

LA PROTECCIÓN EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS¹

RAIMONDI GUIDO

Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Crónica Jurídica Hispalense 16-17 • Págs. 261 a 274

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS ORÍGENES DEL CONVENIO. III. EL CONTENIDO DEL CONVENIO. IV. RAZONES PARA LA EFECTIVIDAD PARTICULAR DEL SISTEMA. V. LA SUBSIDIARIEDAD. VI. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO. VII. TENDENCIAS ACTUALES.

Resumen: El autor hace un balance de los resultados del sistema europeo de protección de los derechos humanos, que se ha revelado como uno de los más eficaces del mundo y pilar fundamental del proyecto europeo. Parte para ello de los orígenes del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se analiza de forma panorámica y completa el contenido aplicado por el tribunal, la singularidad del mismo y la subsidiariedad como elemento clave del sistema.

Summary: The author reviews the results of the European system for the protection of human rights, which has emerged as one of the most effective in the world and as a fundamental pillar of the European project. The author deals in his analysis with the fundamental aspects of the system, starting from the origins of the European convention on human rights and the European court of human rights. The content applied by the court, its singularity and subsidiarity as a key element of the system is analyzed in a

1. Conferencia pronunciada en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho, el marco del Programa de Doctorado en Derecho, el 1 de junio de 2018. La invitación al Exc.mo Sr. Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Dr. Guido Raimondi, a participar en el Programa de Doctorado fue realizada por el Decano de la Facultad de Derecho a propuesta del Prof. Dr. Pablo Antonio Fernández Sánchez (Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla).

Como conclusión se presenta un análisis de las tendencias actuales del tribunal con apoyo en las reuniones internacionales que a tal efecto se desarrollaron en Interlaken (2010), Izmir (2011), Brighton (2012) y Bruselas (2015).

Palabras clave: Tribunal Europeo de derechos humanos, subsidiariedad, Convenio Europeo de Derechos humanos, criterios de interpretación

panoramic but complete manner. the article presents an analysis of the court's current trends with support in the international meetings held for that purpose in Interlaken (2010), Izmir (2011), Brighton (2012) and Brussels (2015).

Keywords: European Court of Human Rights, subsidiarity, European Convention on Human Rights, criteria for interpretation

Fecha recepción original: 04/06/2018

Fecha aceptación: 11/06/2018

I. INTRODUCCIÓN

El sistema europeo de protección de los derechos humanos es reconocido unánimemente como el más eficaz del mundo y como un elemento fundamental, particularmente exitoso del proyecto europeo, su futuro, teniendo en cuenta el gran número de recursos pendiente ante el Tribunal de Estrasburgo (hasta la fecha aproximadamente 56.000), depende en gran medida del pleno funcionamiento del principio de subsidiariedad, o, como también decimos hoy, de la "responsabilidad compartida".

En otras palabras, los valores del Convenio deben penetrar aún más profundamente de lo que ya lo han hecho en los sistemas jurídicos nacionales, por lo que la mayoría de las demandas se deberían resolver dentro de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Partes en el Convenio. Oportunidades como ésta contribuyen, por lo tanto, con autoridad, a esa diseminación indispensable del conocimiento.

Hay que decir que el número de recursos pendientes contra España es relativamente bajo – gracias al sistema de acceso directo al Tribunal Constitucional que existe en este país – una señal clara de un excelente nivel de aplicación del Convenio Europeo, dentro de la legislación española.

Con respecto a la "responsabilidad compartida", me gustaría decir que el Tribunal de Estrasburgo está invirtiendo mucho en el diálogo con los tribunales nacionales, especialmente, como es natural, con los Tribunales Constitucionales y los Tribunales Supremos. A la espera de la próxima entrada en vigor del Protocolo n.º 16 del Convenio, el Tribunal estableció la Red de Tribunales Supremos Europeos, una iniciativa que ha sido un gran éxito: a fecha de hoy, hay 68 tribunales participantes de 35 Estados contratantes.

Voy a tratar de tocar algunos puntos que espero sean de su interés, a partir de los orígenes del Convenio y el Tribunal para luego hablar, muy brevemente desde luego, del contenido que aplica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las razones por las cuáles el sistema es único, estando en posesión de ese determinado grado de

eficacia que antes he mencionado, y luego hablaré de la subsidiariedad, que, como ya he dicho, es un elemento clave del sistema, así como de los rasgos característicos del Tribunal de Estrasburgo, con especial atención a los criterios que sigue el Tribunal en la interpretación del Convenio.

También me gustaría hablar sobre las tendencias actuales, es decir, las inquietudes que han acompañado durante algún tiempo la vida del Convenio y el Tribunal, preocupaciones de naturaleza cuantitativa y cualitativa, que fluyen en ese proceso de reflexión en torno al Convenio, llevado a cabo por los Estados cuya Declaración de Copenhague, adoptada en abril pasado durante una conferencia de alto nivel, posterior a una serie de conferencias internacionales sobre el futuro del sistema europeo para la protección de los derechos fundamentales: Interlaken en 2010; Izmir en 2011; Brighton en 2012 y Bruselas en 2015.

