

EL PAPEL SUBSIDIARIO DE LA JURISDICCION INTERNACIONAL EN LA DEFENSA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

(Versión provisional)

Luis López Guerra

Octubre 2017.

En un sistema de protección de derechos fundamentales que incluye los niveles nacional e internacional (o supranacional) una de las cuestiones que se plantean es cuál es la forma de coordinación y reparto de tareas entre ambos niveles. Más concretamente, hasta dónde puede llegar la intervención de la instancia internacional o supranacional respecto de las instancias nacionales.

El principio de subsidiariedad aparece como elemento sustancial de esa coordinación; en su concepción más general y clásica, ese principio establece que corresponde la prioridad en la acción a la instancia más próxima a los intereses afectados, de forma que los niveles internacionales actuarán sólo en defecto de los nacionales¹.

Aun cuando no reconocido en el Convenio de 1950, este principio se ha ido desarrollando progresivamente en el sistema europeo de protección de derechos humanos. Primeramente se desarrolló en la jurisprudencia del Tribunal, a partir del *Caso lingüístico belga*, en 1968, y *Handyside* en 1976. Más adelante, ha sido objeto de atención en las conferencias intergubernamentales del sistema, señaladamente en la conferencia de Brighton en 2014; últimamente, el Protocolo número 15, aún no ratificado, propone incluirlo expresamente en el Preámbulo del Convenio.

En este Preámbulo se incluiría la siguiente cláusula:

“las altas partes contratantes, de acuerdo con el principio de subsidiariedad tienen la responsabilidad primaria de asegurar los derechos y libertades definidos en este Convenio y

¹ Para una exposición general del significado del término, ver A. FOLLESDAL “Survey article: subsidiarity” en *Journal of Political Philosophy*, 1998, vol. 6, pp. 190-218.

sus protocolos, y al hacerlo así disponen de un margen de apreciación sujeto a la supervisión del Tribunal establecido por este Convenio”.

A lo largo de este desarrollo y como ha ido desvelándose también progresivamente, el principio de subsidiariedad es, como se ha podido decir, una moneda de dos caras. Por una parte, y sin duda, establece límites y condiciones a la actuación del Tribunal; pero al tiempo, establece también obligaciones para los Estados. En último término, y como ha manifestado la declaración de la última Conferencia intergubernamental, celebrada en Bruselas en marzo de 2015, este principio implica *“una responsabilidad compartida entre los Estados Parte, el Tribunal y el Comité de Ministros y en consecuencia invita a cada uno de ellos a comprender adecuadamente su papel en la puesta en práctica del Convenio y a adoptar los medios necesarios para cumplir su papel”.*

En una cara de la moneda, el principio de subsidiariedad supone un límite a la actuación del Tribunal, tanto desde una perspectiva formal como material. Posiblemente al expresión más directa del principio es la exigencia del agotamiento de las vías internas para acudir al Tribunal, prevista en el artículo 35.1 del Convenio: *“Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entienden según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos”.*

Tal límite procesal ha encontrado abundante expresión en la jurisprudencia del Tribunal, y no ha planteado especiales dificultades, a diferencia de lo que ha ocurrido en el sistema interamericano de derechos humanos².

La cuestión se hace más compleja cuando la aplicación del principio de subsidiariedad por el Tribunal se considera desde su perspectiva material. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal ha establecido repetidamente que si la protección de derechos corresponde prioritariamente a los Estados, el Tribunal deberá respetar también un ámbito propio de actuación de éstos. Y ello en dos aspectos:

² Para una comparación del significado del principio en los sistemas europeo e interamericano, me remito a mi trabajo *“Two dimensions of subsidiarity”* en M. ZUBIK (ed.) *Human Rights in contemporary world. Essays in honour of Profesor Leszek Garlicki*, Varsovia, Wydawnictwo Sejmowe, 2017, pps. 83-92.

