafkaris c. Chipre, Grand Chambre, 12 de febrero de 2008, decisión asumida con 10 votos contra 7) o el castigo infligido a los detenidos con bastones de plástico (Dedovski y otros c. Rusia, 15 de mayo de 2008) o la prohibición de visitas para un detenido no condenado de más de un año con aplicación de repetidas medidas cautelares (Gülmez c. Turquía, 20 de mayo de 2008). También la aplicación del régimen carcelario agravado, del que el art. 4º bis de nuestro ordenamiento es opuesto al art. 8º, cuando comporta el control de la correspondencia enviada al propio abogado o a las organizaciones internacionales para la tutela de los derechos humanos (Zara c. Italia, 20 de enero de 2009) o al propio médico (Szuluk c. Gran Bretaña, 2 de junio de 2009). Son consideradas degradantes las violencias físicas en fase de arresto o de interrogatorio de la policía (Mecail Ozel c. Turquía, 14 de abril de 2009; Damian Burueana y Damian c. Rumanía, 26 de mayo de 2009). Recientemente por primera vez, se considera también trato degradante al ejercicio físico impuesto al recluta como sanción disciplinaria que conlleva una consecuente enfermedad (Tchember c. Rusia, 3 de julio de 2008).

**VIII.** Los tratos inhumanos prohibidos en el art. 3º dan lugar a una vasta jurisprudencia que interfiere con la disciplina de la *inmigración y el derecho de asilo*, incidiendo profundamente sobre la autonomía de las legislaciones estatales.

La Corte remonta al ámbito del art. 3º la prohibición de extradición del extranjero (Soering c. Gran Bretaña, 7 de julio de 1989) o de expulsión (Cruz Varas c. Suecia, 20 de marzo de 1991; Vilvarajah c. Gran Bretaña, 30 de octubre de 1991; Chahal c. Gran Bretaña, 15 de noviembre de 1996), cuando ello pueda poner en riesgo la dignidad personal del sujeto, ya condenado a muerte en su país (Bader y Kanbor c. Suecia, 8 de noviembre de 2005) o sometido a tratos degradantes.

Tal interpretación no cambia después de los acontecimientos de las Torres gemelas, cuando los Estados nacionales, reivindicando la exigencia legítima de tutelar el propio país de la feroz locura terrorista, establecen medidas mayormente restrictivas a los derechos personales. En verdad, desde

entonces, las decisiones de la Corte de Estrasburgo (como análogamente las de las Cortes de justicia: ver *Kadi c. Consejo de la Unión Europea*, 3 de septiembre de 2008) se caracterizan por la ponderación de intereses entre la necesaria tutela de la dignidad humana y la exigencia de garantía del orden público internacional.

Ya en el caso *Ramírez Sánchez c. Francia*, 4 de julio de 2006, la Corte comienza a afirmar que prevalece la exigencia de impedir las torturas o tratos degradantes también respecto de la necesidad de seguridad del Estado anfitrión. (16)

Sobre esta línea interpretativa se colocan numerosas sentencias análogas recientes, que afinan los argumentos ya utilizados por la Corte. En el caso *Raid e Idiab c. Bélgica*, 24 de enero de 2008, la Corte considera inhumano retener por varios días a los recurrentes -que se negaban a volver a sus países de origen temiendo sufrir violencias por motivos políticos- en zona de tránsito aeroportuario sin ninguna posibilidad de dormir, lavarse, recibir visitas o contactarse con el exterior. (17)

La sentencia más significativa sobre este punto es la decisión *A. y otros c. Gran Bretaña*, Grande Chambre, 19 de febrero de 2009, donde la Corte enuncia plenamente su preocupación de tener que mediar entre seguridad estatal y derechos de sujetos sospechosos de terrorismo internacional. La afirmación de principio es neta en el sentido que -según la Corte- se mide la fuerza de la democracia justamente cuando un peligro inminente no induce a tratos inhumanos, demostrando así la fuerza de la legalidad. (18) En el caso analizado, la Corte opina que los once recurrentes no han sufrido un trato degradante según el art. 3º porque si bien dañados por el hecho de ser retenidos sin saber la fecha de excarcelación, han podido presentar los recursos previstos por la misma ley británica contra este estado de detención anómala de modo que ellos tienen un remedio legal (19) que impide configurar un daño irreversible. (20) Además, para algunos recurrentes la Corte individualiza la violación del art. 5º inciso 1, que sanciona la pérdida de la libertad personal de aquellos que han requerido el asilo político, sin haber obtenido aún una respuesta.

En el histórico caso *Saadi c. Italia*, Grande Chambre, 28 de febrero de 2008, se afirma que un tunecino condenado en Italia por terrorismo no puede ser expulsado hacia su país de origen si en él se practican tratos inhumanos. (21) La peculiaridad de la sentencia, que da lugar a un precedente de jurisprudencia que se retomará con frecuencia, está también en las enunciaciones generales de la

---

(16) Sobre el tema específico: *CONCOLINO, B., Divieto di tortura e sicurezza nazionale: il no della Corte europea dei diritti dell'uomo al bilanciamento nei casi di espulsione di presunti terroristi*, en: *Dir.publ. ed. eur.*, 2008, 1109ss.

(17) "Los recurrentes alegan haber sufrido por parte de las autoridades belgas tratamientos inhumanos y degradantes en violación del art. 3º de la Convención. Exponen, por una parte, que han sido abandonados en zona de tránsito, sin comodidades para dormir o lavarse y sin un lugar donde mantener una vida privada, sin acceso a los medios de comunicación, sin posibilidades de recibir visitas y sin posibilidades de control de las condiciones de detención por organismos exteriores e independientes. Por otra parte, han sido sometidos a muchas represiones e insultos".

(18) "Plenamente conciente de las dificultades que los Estados encuentran para proteger a su población contra la violencia terrorista, la Corte encuentra aquí una razón suplementaria para destacar que el artículo 3º consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas".

(19) En el caso *Gebremdhin c. Francia*, 26 de abril de 2007, la Corte considera violación del art. 13 de la Convención junto con el art.3 en cuanto no está previsto en el ordenamiento francés la tutela cautelar en caso de mora de la decisión acerca de la eventual expulsión de quien pide asilo político.