De particular importancia fue la declaración adoptada en Brighton, que establece algunos puntos fundamentales y es la fuente de dos nuevos instrumentos, ya aprobados y abiertos a la firma, es decir, el Protocolo 15 y el Protocolo 16. El primero, que requiere la ratificación de todos los Estados contratantes, aún no ha entrado en vigor, mientras que el segundo, que llegó, precisamente en Copenhague, el pasado mes de abril, a las 10 ratificaciones mínimas exigidas y que entrará en vigor el 1 de agosto.

II. LOS ORÍGENES DEL CONVENIO

Comienzo con los orígenes del Convenio. El Convenio entró en vigor hace casi sesenta y cinco años, el 3 de septiembre de 1953, y se firmó en Roma el 4 de noviembre de 1950, poco menos de tres años antes.

El Convenio es un instrumento jurídico que sigue a las atrocidades que ocurrieron durante la Segunda Guerra Mundial y también en el período de entreguerras. Sólo la gravedad, sin precedentes, de esa crisis puede explicar la adopción de un instrumento que, como veremos, implica limitaciones de soberanía muy considerables para los Estados que lo han adoptado.

Después de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Convenio constituyó una de las manifestaciones, probablemente la más importante, de la revolución que, tras la Segunda Guerra Mundial, había transformado radicalmente el derecho internacional.

En 1936, un gran erudito italiano publicó una monografía, "El sometimiento al derecho internacional", en la que se podía afirmar –y muy correctamente en ese momento– que las únicas obligaciones internacionales sobre el trato de las personas bajo la responsabilidad de los Estados son las relativas a los extranjeros, mientras que la relación entre el Estado soberano y sus propios ciudadanos puede compararse con la existente en las normas civiles entre el dueño y las cosas que posee.

En su hermoso libro *East West Street*, publicado el año pasado, Philippe Sands nos recuerda que prácticamente la única excepción fue el Tratado sobre minorías impuesto a Polonia en 1919 por los ganadores de la Primera Guerra Mundial, una convención que, precisamente por las exigencias del Derecho Internacional general

de la época, Polonia la consideró como una arrogancia intolerable. Por supuesto, las cancillerías están siempre inquietas y desconfiadas cuando, como sucedió después de la Segunda Guerra Mundial, se crean las condiciones para el surgimiento del derecho en la escena de la política internacional.

Las limitaciones de soberanía de esta intensidad son posibles solo después de una gran crisis, como fue el caso de la Segunda Guerra Mundial. La opinión pública, ya no solo nacional sino europea, había podido expresarse especialmente en el famoso Congreso de La Haya de 1948, cuya resolución final abogó por un mecanismo internacional europeo dotado de poderes vinculantes, capaz de imponerse a los Estados y al cual, cada ciudadano, incluso el más modesto, podría apelar.

Esto se logró en muy poco tiempo, con el establecimiento del Consejo de Europa, en mayo de 1949, y la firma del Convenio Europeo en noviembre de 1950. El Convenio nació precisamente dentro del Consejo de Europa, que es una de las organizaciones europeas más antiguas, constituida sobre todo como un baluarte de la Europa democrática frente al bloque de los países comunistas.

El Consejo de Europa, entonces, se creó en contraposición a los países de Europa Central y del Este, tras el bloque soviético, que luego terminó convirtiéndose, irónicamente, en el hogar de estos países, una vez que los regímenes totalitarios existentes en esos lugares, fallaron.

Todos estos países, después de la caída del Muro de Berlín, en 1989, se han convertido gradualmente en miembros del Consejo de Europa y partes del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que ahora cuenta precisamente con 47 Estados Partes.

El vínculo entre el Convenio y el Consejo de Europa es muy intenso. El Consejo de Europa es una organización que produce convenciones internacionales. No todas estas convenciones están reservadas para los Estados miembros; algunas están abiertas al exterior, y de algunas, también, son parte los Estados Unidos de América.

El Convenio Europeo, sin embargo, es un convenio reservado para los Estados miembros del Consejo de Europa. ¿Por qué? Porque queríamos establecer un vínculo muy estrecho entre el Convenio y la organización, no sólo para preservar el carácter regional del sistema, sino también —más importante aún— porque existe un vínculo entre la posibilidad de poder asumir las obligaciones más estrictas en la protección de los derechos fundamentales previstos en el Convenio y el hecho de poder protegerlos eficazmente en sus propios territorios.

Solo los Estados que realmente reconocen la democracia plural, el estado de derecho y defienden los derechos humanos pueden ser partes del Consejo de Europa. De esta forma, solo los Estados que pasan la prueba de la democracia, que es esencial para unirse al Consejo de Europa, se consideran aptos para asumir las obligaciones establecidas por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y someterse a su sistema de control. Esta es la idea.