1. Por un lado, restringiendo su revisión a las cuestiones relativas a la protección de derechos reconocidos en el Convenio sin entrar en otras cuestiones; en otras palabras el Tribunal no puede actuar como una cuarta instancia, que se pronuncie bien sobre cuestiones de hecho resueltas por los tribunales nacionales, bien sobre la interpretación del Derecho nacional, cuando tal interpretación no tiene una incidencia en los derechos del Convenio. (*García Ruiz c. España*, 1999)

2. El aspecto en que la jurisprudencia del Tribunal ha puesto mayor acento en cuanto a reconocer su papel subsidiario en lo sustantivo ha sido el referente al concepto de margen de apreciación: resulta por otra parte reveladora la dicción de la propuesta de reforma del protocolo 15, en cuanto vincula el principio de subsidiariedad con el margen de apreciación de los Estados.

El Tribunal ha insistido, desde *Handyside*, en 1976, en que tanto en principio como en la práctica, las autoridades nacionales están en mejor posición para determinar la necesidad y proporcionalidad de medidas que limiten los derechos del Convenio. El margen de apreciación, que supone reconocer un ámbito de acción y discreción a las autoridades nacionales (sometido a la revisión última del Tribunal) es sobre todo aplicable respecto de la estimación de la proporcionalidad, esto es, la adecuación de las medidas limitadoras a la necesidad del caso, así como a los supuestos de delimitación caso de conflicto entre derechos (como podría ser el caso de libertad de expresión frente a privacidad).

Dos observaciones pueden hacerse a este respecto. Por un lado la doctrina del margen de apreciación, como expresión del principio de subsidiariedad sustantiva no es aplicable respecto de aquellos derechos que pueden considerarse como absolutos, sobre todo en lo que se refiere a la prohibición del artículo 3 de tortura o tratos inhumanos y degradantes; y ello tanto en lo que atañe a la abstención del Estado de ese tipo de conducta como de su deber positivo de investigación, caso de denuncias no manifiestamente infundadas. No son pues aceptables, como base de limitaciones de este derecho alegaciones basadas en la seguridad nacional, u otros intereses.

Por otra parte, la extensión, según el Tribunal, del margen de apreciación se halla íntimamente dependiente del cumplimiento por el Estado de los requisitos procesales exigidos para limitar un derecho; esto es, cuanto más se hayan respetado esos requisitos, mayor será el margen de apreciación estatal. Y a este respecto conviene tener en cuenta que

El Tribunal ha ido desarrollando progresivamente una dimensión procesal de los derechos sustantivos, afectando por ejemplo al derecho a la vida privada y familiar.

Un ejemplo de esta extensión del margen de apreciación por el cumplimiento de requisitos procesales puede encontrarse en la sentencia en el caso *Fernandez Martínez contra España* (2014), en que se apreciaba un conflicto entre el derecho a la vida familiar por un lado y el derecho a la autonomía de las organizaciones religiosas por otro. El Tribunal admitió un amplio margen de apreciación estatal teniendo en cuenta el respeto por el Estado de las garantías procesales en el caso; concretamente, y refiriéndose a la labor del Tribunal Constitucional, como razón para apreciar un mayor margen de apreciación, la sentencia pudo afirmar que “*el hecho de que el Tribunal Constitucional llevase a cabo un análisis minucioso se hace así más evidente porque a la Sentencia se unen dos votos disidentes, mostrando así que el Tribunal examinó la cuestión desde distintas perspectivas*” y en su fallo, el Tribunal considera que no hubo violación de derechos en el caso manifestando expresamente que se tiene en cuenta para ello el margen de apreciación.