(20) "En todo caso, no podemos decir que los requirentes han estado privados de toda esperanza o perspectiva de expansión (*Kafkaris*, precitado 98), notoriamente porque ellos pueden contradecir en justicia la legalidad del régimen de detención previsto por la ley de 2001 y porque han obtenido victoria en casos ante la SIAC el 30 de julio de 2002, y ante la Chambre des lords, el 16 de diciembre de 2004".

(21) *M. Pacini, Il controllo della Cedu sul rispetto dei diritti umani da parte di Stati terzi*, in *Giorn.dir.amm.*, 2008, 1081ss.



Corte en cuanto a los modos de verificación de los hechos (22) y a la distinción entre tortura, trato inhumano y trato degradante. (23)

Las sucesivas sentencias retoman integralmente los principios fijados en el caso Saadi. En el caso Ben Khemais c. Italia, 24 de febrero de 2009, el Estado italiano es condenado por la expulsión del recurrente hacia un país -siempre Túnez- que aplica la tortura y el trato degradante. En el mismo sentido, todas las sentencias análogas del 24 de marzo de 2009 Ben Salah c. Italia; Soltana c. Italia; C.B.Z. c. Italia; Bouyahia c. Italia; Darraji c. Italia; Hamraoui c. Italia; O. c. Italia; Abdelhedi c. Italia; además de Cherif y otros c. Italia del 7 de abril de 2009; Sellem c. Italia, 5 de marzo de 2009. En este sentido también Ismoilov y otros c. Rusia, 24 de abril de 2008.

En la misma medida, la expulsión del menor extranjero condenado por reatos no violentos, es contraria a la exigencia de reeducación, si la expulsión comporta un distanciamiento radical con la familia (Maslov c. Austria, Grande Chambre, 23 de junio de 2009).

En definitiva, el razonamiento de la Corte está fundado en la convicción de que las reglas de la legalidad internacional se confirman justamente ante la más grande negación de aquéllas, como es el caso del terrorismo internacional.

IX. Sin detenernos en los perfiles relativos a la duración excesiva del proceso (24), con el parámetro del *justo proceso* previsto por el art.6, la Corte termina configurando nuevas categorías de derechos y consecuentes limitaciones del poder administrativo sustancial. Superando una jurisprudencia precedente (Simpson c. Gran Bretaña, 4 de diciembre de 1989) que consideraba inaplicable el art. 6º a la instrucción, la Corte reconoce explícitamente por primera vez, el derecho de la recurrente de inscribirse en una facultad universitaria, lo que le había sido negado por no haber querido suministrar una foto sin el velo para el documento, por cuanto el acceso a la instrucción prescinde de los motivos

---

(22) Ante todo, en cuanto a la modalidad de prueba acerca de la existencia de tratos inhumanos, la Corte afirma que debe hacerse una verificación caso por caso con pruebas aportadas o con constatación de oficio por parte de la misma Corte, como sucede en el caso tratado donde, para probar que Túnez muestra actitudes prohibidas, se citan reportes de organismos internacionales independientes como Amnesty International, la Cruz Roja Internacional o el Departamento de Estado norteamericano, todos convergentes en indicar que Túnez como país aplica la tortura y tratos inhumanos. “Con este objeto, en lo que concierne a la situación general en un país, la Corte ha destacado continuamente la importancia de las informaciones contenidas en los reportes recientes provenientes de asociaciones internacionales independientes de defensa de los derechos humanos, tales como Amnesty International, o de fuentes gubernamentales, entre ellas del Departamento de Estado Americano (ver por ejemplo Chahal precitado 99-100, Müsllim c. Turquía n.53566/99, 67, 26 de abril de 2005; Said c. Países Bajos, n.2345/02, 54, 5 de julio de 2005, y Al-Moayad c. Alemania n.35865, 65-66, 20 de febrero de 2007). Al mismo tiempo, ha considerado que una simple posibilidad de malos tratos en razón de una coyuntura inestable en un país no entraña en sí misma una infracción al artículo 3º (Vilvarajah y otros precitado, 111, y Fatgan Katani y otros c. Alemania, n.67679/01, 31 mayo 2001) y que allí donde las fuentes de que se dispone describen una situación general, las alegaciones específicas de un requirente en un caso específico, deben ser corroboradas por otros elementos de prueba (Mamatkoulov y Askarov precitados, 73 y Müsllin precitado, 68).

(23) Existe trato inhumano o degradante cuando el sufrimiento y la humillación van más allá de los límites de la limitación personal normal conectadas naturalmente a cada pena. “Para que una pena o el tratamiento de que ella se acompaña pueda ser calificada de inhumana o de degradante, el sufrimiento o la humillación deben en todo caso ir mas allá de aquellos que comportan inevitablemente una forma dada de tratamiento o de pena legítimos (Labita c. Italia n.26772/95, 120 CEDH 2000-IV). Por tortura en cambio debe entenderse aquel trato particularmente malo que produce sufrimiento grave y cruento mucho mayor que el trato inhumano o degradante. “Para determinar si ha lugar a calificar de tortura una forma particular de malos tratos, es necesario tener en cuenta la distinción que comporta el artículo 3º entre esta noción y aquella de tratamientos inhumanos o degradantes. Parece que esta distinción está incluida en la Convención para marcar como infamia especial de la tortura los meros tratamientos inhumanos deliberados provocados por fuertes y crueles sufrimientos (Aydin c. Turquía, caso del 25 de setiembre de 1997, Registro 1997-VI, 82 y Selmouni precitado, 96)”

(24) Véanse los trabajos de SANDULLI, M. A. y Travi, A., en Secondo incontro italo-francese di diritto amministrativo, París 12-13 octubre de 2007, ahora en Anuario AIPIDA 2007, 291ss.

de tutela de orden público (Araç c. Turquía, 23 de septiembre de 2008). Esta orientación se confirma con Dogru c. Francia, 4 de diciembre de 2008, cuando una niña de 11 años se niega a sacarse el velo islámico durante las horas de educación física. Siempre en materia de instrucción, con la sentencia Sampanis y otros c. Grecia, 5 de junio de 2008, la Corte afirma que es incompatible con la Convención la inserción de niños rom (gitanos) pertenecientes a minorías étnicas, en clases escolares diferentes respecto a las ordinarias.