Por supuesto, en la vida real sabemos que tal vez sería arriesgado decir que los 47 Estados miembros del Consejo de Europa cumplen con un nivel medio o incluso

aceptable de estas características, pero este es el requisito del Estatuto del Consejo de Europa y el Convenio Europeo.

Hoy no tenemos tiempo para detenernos en el desarrollo histórico de las instituciones creadas en 1950, un desarrollo que ha sido notable. Basta decir que en 1950 el Convenio había creado un aparato de control mucho menos penetrante y efectivo que el actual.

Había dos órganos, una Comisión Europea de Derechos Humanos y un Tribunal; hoy solo hay uno, un Tribunal formada por Magistrados que residen permanentemente en Estrasburgo. Originalmente, la demanda individual, que es el sostén del sistema, porque ofrece la posibilidad de que todos puedan dirigirse directamente al Tribunal Europeo, no se permitía automáticamente. De hecho, no se esperaba realmente que los individuos pudieran acceder directamente al Tribunal. Sólo podía hacerlo la Comisión, e incluso esta posibilidad estaba limitada o sujeta a una declaración unilateral opcional.

Algunos estados aceptaron esta cláusula muy tarde, como Francia, que lo hizo en 1981. Los casos que no llegaban al Tribunal eran decididos por el órgano político del Consejo de Europa, el Comité de Ministros.

Luego, en 1998, entró en vigor una reforma importante, que fusionó los dos órganos en uno: el actual, y, sobre todo, eliminó todos los poderes jurisdiccionales del Comité de Ministros. Esto sucedió con un protocolo de 1994, el Protocolo número 11, que entró en vigor en 1998. Desde entonces, el sistema es totalmente jurisdiccional y no hay más límites para el derecho individual de demanda, o más bien hay límites, en el sentido de que la demanda debe obedecer a ciertas condiciones de admisibilidad, pero ya no es posible que un Estado impida el funcionamiento de la demanda individual.

De esta forma tenemos un tribunal independiente, formado por Magistrados que otorgan todas las garantías en este sentido, también porque, con una enmienda posterior adoptada en 2004, el Protocolo número 14, que entró en vigor en junio de 2010, fortaleció la independencia de los mismos, que ahora tienen un mandato de nueve años, no renovables.

III. EL CONTENIDO DEL CONVENIO

El Convenio deriva ciertamente de ese gran documento que es la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada solemnemente en diciembre de 1948, en París, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este es un documento que, como sabemos, no es vinculante en sí mismo, pero tiene un valor moral muy alto. La Declaración incluye tanto los derechos que se llaman de primera generación, es decir, los derechos civiles y políticos, como los derechos que también se llaman de segunda generación, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales.

A nivel de las Naciones Unidas, como es bien sabido, esa Declaración Universal ha dado lugar, después de un largo tiempo (dieciocho años), a los dos Pactos Internacio-

nales de las Naciones Unidas de 1966, uno dedicado a los derechos civiles y políticos y otro a los derechos económicos, sociales y culturales.

La Declaración Universal en sí misma, naturalmente, no vino de la nada, y el terreno en el que está enraizada es el del constitucionalismo clásico occidental. Pensemos, por ejemplo, en la Carta Magna británica, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en la Declaración Americana de Derechos que es de la misma fecha, es decir, las primeras diez enmiendas a la Constitución de Estados Unidos, también adoptada en 1789, y luego la protección de las libertades clásicas, la defensa del domicilio, la libertad de reunión, la libertad de expresión y, por supuesto, los derechos más fundamentales, a saber, el derecho a la libertad, el derecho a no ser sometido a tortura ni a trato cruel, inhumano o degradante y a no ser privado de la vida arbitrariamente. Todo esto vino del legado del constitucionalismo clásico.

Aquí señalamos un fenómeno de gran importancia en la relación entre la protección de los derechos fundamentales a nivel nacional, por un lado, y, a nivel internacional, por otro. Hemos visto que los derechos declarados a nivel nacional se proclaman internacionalmente cuando se reconoce que es necesaria su protección, que va más allá de las fronteras estatales, y que pueden imponerse dentro de los Estados, cuando estos Estados se alejan de aquellos esquemas de protección de la persona humana que ahora se consideran un patrimonio que ya no es solo nacional, sino también internacional, un patrimonio que, por lo tanto, pertenece, en general, a la persona humana como tal.

Hay un fenómeno de ida y vuelta, porque también es un fenómeno inverso, es decir, los derechos proclamados internacionalmente también se importan a nivel nacional. Este es un fenómeno muy interesante que hemos visto justo después de 1989, cuando regresaron a la democracia los países de Europa Central y Oriental, que, cuando tenían que adoptar nuevas constituciones, importaron gran parte del contenido del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es decir, el documento que en nuestro continente representa lo mejor que se puede ofrecer para proteger los derechos fundamentales.