Pero el principio de subsidiariedad presenta otra cara implicando obligaciones, no sólo para el Tribunal, sino también para los Estados parte del Convenio. El principio implica forzosamente la exigencia de un primer nivel estatal de protección de los derechos; como consecuencia la responsabilidad de su protección es una responsabilidad compartida que impone obligaciones, no sólo a las instancias internacionales sino, primero y primariamente a los Estados miembros del Convenio. Es a éstos a quienes corresponderá inicialmente su efectiva protección, quedando la protección internacional como reserva a los supuestos de defecto de la primera. Valga señalar que este aspecto del principio ha sido repetidamente puesto de manifiesto en forma expresa en el sistema europeo, y señaladamente en las Conferencias intergubernamentales tendentes a la mejor estructuración del sistema: la Conferencia de Brighton pudo definirse como la Conferencia de la subsidiariedad³, al poner el acento en el papel que desde este principio, correspondía a los Estados.

Desde luego, ese papel corresponde en primer lugar al poder legislativo, en el sentido de que debe legislar introduciendo medidas para convertir en realidad en el nivel interno la protección de los derechos reconocidos en el Convenio de derechos. Puede citarse en

³ D. WALTON, “Subsidiarity and the Brighton Declaration”, en A. SEIBERT-FOHR y M. E. VILLIGER, (eds.) *Judgments of the European Court of Human Rights-Effects and Implementation*. Baden Baden, Nomos, 2014, pp. 165-185.

España, como caso *a contrario*, la prolongada inacción del legislador, hasta recientemente, en cuanto a la modificación de preceptos como el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya insuficiencia había sido repetidamente señalada tanto por la jurisdicción nacional como por la internacional referente a la autorización judicial de escuchas desde la condena de España en el caso *Valenzuela Contreras*(1998); sólo la labor de los Tribunales y señaladamente el Tribunal Constitucional completando el precepto evitó posteriores condenas a España. Finalmente, mediante la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del año 2015.⁴ vino el legislador a precisar más adecuadamente los requisitos para acordar judicialmente escuchas policiales. Desde otra perspectiva, un ejemplo de adecuación legislativa sería el referente a la nueva regulación del recurso de apelación en casos de absolución en la primera instancia, para cumplir con la interpretación del Tribunal de Estrasburgo de los requisitos de la apelación de acuerdo con el artículo 6 del Convenio y las exigencias del debido proceso (por ejemplo, en los casos *Almenara Alvarez* (2011) y *Llop García* (2012)). Tras varias condenas a España, debidas a la reevaluación en la segunda instancia de los hechos declarados probados en primera instancia, sin el requisito de inmediación, el legislador, vino a reformar la regulación del recurso de apelación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵, para hacer posible, en su caso, una devolución de las actuaciones a la primera instancia, dentro de las exigencias del debido proceso derivadas del artículo 6 del Convenio.

Por otro lado, y desde una perspectiva procesal, la regla referida al agotamiento de los recursos internos parte del supuesto de tales recursos existen, y que son efectivos respecto de la vulneración denunciada; el Estado debe introducir recursos capaces de remediar una vulneración del Convenio, recursos que deben ser efectivos, y no meramente aparentes o formales, es decir, que deben suponer una posibilidad real de reparar la alegada vulneración. Específicamente, el Convenio establece, en su artículo 13, el derecho a “un recurso efectivo ante una instancia nacional” caso de violación de un derecho del Convenio. La jurisprudencia del Tribunal lo define como “*un mecanismo que establezca la responsabilidad de los órganos del Estado por actos u omisiones contrarias al Convenio Estado y que incluya compensación por los daños no pecuniarios que resulten*”.

⁴ Por L.O. 13/2015, de 5 de octubre.

⁵ Reforma del art. 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por L. 41/2015, de 5 de octubre.