En el ámbito del art. 6º se reporta también el caso C.G.I.L. y Cofferati c. Italia, 24 de febrero de 2009 donde se establece la controversia sobre la incontabilidad (o indiscutibilidad) de las opiniones emanadas por los parlamentarios. En el caso analizado, las declaraciones de un diputado a un diario sobre la deliberación de la Cámara, que sostiene que las mismas no deben someterse a control por considerarlo ofensivo de la honorabilidad, impide a los recurrentes obtener un *justo proceso*, si bien la Corte considera legítimo el instituto de la inapelabilidad de las opiniones expresadas por los parlamentarios, pero sólo en el curso de un debate parlamentario por cuestiones de objeto de las funciones específicas.

En el ámbito de la tutela de la vida privada y familiar previsto en el art. 8º la Corte tutela recientemente por primera vez, el derecho a la vivienda, porque aquellos que están en riesgo de perder el alojamiento deben poder dirigirse a un juez independiente que valore la proporcionalidad de dicha medida (McCann c. Gran Bretaña, 13 de mayo de 2008).

En la relación entre derecho a la reserva y la *privacy*, la Corte opera una ponderación de intereses con éxitos diferentes. Se considera responsable al Estado que, habiendo omitido legislar en materia de identificación de los accesos a Internet, no permite tratar de encontrar a quien introduce en la red un anuncio de carácter sexual del cual es víctima un muchacho de 12 años (K.U. c. Finlandia, 2 de diciembre de 2008). Contrariamente, para la Corte es desproporcionado, entre exigencias públicas y tutela de lo privado, el poder conservar por tiempo indeterminado huellas digitales, muestras biológicas y perfiles de ADN de personas sospechosas de reato pero sin condena (S. y Harper c. Gran Bretaña, Grande Chambre, 4 diciembre 2008).

En lo concerniente a la libertad de expresión (art. 10) la Corte considera ilegítima la condena de un dirigente de un partido político que durante una manifestación pública exhibe una estrella roja, porque no siempre representa un símbolo totalitario, prohibido por la legislación penal del país en cuestión, sino que puede también representar al movimiento obrero internacional (Vajnai c. Hungría, 8 de julio de 2008).

Finalmente, pronunciándose la Corte por primera vez sobre el secreto de oficio, considera que impone al empleado público el deber de comunicar a su superior eventuales casos de actos ilícitos, pudiendo sólo después proceder a la publicación de la noticia, en caso de inercia del superior (Guja c. Moldova, Grande Chambre, 12 de febrero de 2008).

X. La *libertad de asociación*, tutelada por el art. 10, particularmente cuando se trata de asociaciones sindicales, de modo que es ilegítimo impedir que funcionarios municipales funden un sindicato, que además había participado ya en la contratación colectiva (Demir y Baykara c. Turquía, 12 de noviembre de 2008).

En materia de derechos políticos, no se considera ilegítimo (art. 3º del protocolo 1) aunque extremadamente alto, el umbral del 10% para la elección a la asamblea legislativa, si existen correctivos aptos para atenuar el volumen (Yumak y Sadak c. Turquía, 8 de julio de 2008).

Siempre en tema de elecciones, en el caso Kovatch c. Ucrania, 7 de febrero de 2008, la Corte considera arbitraria la anulación de votos de protesta, por la evidente contradicción del texto legislativo, que finalmente consiente una muy amplia discrecionalidad a las comisiones electorales.

Finalmente, la Corte afirma por primera vez la posibilidad de un ciudadano -con más de una nacionalidad que puede votar en un país-, de gozar también del electorado pasivo (Tanase y Chirtoaca c. Moldova, 18 de noviembre de 2008).

**XI.** Mucho más conocida y objeto de numerosos comentarios es el caso de la tutela de la propiedad privada según lo previsto en el art. 1º del primer protocolo agregado (25), que ha dado lugar a las sentencias nº 348 y 349 de la Corte constitucional. (26) Como es sabido, el principio fundamental enunciado por la Corte en este ámbito, pero con efectos que exceden el caso analizado, es que el principio de legalidad que vuelve legítima la limitación propietaria se satisface sólo donde haya normas suficientemente accesibles, precisas y previsibles. Este principio, enunciado por primera vez en *Beyeler c. Italia*, 5 de enero de 2000, se considera motivo autónomo de ilegitimidad a partir de la sentencia *Carbonara y Ventura c. Italia*, 30 de mayo de 2000 y después constantemente enunciado hasta la sentencia más reciente *Sud Fonfi Srl y otros c. Italia*, 20 de enero 2009 (teniendo por objeto la demolición del inmueble realizado en Punta Pedotti) y *Rossitto c. Italia*, 26 de mayo de 2009.

En realidad, la Corte evita detenerse sobre la difícil cuestión acerca de la posibilidad de que la jurisprudencia constituya fuente de derecho, pero confirma que el principio de legalidad se concreta con normas *suficientemente accesibles, precisas y previsibles*, haciendo notar en cambio que en el caso analizado, la misma aplicación jurisprudencial es contradictoria. (27)

Retomando sólo las cuestiones esenciales del complejo acontecimiento (28), sobre todo por los lineamientos que interesan en este trabajo, se recuerda que el art. 1º del Primer Protocolo adjunto a la Convención CEDU, contiene tres disposiciones diferentes pero relacionadas: el derecho al respeto de los bienes de propiedad privada; las condiciones de legitimidad de la expropiación para utilidad

(25) PADELLETTI, M. L., *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003; R. Conti, *L'Italia ancora in ritardo sugli standard europei di tutela dei diritti umani*, nota a sentencia CEDU 5 de octubre de 2006; L. Marzano en *Urb.app.* 2007, 328; A. Guazzarotti, *Gli effetti Della CEDU e la teoria del "mondi paralleli"*, en *Quad. Cost.*, 2006, 155 ss. Para referencias a otros ordenamientos nacionales: R. Hostiu, *La patrimonialité des actes administratifs e la convèntio europèenne des droits de l'homme*, en *Revista francesa de derecho administrativo*, 2009, 17 ss.; más específicamente sobre la indemnización de expropiaciones: M. Van Brustem - E. Van Brustem *Les hésitations de la Cour européenne des droits de l'homme: à propos du revirement de jurisprudence en matière de satisfaction équitable applicable aux expropriations illicites*, en *Revista francesa de derecho administrativo*, 2009, 285 ss.