Los derechos comprendidos en el Convenio son los que he mencionado antes, que es esencialmente el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado, a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes, a no ser sometido a trabajo forzado, el derecho a la libertad personal – el Convenio es muy detallado en la prescripción de las circunstancias en las que se le permite a un Estado privar a una persona de su libertad – el derecho a un juicio justo, que incluye el acceso a la justicia– y los derechos proporcionados por el constitucionalismo clásico que ya han sido mencionados.

Quisiera hacer ahora, alguna referencia a los artículos pertinentes del Convenio: tenemos el derecho a la protección de la vida privada y familiar que está protegida por el artículo 8 del Convenio; el derecho a la libertad de conciencia y religión que está protegido por el artículo 9; el derecho a la libertad de expresión protegido por el artículo 10; el derecho a la libertad de reunión y asociación protegido por el artículo 11 del Convenio, y otros, no solo en el Convenio, sino también en los Protocolos Adicionales al Convenio.

Dije al principio que hemos llegado a 16 protocolos. No todos estos protocolos complementan el Convenio mediante la adición de nuevos derechos, porque algunos se relacionan con el mecanismo de control, que tiene el valor de procedimiento. Todos son relevantes, especialmente el II, el XV y el XVI, pero, particularmente, los Protocolos Adicionales IV y VII, así como el VI y el XIII que se refieren a la pena de muerte, tienen una importancia singular.

He aquí, en términos generales, el contenido sustancial del Convenio.

IV. RAZONES PARA LA EFECTIVIDAD PARTICULAR DEL SISTEMA

¿Por qué es tan efectivo el sistema? ¿Por qué está funcionando? ¿Por qué es creíble? Aquí mencionaré dos artículos del Convenio que son relevantes: el artículo 41 y el artículo 46.

El artículo 41 confiere al Tribunal Europeo de Derechos Humanos el poder, en caso de que encuentre una o más violaciones del Convenio, de otorgar a quienes han sido víctimas de esta violación lo que el Convenio llama una satisfacción justa y equitativa, que es una verdadera reparación de carácter pecuniario, que incluye tanto el aspecto del daño moral como el del daño material. Por lo tanto, las sentencias del Tribunal tienen un valor concreto, es decir, una vez que se ha establecido la infracción, una vez que se establece que esta violación ha causado daño, el Tribunal declara que el Estado responsable está obligado a reparar este daño. Y el Estado está obligado a pagar.

Quizás aún más importante es el artículo 46 del Convenio, que establece que la decisión del Tribunal es vinculante para el país receptor. Esto significa, en primer lugar, que todos los órganos del Estado en cuestión, son los destinatarios de esta decisión, por lo que no sólo los órganos del poder ejecutivo y el gobierno, sino también, de acuerdo con el artículo 46, los jueces y magistrados.

Muy importante también, porque va a más allá de la dimensión individual, es la imposición de las llamadas obligaciones generales al Estado que recibe la sentencia. ¿Cuáles son estas obligaciones generales?

Si el fallo del Tribunal revela un problema estructural o sistémico, que puede ser de naturaleza legislativa o de naturaleza administrativa o de otro tipo, el Estado en cuestión tiene la obligación de establecer todas las medidas generales, incluidas las legislativas, para protegerse del riesgo de nuevas violaciones.

El Tribunal Europeo desarrolló esta posición con la práctica de las denominadas sentencias pilotos. Cuando hay un elemento de sistematicidad en un caso ante el Tribunal, la primera consecuencia es que el Tribunal puede verse sumergido en centenares, si no miles, de demandas relacionadas con la misma cuestión. Entonces, también por razones de eficiencia, en estos casos, el Tribunal procede precisamente con una sentencia que se llama piloto. Con esta resolución, además de resolver el caso específico, el Tribunal también da indicaciones al Estado concernido sobre cómo es posible resolver ese problema de carácter general, estableciendo un plazo para

que el Estado cumpla con las indicaciones del Tribunal y suspende la discusión de las otras demandas presentadas sobre el mismo tema.

Este sistema confía en que dentro del período establecido, el Estado proporcionará soluciones a tal situación. Un ejemplo típico es el de la sentencia *Torreggiani* concerniente a Italia y que se refiere al problema de la sobrepoblación. Aquí, precisamente, el Tribunal suspendió el examen de numerosas quejas, alrededor de 3.000, que habían sido presentadas sobre este tema, a la espera de que expire el plazo para que el gobierno italiano cumpla con una resolución de 2013 (*Torreggiani al. V. Italia*, 8 de enero 2013).

Tras las medidas adoptadas por las autoridades italianas, medidas que han abarcado una amplia gama de intervenciones, desde reducciones de sanciones, inversiones en edificios penitenciarios, hasta la creación de nuevos recursos judiciales en favor de las víctimas de violaciones, el Tribunal consideró la elegibilidad y la adecuación de las medidas y se han “repatriado” las otras demandas pendientes.

Otra cosa sería el alcance del artículo 46. Esta disposición establece la fuerza vinculante de las sentencias sólo a los Estados que son los destinatarios directos de la sentencia del Tribunal, es decir, el Estado o los Estados que participaron en el procedimiento.