En lo que afecta a España, deben resaltarse a este respecto, para la comprensión del alcance de esta obligación, las consideraciones del Tribunal respecto del recurso de amparo español como recurso efectivo, en la Sentencia *Arribas Antón c. España*. El Tribunal analiza esta cuestión desde la perspectiva del artículo 6 del Convenio, en cuanto *lex specialis* respecto del artículo 13; y llega a la conclusión de que el recurso de amparo representa un recurso que cumple los mandatos de los artículos 6 y 13 en cuanto recurso efectivo, teniendo en cuenta no sólo el papel del Tribunal, sino el de los demás órganos jurisdiccionales: “*conviene tener en cuenta el conjunto del proceso que se ha llevado a cabo en orden interno y el papel que ha desempeñado el Tribunal constitucional*”. En efecto, examinando el proceso en su conjunto, concluye que “*en el caso el procedimiento ante el Tribunal Constitucional sucedía al examen de la causa del recurrente por dos instancias judiciales, ante las cuales había podido defenderse, y que se ha pronunciado mediante decisiones motivadas y no arbitrarias, esto es, el juez de lo contencioso administrativo de Bilbao en primera instancia y el Tribunal Superior de justicia del País Vasco en apelación*”.

En todo caso, la efectividad de los remedios existentes puede depender también de la interpretación judicial del Derecho. Un supuesto al respecto, con proyección en España, se refiere a los mecanismos de protección de los solicitantes de asilo. En estos supuestos, y desde su sentencia *Conka contra Bélgica*, el Tribunal ha establecido que, en caso de rechazo por las autoridades administrativas de la petición de asilo, si se inicia una reclamación judicial contra este rechazo, esa reclamación deberá tener efectos suspensivos automáticos sobre la expulsión. De otra forma, se correría el grave riesgo de que, aun cuando recayera en el futuro una sentencia judicial favorable al asilo, el afectado hubiera sido ya expulsado a su país de origen.

Tal fue la situación en el caso del año 2014, *A.C y otros contra España*, en que los afectados, refugiados saharauis, habiéndoseles denegado administrativamente su petición de asilo, recurrieron por vía contencioso administrativa ante la Audiencia Nacional. Al tiempo, solicitaron que, en tanto se resolvía su recurso, se suspendiera la orden de expulsión contra ellos dictada por el Ministerio del Interior. Pero la Audiencia Nacional, si bien inició el correspondiente proceso judicial, no concedió tal suspensión: de forma que los recurrentes saharauis quedaban sujetos a la orden de expulsión a Marruecos en tanto se tramitaba el procedimiento judicial..

Los recurrentes presentaron una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, invocando el artículo 3 del Convenio, ante el peligro de malos tratos caso de devolución, e invocando igualmente la falta de protección jurisdiccional. Pues bien, el Tribunal dictó sentencia apreciando que efectivamente, y vulnerando las previsiones del Convenio en su artículo 13, las autoridades españolas habían dejado sin protección efectiva los derechos de los recurrentes a no ser sometidos siquiera fuera eventualmente, a tratamientos contrarios a los derechos del Convenio en sus artículos 2 y 3. Dados los indicios presentes en el caso, el Tribunal consideró que, en tanto se resolvía sobre el fondo de su petición, los tribunales españoles deberían haber adoptado la medida provisional de suspensión de la devolución de los recurrentes a Marruecos, ante el peligro razonablemente apreciable que podría sufrir su integridad física. En el caso, pues, la vulneración del artículo 13 se produjo por la no concesión por la Audiencia Nacional, de la suspensión cautelar de la expulsión, en una interpretación restrictiva de la legislación vigente.

El principio de subsidiariedad establece así la obligación de una colaboración entre autoridades nacionales y Tribunal de Estrasburgo en la protección de los derechos del Convenio. Desde luego, el desiderátum sería que, como consecuencia de la actuación protectora de los Estados, el papel del Tribunal de Estrasburgo se redujera al mínimo; al respecto valga decir que, si se contemplan las estadísticas del Tribunal y concretamente una escala que ordene las condenas pronunciadas por el Tribunal, España se sitúa consistentemente, en el conjunto de países del Convenio, casi todos los años, entre los últimos lugares (si no el último) de esa escala. Esperemos que, gracias entre otros factores a la acción del Tribunal Constitucional, la situación se mantenga así.