(26) Entre los muchos comentarios: R. Conti *La Corte Costituzionale viaggia verso i diritti CEDU: prima fermata verso Strasburgo*, en *Corr. giur.* 2008, 2, 205 ss.; T. F. Giupponi *Corti Costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?*, en [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); B. Randazzo *Costituzione e Cedu: il giudice delle leggi apre una "finestra" su Strasburgo*, en *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, I, 25 ss.; V. Mazzarelli *Corte Costituzionale e indennità di esproprio: "serio ristoro" e proporzionalità dell'azione amministrativa* *ibidem* 32ss sostiene la coherencia interna en las decisiones adoptadas en el transcurso del tiempo por la Corte constitucional en temas de expropiación; M. Pacini *Corte costituzionale e occupazione acquisitiva: un adeguamento soltanto parziale alla giurisprudenza Cedu*, *ibidem*, 37 ss.; R. Dickmann, *Corte costituzionale e diritto internazionale nel sindacato delle leggi per contrasto con l'art. 117, primo comma, Della Costituzione*, en [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); C. Zanghi *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n.348 e 349 del 2007*, en [www.giur.cost.org](http://www.giur.cost.org); S. Mirate *Indennità di esproprio e risarcimento da occupazione acquisitiva: la Corte costituzionale inaugura il giudizio di "convenzionalità" ex art. 117 Cost.* en *Resp. civ. e prev.*, 2008, I, 65; L. Cappuccio *La Corte costituzionale interviene sui rapporti tra convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione* en *Foro it.*, 2008, I, 47 ss.; F. Ghera *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale pattizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, *ivi*, 50 ss.; ver también los comentarios de R. Romboli y A. Travi, *ivi*, 39 ss.; B. Conforti *La Corte costituzionale e gli obblighi internazionale dello Stato in tema di espropriazione*, en *Giur. It.* 2008, 569; R. Calvano *La Corte costituzionale e la CEDU nella sentenza n.348/2007: orgoglio o pregiudizio?*, *ivi*, 573; M. Sabino *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n.348 y 349 del 2007*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 747 ss.

(27) La Corte evita detenerse en la espinosa cuestión de la configuración de la jurisprudencia como fuente de derecho, afirmando que "la Corte no estima útil juzgar en abstracto si el rol que un principio jurisprudencial, como el de la expropiación indirecta, ocupa en un sistema de derecho continental, es asimilable a los que ocupan las disposiciones legislativas".

(28) Para más amplias referencias, incluso bibliográficas, F. Manganaro, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto di proprietà*, in *Dir.amm.* 2008, 379 ss.

pública; el derecho de los Estados de disciplinar el uso de los bienes en relación al interés general o para asegurar el pago de impuestos u otros tributos o enmiendas (James c. Reino Unido, 12 de febrero de 1986; Iatridis c. Grecia, 25 de marzo de 1999).

El otro margen de incidencia de la jurisprudencia de la Corte de los derechos en materia de propiedad privada es la ampliación del concepto de bien protegido, en cuanto la Convención no pretendería definir el derecho sino más bien su objeto (29) que no debe ser evaluado sobre los parámetros de ordenamiento de los Estados individuales. Según la jurisprudencia de la Corte, “la propiedad se identifica con todos los intereses sustanciales concretos y efectivos”. (30) La extinción del derecho a través de la expropiación puede suceder por la existencia del interés público, conforme al principio de legalidad y de respeto a los principios generales de derecho internacional: la Corte reconoce formalmente que el respeto a estas condiciones debe ser valuado por los Estados individuales, pero se reserva la valoración de la congruencia del parámetro legislativo utilizado y termina siendo juez de las leyes nacionales en materia de expropiación. Pero siendo muy lábil el límite entre expropiación y reglamentación, la Corte tiende a igualar sus efectos y a someter también al poder de regulación, atribuido a los Estados (inciso 3), al régimen de la expropiación (inciso 2), calificando como expropiación indirecta o sustancial todos los casos en los cuales deriven efectos equivalentes o análogos a aquéllos producidos por medidas directas de expropiación.

Se amplía el catálogo de los eventos que se consideran bajo el modelo de la expropiación: hay violación del art. 1º cuando la expropiación sucede de manera ilegítima (Hatzikakis c. Grecia, 11 de abril de 2002; Katsaros c. Grecia, 6 de junio de 2002), cuando no haya sido determinada la indemnización (Konstantopoulos c. Grecia, 24 de junio de 1993; Tsomtsos c. Grecia, 15 de noviembre de 1996; Kattikaridis c. Grecia, 15 de noviembre de 1996; Papachelas c. Grecia, 25 de marzo de 1999; Savvidou c. Grecia, 1º de agosto de 2000; Malama c. Grecia, 1 de marzo de 2001; Karagiannis c. Grecia, 16 de enero de 2003 (31); Nastou c. Grecia, 16 de enero de 2003 (32); Yiltas Yildiz Turistik tesisleri a.s. c. Turquía, 24 de abril de 2003; I.R.S. c. Turquía, 20 de julio de 2004).

Aplicando este principio a la disciplina de la indemnización de expropiaciones y de ocupaciones previstas por nuestro ordenamiento, la Corte declara su ilegitimidad porque la misma jurisprudencia interna sobre el punto es extremadamente contradictoria y no permite formular una norma que sea clara y previsible.

---

(29) En la conocida sentencia Marckx c. Bélgica, 13 de junio de 1979, se precisa qué debe entenderse por bien y por derecho de propiedad: “en reconocimiento a cada uno de los derechos en relación a sus bienes el art. 1º (P1-1) garantiza en sustancia el derecho de propiedad. Las palabras “bienes”, “propiedad”, “uso de los bienes”, en inglés “possessions” y “use of property” conducen netamente a pensar; desde sus costados, los trabajos preparatorios lo confirman sin equivocación: los redactores no cesan de hablar de “derecho de propiedad” para designar la materia de los sucesivos proyectos de donde emerge el actual artículo 1 (P-1)”.