Naturalmente, los otros Estados, que no guardan relación con el procedimiento, que tienen un problema en su sistema análogo al que el Tribunal Europeo ha encontrado, tienen todo el interés, por supuesto, en estar en buena posición antes de que una nueva sentencia les afecte a ellos también.

Un ejemplo de este tipo, un ejemplo virtuoso si se desea, es el Tribunal de Casación francés, que se reunió en asamblea plenaria después del fallo *Salduz c. Turquía*, sentencia de 2008, que encontró un problema en la asistencia legal a los acusados desde el comienzo de la investigación. Aquí el Tribunal de Casación francés adoptó una resolución invitando a todos los tribunales a cumplir con esta jurisprudencia, incluso antes de que el Tribunal abordara el mismo asunto con referencia a Francia.

V. LA SUBSIDIARIEDAD

Otra cuestión que quisiera abordar es la cuestión de la subsidiariedad, que es de crucial importancia. Hay que decir que hay dos formas de ver la subsidiariedad, una desde el punto de vista del Tribunal y la otra desde el punto de vista de los Estados.

Dije, al principio, que existe un fuerte vínculo entre la participación en el Consejo de Europa, por un lado, y el Convenio, por otro, porque sólo un Estado que puede proteger eficazmente los derechos humanos en él, puede unirse al Convenio. Esto significa que la primera defensa, el primer juez de los derechos humanos en el sistema europeo no es el Tribunal de Estrasburgo, sino los tribunales nacionales, en especial los Tribunales Supremos y Tribunales Constitucionales, así como los Tribunales de Primera Instancia.

El sistema está destinado a funcionar solo para reparar aquellas violaciones que, por así decirlo, escapan al sistema nacional, que por sí solo debería ser capaz de prevenir o reparar la violación de los derechos de la persona humana. Y esta subsidiariedad se expresa mediante una regla precisa que está contenida en el Convenio y que es la regla del agotamiento previo de los recursos internos (Artículo 35 § 1).

El Tribunal de Estrasburgo no permite comparecer a una persona que afirma ser víctima de una violación por parte de un Estado al que desea denunciar ante el Tribunal Europeo si no ha agotado todos los recursos disponibles en dicho Estado.

La norma no es aplicada estrictamente por el Tribunal, en el sentido de que, una vez que el Gobierno en un procedimiento ante el Tribunal ha objetado la existencia de un recurso que no ha sido seguido por la parte recurrente, el Tribunal debe preocuparse de establecer la efectividad de la apelación, es decir, su idoneidad para remediar la violación denunciada, y también su accesibilidad, es decir, si pudiera ser activada por el solicitante de una manera no excesivamente onerosa.

Las demandas sin perspectivas de éxito o de difícil acceso no son consideradas efectivas por el Tribunal.

Volveré más adelante sobre este aspecto de la subsidiariedad, porque la subsidiariedad ahora aparece también, de manera formal, en el reformado Preámbulo del Convenio, según lo dispuesto por el Protocolo 15, cuyos orígenes se encuentran en la Conferencia de Brighton.

Ciertamente, las razones que llevaron a este cambio, se refieren más bien a la subsidiariedad desde el punto de vista de los Estados, es decir, como una pantalla hacia un Tribunal que algunos consideran demasiado activista. Pero volveré más adelante sobre estas cuestiones.

VI. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO

Me gustaría, antes de mencionar la Declaración de Brighton y el futuro del Tribunal, hacer un guiño a aquellos rasgos característicos más importantes de la jurisprudencia, en particular con respecto a los criterios de interpretación del Convenio. Es un aspecto fundamental, ya que es a través del desarrollo de estos criterios, que el Tribunal ha podido desarrollar su riquísima jurisprudencia, tal como la conocemos hoy día, que abarca muchos campos de la vida social, civil e incluso política de la sociedad europea.

Citaría cuatro sentencias, aunque no por orden cronológico. Tres de ellas, se refieren al carácter expansivo del Convenio, la cuarta se refiere al elemento del margen de apreciación, que en cambio constituye una especie de deferencia del Tribunal hacia las autoridades nacionales. Pero vamos por orden.

Las cuatro sentencias son: *Golder* de 1975, *Öztürk* de 1984, *Tyrrer* de 1978 y *Handyside* de 1976. Cada una de estas sentencias están vinculadas a un aspecto fundamental de la jurisprudencia. La sentencia *Golder* se refiere a la interpretación del Convenio como un tratado internacional, luego veremos qué significa esto; la senten-

cia *Öztürk* se refiere a la doctrina de la llamada interpretación autónoma del Convenio; la sentencia *Tyrer* de 1978 se refiere a la interpretación evolutiva del Convenio. Estas tres, como ya he dicho, son las tres más expansivas. Luego está la cuarta que, en cambio, va en el sentido de deferencia hacia los Estados y es la regla de *Handyside* mediante la cual se introduce la doctrina del margen de apreciación.