(30) En el caso Azas c. Grecia, 19 de septiembre de 2002, se tutela el uso de hecho de algunos terrenos. Para la Corte, “la noción de bien tiene un soporte autónomo que no se limita ciertamente a la propiedad de bienes corporales: otros derechos e intereses que constituyen activos pueden también pasar por “derechos de propiedad” y, consiguientemente, por “bienes” a los fines de esta disposición (arrêts Gasus Dossier- und Fördertechnik GMBH c. Países Bajos, 23 de febrero de 1995, Serie A n.306-B, p.46, 53, y Matos e Silva Ltda. y otros c. Portugal, 16 de setiembre de 1996, Registro 1996-IV p. 1111, 75)”. En este sentido también Dogan c. Turquía, 29 de junio de 2004.

(31) También aquí, como en el leading case Papamichalopoulos, la falta de utilización del bien configura una expropiación de hecho. Así, según la Corte, “la pérdida de toda disponibilidad de terrenos, combinada con el fracaso de las tentativas realizadas hasta ahora para remediar la situación incriminada, ha engendrado consecuencias considerablemente graves para considerar que los intereses han sufrido una expropiación de hecho incompatible con el derecho al respeto de sus bienes” (Papamichalopoulos c. Grecia)

(32) En este caso la Corte advierte la violación del art. 1º y del art. 6º de la Convención, en cuanto los recurrentes han debido esperar casi 30 años para obtener una indemnización adecuada.

Con este propósito, es emblemático el conocido caso Scordino (33), sobre el que se consolida la evolución jurisprudencial de la Corte. En la sentencia del 15 de julio de 2004, la Corte niega la violación del segundo inciso del art. 1º, considerando en cambio la violación del inciso 1 (34). En la siguiente sentencia del 17 de mayo de 2005, la Corte afirma que la jurisprudencia constante puede elevarse a principio de derecho siempre que esta interpretación constante sea capaz de ofrecer certeza jurídica al ciudadano: en el caso analizado, resulta en cambio, que la misma jurisprudencia de la Asamblea plenaria nº 2/2005 del Consejo de Estado (35) reconoce que el principio de jurisprudencia de la expropiación indirecta no ha dado lugar nunca a una reglamentación “estable, completa y previsible” (36), verificándose de este modo la violación del principio de legalidad a los efectos del art.1 del protocolo adjunto. (37)El paso último y definitivo lo cumplió la Corte en las tres sentencias de mayo de 2005 (Scordino c. Italia, Acciardi y Campagna c. Italia, Pasculli c. Italia) donde no se pronuncia por la ilegitimidad de la ocupación adquisitiva en el caso examinado, pero evidencia la ilicitud del instituto que no permite una certeza jurídica de la propiedad privada. (38)

Es significativo el debate acerca del contenido del principio de legalidad. En efecto, en los procesos en cuestión, el gobierno objeta que la noción de ley comprende los principios generales explícitos o implícitos (39), satisfaciéndose así el parámetro de la legalidad requerido por el art. 1º; pero la Corte reclama su consolidada jurisprudencia acerca de la necesidad de una norma clara y previsible (Iuliano c. Italia, 14 de diciembre de 2006).

---

(33) Scordino c. Italia sec. I, 15 de julio de 2004; sec.I, 29 de julio de 2004; sec. IV, 17 de mayo de 2005; Grande Chambre, 29 de marzo de 2006; sec. IV, 6 de marzo de 2007.

(34) Según la Corte: “la situación denunciada por los requirentes releva de la primera frase del artículo 1 del Protocolo n. 1 (arrêts Sporong et Lönnroth, precitado, p. 25, 65; Erkner et Hofauer c. Austria, 23 de abril de 1987, Serie A n.117, p. 108, 64; Elia Srl c. Italia n.37710/97, CEDH 2001-X, 57)”.

(35) M.L. Maddalena, Dalla occupazione appropriativa alla acquisizione ad effecti sananti: osservazioni a margine dell’adunanza plenaria n.2 del 2005, en. Foroamm.C.d.S., 2005, 2109 ss.

(36) En este sentido: Serrilli c. Italia, 17 de noviembre de 2005 y 6 de diciembre de 2005, decidida por proceso de urgencia ex art.29; Guiso-Gallisay c. Italia 8 de diciembre de 2005; Mason c. Italia 17 de mayo de 2005; Sciarrotta c. Italia 12 de enero de 2006; Cerro c. Italia 23 de febrero de 2006; De Sciscio c. Italia 20 de abril de 2006; Ucci c. Italia 22 de junio de 2006; Lo Bue c. Italia 13 de julio de 2006; Dedda e Fragassi c. Italia 21 de setiembre de 2006; Matthias c. Italia 2 de noviembre de 2006.

(37) La Corte afirma que “el principio de legalidad significa la existencia de normas de derecho interno suficientemente accesibles, precisas y previsibles (Hentrich c. Francia, arrê del 22 de setiembre de 1994, serie A, n.296-A, pp. 19-20, 42 y Lithgow y otros c. Reino Unido, arrê del 8 de julio de 1986, serie A n.102, p. 47, 110)”. Para justificar esta tesis, la Corte destaca la contradicción entre la jurisprudencia y la nueva disciplina de la expropiación: “a título de ejemplo la Corte señala que, si bien es cierto que la jurisprudencia ha excluido, a contar de 1996-1997, que la expropiación indirecta puede aplicarse desde que la declaración de utilidad pública ha estado anulada (parágrafos 41-45, aquí debajo), también es cierto que el Repertorio tiene últimamente previsto (parágrafo 60 aquí debajo) que en ausencia de declaración de utilidad pública, todo terreno puede ser incorporado al patrimonio público si el juez decide no ordenar la restitución del terreno ocupado y transformado por la administración”.

(38) F.G. Scoca, Modalità di espropriazione e “rispetto” dei beni (immobili) privati, in Dir amm. 2006, 519 ss; Id. Indennità di espropriazione: la diversa sensibilità della Consulta e della Corte di Strasburgo, in www.federalismi.it, según la cual, la razonable indemnización prevista por la Corte de los derechos no podría ser otra que el valor venal. Posteriores observaciones en G. Fabbrizzi, Commento a scordino c. Italia in Urb.app. 2005, 1395 ss.

(39) El Gobierno italiano, citando algunos antecedentes de la misma Corte, trata de demostrar que con el término “ley” nos referimos también a los principios generales explícitos o implícitos (Winterwerp c. Países Bajos, 24 de octubre de 1979; Kruslin c. Francia, 24 de abril de 1990; Huvig c. Francia, 24 de abril de 1990) y al derecho no escrito (Sunday Times c. Gran Bretaña, n.1, 26 de abril de 1979).