Comienzo con la sentencia *Golder*. Esta decisión es de fundamental importancia tanto por el resultado específico obtenido, es decir la interpretación extensiva del artículo 6 del Convenio, que es la que se refiere al llamado juicio justo, en el sentido de que este artículo del Convenio contiene implícitamente el derecho de acceso a la justicia, que como tal no se especifica explícitamente por la norma, y, tal vez incluso más, a la declaración de principios que contiene la interpretación del Convenio.

La sentencia *Golder* dice que el Convenio, en cuanto un tratado internacional debe ser interpretado de acuerdo con las reglas de interpretación que, previstas por el derecho internacional general, están codificada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en particular los artículos 31 a 33 de esta Convención, reglas que se consideran ampliamente que corresponden al derecho consuetudinario.

Y esto es importante porque el derecho internacional sobre la interpretación de los tratados ha experimentado una evolución muy clara desde la Segunda Guerra Mundial. Por un lado, se ha abandonado la tesis de que los tratados internacionales, considerados como excepciones al principio de la soberanía del Estado, siempre deben interpretarse en sentido restrictivo; otra evolución de la praxis en el período de la posguerra en cuanto a la interpretación de los tratados es el abandono del criterio subjetivo a favor del criterio objetivo de interpretación, lo que significa relativizar la importancia de los trabajos preparatorios.

La regla fundamental del derecho internacional consuetudinario, y por lo tanto de la Convención de Viena, es que los tratados deben interpretarse de acuerdo con el sentido corriente de las palabras a la luz del objeto y el fin del tratado. Luego, por supuesto, hay elementos subsidiarios de interpretación, pero este es el elemento fundamental, lo que significa una modalidad de interpretación que deja al juez bastante libertad. Sin esta sentencia *Golder*, todo lo demás no hubiera sido posible.

Con la sentencia *Öztürk* de 1984, aunque no por primera vez, pero sí particularmente de manera efectiva, el Tribunal desarrolla la teoría de la interpretación autónoma. ¿Qué significa esto? Significa que cuando los términos están incluidos en el Convenio, especialmente los términos de naturaleza técnica y jurídica, estos términos, a menos que sea clara la intención de referir el término al sistema nacional individual, deben interpretarse de manera independiente porque tienen un significado solo en la esfera convencional.

En el caso de *Öztürk*, particularmente famoso, fue la despenalización llevada a cabo por el sistema alemán. Con la despenalización, el ordenamiento alemán no incluyó en el procedimiento para la aplicación de la sanción administrativa sustitutiva de la penal, todas aquellas garantías que, en su lugar, se previeron en el proceso penal.

El Sr. *Öztürk* ha recurrido al Tribunal de Estrasburgo, con el argumento de que el importe de la multa era tal que en la práctica era una pena, por lo que se requería a las autoridades alemanas para asegurar todas las garantías del proceso penal en el procedimiento administrativo también, en virtud del Convenio. Y el tribunal dijo que sí, que el señor *Öztürk* tenía razón. Refiriéndose a una sentencia anterior, el caso *Engel*, de 1976, que había fijado los criterios para determinar si una determinada sanción deben ser considerada, de acuerdo con el concepto autónomo del Convenio, penal o no penal, y llegó a la conclusión de que era una pena que debe ser calificad de penal en el marco del Convenio, por lo que la falta de garantías previstas en el Convenio se determinó la violación del mismo.

La sentencia *Tyrer* de 1978 también es muy importante. El fallo del caso *Tyrer*, por primera vez afirma la doctrina de la interpretación evolutiva. ¿Qué significa interpretación evolutiva? Significa que el Tribunal se reserva el derecho de interpretar el Convenio a la luz de los cambios que ocurren en la sociedad, cambios que pueden ser de naturaleza social, de naturaleza tecnológica, incluso de naturaleza psicológica. La evolución de la sociedad tiene un reflejo en la interpretación del Convenio. Niega el principio de la interpretación subjetiva y tiene en cuenta, por lo tanto, la intención real de las partes. Yo diría que el Tribunal, para ser honesto, lo hace con fundamentos sólidos. Incluso la Corte Internacional de Justicia, a partir de la Opinión Consultiva, en el caso de Namibia, ha afirmado la legitimidad de la interpretación evolutiva de los tratados internacionales. Me gustaría insertar una nota de precaución. En efecto, el Tribunal es muy prudente, y cuando llega a la conclusión de que es necesario proceder a una interpretación evolutiva del Convenio, trata de hacerlo con una base sólida y después de llevar a cabo un análisis comparativo de la situación dentro de los Estados parte en el Convenio. En general, el Tribunal decide dar un paso adelante y proceder con la interpretación evolutiva solo si la mayoría de los Estados contratantes adoptan la solución más avanzada, situación que el Tribunal denomina el *consensus europeus*.