**XII.** El examen de la jurisprudencia de la Corte induce a una confrontación con la jurisprudencia análoga de la Corte de justicia en materia de *puissance publique*, con todas las diferencias con las cuales ambas cortes afrontan el problema. (40)

En efecto, la Corte de justicia se ha interesado sobre este tema cuando ha tenido que justificar la especialidad de ciertas normas que, derogando criterios generales, establecían excepciones en materia de circulación de trabajadores o de contratos de servicios.

Si bien ya el art. 48 del Tratado de Roma sancionaba la libre circulación de los trabajadores, la jurisprudencia interpretando ese artículo, ha tenido que individualizar cuáles eran aquellos empleos reservados a la administración pública que justifican una excepción a la norma: en este caso la Corte de justicia ha adoptado una interpretación restrictiva según la cual, la prohibición de acceso a los extranjeros a los empleos públicos se mantiene sólo para algunas categorías de empleo que conciernen justamente a la *puissance publique* o la salvaguardia de los intereses generales del Estado.

Más interesante es la jurisprudencia sobre las potestades públicas ejercitadas por entes u organismos comunitarios. Con un pronunciamiento del 26 de marzo de 2009 en la causa C-113/07, la Corte ha considerado que el organismo europeo encargado de desarrollar un sistema uniforme de gestión del tráfico aéreo en Europa (Eurocontrol) es un sujeto público y no una empresa, si bien provee de asistencia a las administraciones nacionales, porque este deber es inseparable del deber principal de gestionar el desarrollo del espacio aéreo y su seguridad: la consecuencia es que Eurocontrol no puede considerarse una empresa en el sentido del art. 82 del Tratado y por ello no está sometida a los procedimientos selectivos para la adquisición del servicio. (41)

**XIII.** Después del examen de la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, se pueden ofrecer algunos elementos de reflexión sobre cómo se adapta al poder administrativo de los estados nacionales.

---

(40) Observa G. della Cananea que es necesaria una comparación entre la jurisprudencia sobre el poder público de la Corte de los derechos y de la Corte de justicia para destacar analogías y diferencias.

(41) En el caso analizado, un operador italiano del sector de sistemas de gestión del tráfico aéreo había presentado una denuncia a la Comisión por presunto abuso de posición dominante del organismo europeo encargado de desarrollar un sistema uniforme de gestión del tráfico aéreo en Europa (Eurocontrol). La Comisión había rechazado el recurso considerando que las actividades de Eurocontrol no tenían naturaleza económica y por ello no podía considerarse como una empresa en el sentido del art. 82 CE. La empresa propuso un recurso al tribunal de primer grado que con sentencia del 12 de diciembre de 2006, excluye que una de las actividades de Eurocontrol (la actividad de asistencia a las administraciones nacionales) es separable del deber de gestionar el desarrollo del espacio aéreo y de la seguridad aérea, configurando una actividad económica y en consecuencia, Eurocontrol para este ámbito debe considerarse una empresa según el art. 82 del Tratado CE. En el punto 87 se afirma en efecto que “constituye una actividad económica toda actividad consistente en ofrecer bienes o servicios sobre un mercado determinado (arrêt del 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, 118/85 Registro p. 2599, punto 7; del 12 de setiembre de 2000, Pavlov e. a. C-180/98 a C-184/98, Registro p. I-6451, punto 75, del 1 de julio de 2008, MOTOE, C-49/07, no publicado aún en el Registro, punto 22)”. Siguiendo por el contrario las conclusiones del abogado general Trstenjak, la Corte de justicia en la sentencia analizada, ha advertido que el tribunal ha cometido un error de derecho en considerar separables las actividades de asistencia a las administraciones nacionales del deber de gestionar el espacio aéreo y el desarrollo de la seguridad aérea atribuidas a Eurocontrol. La Corte retoma plenamente las conclusiones de la sentencia del 19 de enero de 1994 SAT Fluggesellschaft (causa C-364/92 Rec.p.I-43): en su conjunto, las actividades de Eurocontrol, por su naturaleza, las finalidades y las reglas a las que está sometida, conectadas con el ejercicio de los poderes de control y de policía del espacio aéreo, son típicamente poderes públicos y no actividad económica. En el punto 70 la Corte de justicia recuerda que “según la jurisprudencia de la Corte, no presentan carácter económico, justificando la aplicación de las reglas de concurrencia del tratado, las actividades que se relacionan al ejercicio de prerrogativas de *puissance publique* (ver en este sentido, arrêt del 11 de julio de 1985, Comisión/Alemania, 107/84 Reg. p. 2655, puntos 14 y 15; SAT Fluggesellschaft, precitado, punto 30, como también MOTOE, precitado, punto 24”. La actividad de asistencia de Eurocontrol, ya en aquella sentencia, se considera “típicamente prerrogativa de *puissance publique* y que no presentan un carácter económico” (n.71).

El punto a afrontar es si y cómo la discrecionalidad administrativa es limitada por una jurisprudencia tan particular como la de la Corte de los derechos.

Es evidente que no se pueden recorrer integralmente los experimentados senderos de los vínculos puestos por el juez nacional a la discrecionalidad porque las variables implicadas son muy diferentes.

La primera y más importante diferencia es que el juez nacional controla la discrecionalidad sobre un parámetro que puede invocar sólo indirectamente la Convención, debido al límite citado que la Corte constitucional interpone a su jurisdicción.

El segundo motivo es que el juez nacional tiene medios directos en el proceso para verificar el hecho también en cuanto a la legitimidad y para dar ejecución a la sentencia que no son comparables aún -a pesar de los esfuerzos en tal sentido- con los poderes del juez de Estrasburgo (art. 46 de la Convención) para la interposición del Estado nacional.

Por eso es oportuno comenzar por la idea expresada recientemente de modo claro y convincente, según la cual, si los derechos fundamentales se colocan primero que el poder administrativo, se debe deducir que “en el poder administrativo no pueden existir espacios de libertad no conocidos por el ciudadano y por lo tanto, por el juez”. (42) La legalidad sustancial de los derechos inviolables prevalece sobre la legalidad formal, excluyendo de raíz la atribución de un poder en aquella situación específica.