La cuarta sentencia, sin embargo, va en una dirección, si se quiere, opuesta. Me refiero a la sentencia *Handyside*, con la cual el Tribunal describe la doctrina del margen de apreciación. Para ser preciso, debe decirse que la doctrina del margen de apreciación surge de la jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos desde los años 50 del siglo pasado, pero con *Handyside* el Tribunal lo expresa con particular claridad. A pesar de que el margen de apreciación –como la subsidiariedad– aparece en el preámbulo del Convenio a través del Protocolo 15. En su sentencia *Handyside*, el Tribunal dijo que cuando se llama a un equilibrio de intereses, equilibrio transacción que está llamado a hacer en una serie de casos, y especialmente cuando tiene que aplicar las normas sobre derechos limitados, como las previstas en los artículos 8 a 11 del Convenio, el Tribunal comienza con un acto de deferencia a las autoridades internas, ya sean legislativas, administrativas o judiciales, cuya proximidad a la situación de su regulación lo hace, en principio, más adecuado para investigar y adoptar las soluciones más apropiadas. Su evaluación es tratada con respeto por el Tribunal. Sin embargo, el Tribunal debe reservar lo que se llama “control europeo” en la evaluación final. Esta es una válvula, digamos, que permite en algunos casos garantizar cierta flexibilidad a las soluciones que el Tribunal debe encontrar de vez en cuando.

VII. TENDENCIAS ACTUALES

Me voy dirigiendo ya a las conclusiones, pero me gustaría mencionar las tendencias actuales y vincular los hilos que dejé suspendidos al comienzo de mi intervención, sobre todo sobre la subsidiariedad y el margen de apreciación.

Dije que existen preocupaciones en torno a la vida del Tribunal y el Convenio, que son preocupaciones cuantitativas, por un lado, y preocupaciones cualitativas, por el otro.

En los últimos tiempos hemos visto una reducción importante de la litispendencia ante el Tribunal, dado que en junio de 2010 entró en vigencia el Protocolo 14, que introdujo la figura del juez único que pueden, en particular en los procedimientos simplificados, declarar la inadmisibilidad de los recursos *iaudita altera parte* sin comunicación con el gobierno parte demandado. La mejora ha sido espectacular, esto es cierto, porque hemos pasado de aproximadamente 160 mil recursos a un poco más de 56 mil, que aún siguen siendo demasiados para la capacidad del Tribunal.

Pasemos ahora a las preocupaciones de naturaleza cualitativa. Debe decirse que ambas preocupaciones se fusionaron en el proceso iniciado con la Conferencia de Interlaken, dando lugar a varios resultados. Las preocupaciones de naturaleza cualitativa se refieren esencialmente al contenido de la jurisprudencia. Existen preocupaciones de signo opuesto entre ellas, y esto es bastante obvio. Mientras que los gobiernos están preocupados por lo que consideran excesivo activismo judicial del Tribunal, es decir saltos hacia adelante que el Tribunal realiza en diversas áreas, especialmente en la vida de la sociedad – la protección de los homosexuales, transexuales, las técnicas de reproducción asistida y de los derechos de los migrantes, también recibimos críticas de signo opuesto, por organizaciones no gubernamentales, abogados, defensores de los solicitantes, que critican al Tribunal, ya que no va lo suficientemente lejos hacia adelante, acusándolo de ser un prisionero de actitudes excesivamente deferentes, demasiado obsequiosas para las autoridades nacionales.

De esta forma, todas estas preocupaciones han fluido en este proceso. Originalmente, las preocupaciones eran solo cuantitativas y estaban relacionadas con la necesidad de preservar la eficiencia del sistema. Luego, en el camino, en el proceso de volverse más cálido, o incluso incandescente, ciertas polémicas con algunos Estados partes en el Convenio, también las preocupaciones de carácter cualitativo se canalizaron hacia esta “reflexión permanente”. Aquí hubo un intento de reducir el campo de acción del Tribunal y algunos rastros se encuentran en el Protocolo 15.

Pero vayamos por orden. La Declaración de Brighton contiene, como ya he dicho, algunos aspectos muy positivos, todos ellos recogidos en la reciente Declaración de Copenhague: en primer lugar, el reconocimiento de la responsabilidad de los Estados y por lo tanto de la subsidiariedad, según lo definido por el Tribunal, en particular, precisamente en aquellas demandas repetitivas que pesan mucho sobre las funciones del Tribunal y cuya responsabilidad principal se encuentra ahora en el ámbito de los Estados. Aquí la Declaración contiene un pasaje particularmente explícito y claro en el sentido de que los Estados reconocen esta responsabilidad y se comprometen a

hacer lo mejor para resolver el problema. Lo mismo vale en relación con la Declaración de Copenhague.