Esta legalidad sustancial aplicada a ordenamientos muy diferenciados y en realidad con tradiciones jurídicas diferentes, no puede que expresarse a través de principios generales o conceptos jurídicos indeterminados, que por otro lado, justamente en temas de derechos humanos muestran todo su contenido de idealidad.

Contrariamente, la legalidad sustancial de los principios paga un precio necesario en términos de ampliación del poder interpretativo del juez, que adapta la norma escrita a las exigencias concretas. Esta constatación corresponde a lo afirmado precedentemente sobre la realización de un orden jurídico global, donde la falta de un circuito de legitimación del poder político permite a las Cortes realizar una legalidad, que limita el poder administrativo según la interpretación judicial.

Por otro lado, análogamente y con todas las diferencias del caso, la Corte de los derechos limita la discrecionalidad según un recorrido lógico análogo al de la Corte constitucional. Analizando medio siglo de sentencias de la Corte constitucional, se observa que “a diferencia del juez administrativo, que se ocupa directamente de la actividad de la administración pública, la Corte constitucional se ocupa principalmente de cómo la ley puede conferir legítimamente a la administración el poder de elegir discrecionalmente cómo comportarse. Mientras el primero es llamado para evaluar la legitimidad y el correcto ejercicio del poder administrativo discrecional, entre otros, sobre la base de criterios y cánones elaborados por él mismo en el curso de casi dos siglos de pronunciamientos sobre el poder administrativo, la Corte define los confines constitucionales de la atribución legislativa del poder a la administración, analizando la norma atributiva de poder y fijando contenidos mínimos y máximos bajo la luz de las reglas y de los principios constitucionales”. (43)

En sustancia, la Corte de los derechos -como sucedió ejemplarmente en el caso de la ocupación adquisitiva- utiliza la teoría del margen de apreciación cedido a los Estados nacionales para verificar cuál parámetro normativo han usado las administraciones y los jueces nacionales. (44)

(42) F. Merusi, *L'integrazione fra legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.* 2009, 50.

(43) D. De Petris - B. Marchetti, *La discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, curado por G. della Cananea - M. Dugato, Napoli, 2006, 351.

(44) Para F. Donati - P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento*, en *AAVV*, *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, curado por P. Falzea-A. Spadaro-L. Ventura, cit. 70, la teoría del margen de apreciación corresponde a los límites de la discrecionalidad administrativa.

En efecto, si bien la Corte afirma que los Estados nacionales tienen un amplio margen de apreciación en la regularización de los derechos (en el caso analizado, de la propiedad privada) para los fines del interés público, termina estableciendo ella misma cuáles son los presupuestos para considerar legítimo el simple acto administrativo, a través del control de razonabilidad y proporcionalidad de la legislación nacional.

Entonces, no sólo la Corte incide directamente sobre el caso específico sino que lo hace aduciendo una ilegitimidad fundada sobre el parámetro normativo establecido por ella interpretando la Convención. Además, la Corte cumple esta operación hermenéutica sin ni siquiera la interposición (como en el caso de la Corte constitucional italiana) de un juez *a quo* que, ante el caso, delimita la cuestión e indica el parámetro constitucional que considera violado.

El poder interpretativo de la Corte de los derechos en relación al poder administrativo aparece por ello muy fuerte, sobrepasando idealmente sus poderes en el plano nacional, en cuanto ejerce los poderes del juez administrativo, decidiendo el caso concreto sometido directamente por el recurrente a la jurisdicción, pero al mismo tiempo, interpretando las normas de la Convención, cumple un rol análogo al de la Corte constitucional, determinando el parámetro mismo de la legitimidad/licitud del acto o comportamiento objeto de juicio.

Así el mérito se transforma en legitimidad y se vuelve objeto de la jurisprudencia de la Corte de los derechos.

No escapará al lector experto que una tal operación se parece a la tentativa, cumplida por el juez ordinario nacional, de elaborar una categoría de derechos incompressibles, no susceptibles de degradación y por ende, atribuidos a la jurisdicción. (45) *Mutatis mutandis* aquello que no resultó completamente al juez interno, puede ser cumplido por la Corte de los derechos, de tal modo que *no hay poder que resista la tutela de los derechos humanos*. (46)

La Corte de los derechos, llamándose a las tradiciones constitucionales comunes (47) elabora un catálogo autónomo de los derechos, que pesan sobre las legislaciones de los Estados nacionales conformándolos hacia principios comunes. La Corte llega así a determinar en vía ascendente, las obligaciones positivas para los Estados adherentes a la Convención cuando se da cuenta de que constituyen un principio común para un número suficiente de ellos. (48)

Los ejemplos anteriores son la mejor prueba. El derecho a la vida impone a la administración la prevención/evitación de desmoronamientos o exhalaciones nocivas de los depuradores; el derecho al rechazo/extradición está limitado por la posibilidad de sufrir torturas en el País de origen; los poderes de policía no deben consistir en comportamiento inhumanos; el derecho a la instrucción no puede inhibirse a quien posea un documento con el rostro velado ni realizado en clases separadas por motivos étnicos; la prohibición de tratos inhumanos no es objeto de ponderaciones ni siquiera en los condenados por terrorismo.

Todo el catálogo del poder administrativo autorizado es objeto de decisiones de la Corte de los derechos que juzgando en el caso individual, fija al mismo tiempo el parámetro de referencia determinando una legalidad sustancial confiada a un juez de rango constitucional.

(45) Sobre este punto, N. Paolantonio, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte di cassazione*, informe en este mismo Convenio y ahora en [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

(46) A esta conclusión explícita llega ahora la jurisprudencia que en sede de conflicto de jurisdicción, reconoce a los derechos humanos una naturaleza de derechos subjetivos incompressibles, como en el caso de demanda directa para obtener la verificación del derecho a la protección humanitaria según el art.5 inciso 6 y 19 del d.lgs. n° 286 de 1998 y del art. 2° letra f, art.4 y 5 de la dirección del Consejo europeo del 29 de abril de 2004, n° 2004/83/CE (Cass.Sez.un.ord. 9 de septiembre de 2009, n° 19393 en [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)).

(47) MOSCARINI, A., *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006.

(48) GARDINO CARLI, A., *Stati e Corte europea di Strasburgo nel sistema di protezione dei diritti dell'uomo*. Profili processuali, Milano, 2005, 176-177.



El reconocimiento de los derechos de los sujetos, con consecuentes limitaciones de los poderes públicos, supone su preexistencia respecto de la norma, dando vida a una visión de tipo jurisnaturalístico individualista. (49) Podrían resultar sin tutela efectiva los derechos sociales, ni siquiera previstos explícitamente en la Convención, contrariamente a lo que sucede en las Cartas constitucionales, que son incluso contemporáneas. El peligro consecuente, en términos de situaciones jurídicas subjetivas, podría ser la atribución de derechos teóricamente configurados sobre un modelo de sujeto abstracto, mientras que las situaciones jurídicas en una sociedad compleja, brotan siempre a partir de una confrontación/choque entre intereses. (50)

Este riesgo se materializa en las sentencias sobre el tema de la propiedad privada, considerada siempre como derecho humano individual, incluso cuando contrasta con las Constituciones nacionales (como la nuestra) que no lo consideran así. En otras ocasiones, partiendo la Corte de enunciados de la Convención formulados de modo tradicional, logra tutelar nuevos derechos sociales (51), como cuando por ejemplo, el derecho a la vida trae la consecuencia de la responsabilidad estatal por emisiones nocivas de un depurador.

La Corte configura de este modo situaciones subjetivas (a la vida o a los tratos no degradantes) que se traducen en derechos sociales (a la instrucción, a la vivienda, a la tutela de la salud y del ambiente), agregando en los ordenamientos nacionales nuevas situaciones jurídicas protegidas.

Si puede formularse una crítica es que en esta jurisprudencia permanece una visión todavía dualista de tipo vertical, que induce a la Corte a una neta separación entre Estado y sociedad civil, proponiendo un modelo de derecho administrativo de garantía dirigido a limitar el poder leviatánico de las administraciones públicas, sin tutelarlas nunca de los poderes externos.

Aclarados estos límites, sería un error, como se dijo al inicio, analizar la jurisprudencia de la Corte separada de la concomitante jurisprudencia de las otras Cortes con quienes tiene una constante disputa dialéctica: la garantía de los derechos no está entonces en las decisiones aisladas de la Corte de Estrasburgo sino en aquel complejo retículo de decisiones asumidas por las Cortes constitucionales nacionales, por la Corte de justicia y por las jurisdicciones sectoriales supranacionales, que además influyen si bien de maneras diferentes, a los jueces nacionales. (52)

Las limitaciones impuestas al poder administrativo son relevantes y evidentes.

Incluso acogiendo la interpretación constante de la Corte constitucional según la cual el juez nacional no puede desaplicar directamente una norma interna que esté en contraste con la CEDH, es cierto que las sentencias de la Corte de los derechos, influyen de manera directa en la acción de las administraciones públicas.

---

(49) ROMANO TASSONE, A., I "diritti" tra ordinamento interno ed ordinamento comunitario, informe para el Convegno de Torino 2009, advierte a propósito que tal concepción jurisnaturalística es "rudimental y naïf" en el sentido que la estructuración de los derechos (primero entre todos justamente la propiedad privada) aparece relacionada a una concepción de los derechos del s. XIX.

(50) A. Romano Tassone, *ibídem*.

(51) En tema de interpretación, observa E. Cannada Bartoli, In tema di motivazione di atti a contenuto generale, en *Foro amm.*, 1995, 1088, que "si el ordenamiento jurídico se reorganiza por efecto de principios nuevos, el interprete que sienta la unidad del ordenamiento como valor o al menos, como premisa problemática, debe proceder a la interpretación de las viejas normas, donde aparece el significado como cierto y no discutido; operación jurídica y no de tendencia" (bastardilla nuestra).

(52) Sobre la importancia que tiene la jurisprudencia de la Corte de los derechos sobre el juez administrativo en nuestro ordenamiento, S. Valaguzza, *Riflessioni sul attenuato del diritto CEDU e i suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, en *Riv.it.dir.com.*, 1375 ss., en particular p. 1391; P. De Lise, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo*, Roma, 20 de abril de 2009, en [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

La cuestión que queremos plantear no es si el juez puede desaplicar autónomamente la norma interna porque esté en contraste con la CEDH, sino más bien, cómo tendrá que comportarse la administración pública nacional en el caso en que tenga que expresarse en torno a un caso análogo a aquellos fallados por la Corte de Estrasburgo. Por ejemplo -me refiero a los casos citados arriba- ¿Podrá el Ministro de Interiores permitir extradiciones a Túnez aunque la Corte de los derechos se pronunciara negativamente? O bien ¿podrá un Director de Instituto disponer la formación de clases separadas para niños pertenecientes a minorías étnicas o religiosas? O, finalmente, ¿podrá la administración penitenciaria revisar la correspondencia de un detenido, en caso de que sea remitida por una organización internacional de salvaguarda de los derechos humanos?

En estos casos, que ya han sido objeto de pronunciamiento de la Corte de los derechos, no se cuestiona el poder del juez nacional ni las modalidades con las que éste se pone en relación con la CEDH (interpretación conforme, desaplicación etc.), sino más bien se trata de esclarecer cual es la relación entre la Corte de los derechos y la administración nacional.

Las elecciones de la administración hallan, ahora, un nuevo límite a su discrecionalidad en los fallos de la Corte de los derechos, que obliga a la propia administración, como mínimo, a motivar una posible decisión distinta a la adoptada por el juez de Estrasburgo. La administración nacional está obligada a una “interpretación conforme” al dictado normativo interno, según las indicaciones proporcionadas por las sentencias de la Corte de Estrasburgo.

Si a la *potestas* de los estados nacionales se adosa la *auctoritas* de las Cortes, menor será el riesgo -por otro lado siempre incumbente- de un poder que se autolegitima como fuerza irracional.

Para quien pueda pensar que la tutela de los derechos humanos es un mito, bien se adaptan las palabras de Santi Romano, que en la voz Autonomía en *Frammenti di un Dizionario giuridico* escribió: “el mito, que no es realidad y además es opuesto a la realidad, puede señalar el inicio de un camino que conduce a la realidad, no sólo descubriéndola sino además creándola”.