Por otro lado, sin embargo, la Declaración de Brighton también contiene algunas preocupaciones de otro tipo, que reflejan los temores de un posible activismo excesivo por parte del Tribunal. Aquí encontramos en la Declaración un rastro de lo que quería ser una modificación del Convenio, que luego, a falta del apoyo necesario, no se tradujo en una enmienda que se incluiría en el Protocolo 15, sino que se mantuvo como una indicación, que, por lo tanto, no tiene valor vinculante, en la Declaración de Brighton. En esencia, se le dice al Tribunal que debe tratar a los Tribunales Supremos nacionales y a los Tribunales Constitucionales de la misma manera que se trata al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Me explicaré. La Unión Europea no es en sí misma parte en el Convenio Europeo, aunque sí lo será en unos pocos años. De momento, por lo tanto, los actos que son puramente comunitarios no están sujetos al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos porque una eventual demanda, en esos términos, sería declarada incompatible *ratione personae* con el Convenio, por el Tribunal; pero si se trata de actos de la Unión Europea para los cuales es necesaria una actividad del Estado miembro, la acción emprendida por el Estado miembro, incluso si es necesaria por el deber de cumplir una obligación comunitaria, no está, en sí misma, fuera del control del Tribunal. Para estas situaciones, el Tribunal ha elaborado una jurisprudencia, que fue precisada en 2005 en el caso *Bosphorus c. Irlanda*, y confirmada por la sentencia del caso *Avotins c. Letonia*, en 2016, jurisprudencia según la cual dado que existe un órgano dentro de la Unión Europea, es decir, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que protege los derechos humanos de forma equivalente a la protección ofrecida por el Tribunal, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no interviene salvo que haya una insuficiencia manifiesta.

La declaración de Brighton espera que el Tribunal de Justicia de la UE use el mismo trato que usa el Tribunal de Justicia con respecto a los Tribunales Supremos y Tribunales Constitucionales. Por ejemplo, una vez que un Tribunal de Casación ha examinado la compatibilidad de una situación con el Convenio y ha constatado que no existe violación de mismo, el Tribunal de Estrasburgo debe abstenerse de intervenir, a menos que vea un error manifiesto. Esta propuesta no recibió el apoyo necesario y, por lo tanto, no quedó fijada en el Protocolo 15, pero hay un rastro en la Declaración.

Esto explica por qué con el Protocolo 15, que contiene algunas modificaciones del Convenio, se hace referencia al margen de apreciación, que se entiende en este sentido, y una referencia a la subsidiariedad, que se entiende con precisión en el preámbulo del Convenio, en el sentido de respeto por lo que se hace a nivel nacional.

Por lo demás, el Protocolo 15 no presenta un gran interés. Los cambios son modestos. Hay un cambio en lo que concierne a la edad de los jueces, hay un cambio también que elimina el poder de veto de las partes en cuanto a la posibilidad de que las Salas deriven un caso a favor de la Gran Sala. Hay, igualmente, una reducción del plazo para proponer el recurso, un plazo que va de los seis actuales a cuatro meses, reforma ciertamente no bienvenida por los abogados; y luego, hay otro cambio que afecta a las modalidades de aplicación, que no entro, aquí, en detalles porque sería demasiado largo, y respecto al criterio de rechazo de inadmisión considerado de *mini-*

mis, es decir, aquello relativo al perjuicio "no importante" sufrido por el demandante (art. 35 § 3 letra b) del Convenio).

Más importante, sin embargo, y con esto creo que puedo terminar mi intervención es el Protocolo 16, que también viene de Brighton y se ha finalizado y abierto a la firma el 2 de octubre de 2013. Este Protocolo, que es considerado un protocolo consultivo, tiende a establecer un mecanismo basado en el reenvío prejudicial que existe en el sistema del derecho de la Unión Europea. La idea es aumentar el diálogo, que ya existe y es fructífero, entre el Tribunal de Estrasburgo y los tribunales nacionales, especialmente los Tribunales Supremos y los Tribunales Constitucionales. A diferencia del sistema de la Unión Europea, que está abierto a todos los jueces, y que obliga únicamente a los de último recurso a recurrir ante el Tribunal de Luxemburgo, esto se reservará a los tribunales supremos, como indicaron los Estados ratificantes. Es un mecanismo si se quiere "soft" en el sentido de que no se le pedirá al juez interno que lo use, el Tribunal de Estrasburgo no tendrá que examinar todas las solicitudes, aunque debe dar una explicación de las razones por las cuales finalmente rechaza dar su opinión, y una vez adoptada la opinión, sin embargo, en la formación más solemne del Tribunal, que es la Gran Sala, no será vinculante para el juez que lo solicitó. Es una forma de colaboración entre los Tribunales que debería aumentar un diálogo que, como ya he dicho, afortunadamente ya existe.

* * *

Confío en que con el compromiso de todos, Tribunal de Estrasburgo, jueces internos, abogados, instituciones culturales, principalmente las facultades de derecho, valdrá la pena preservar un sistema, el europeo, para la protección de los derechos fundamentales, que ha contribuido a garantizar la paz en nuestro continente y que es un poderoso baluarte contra posibles derivas de la democracia hacia formas autoritarias más o menos larvadas.