



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 43, julio-diciembre 2020

GARCÍA ROCA, Javier, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas-Thomson Reuters, 2019, 218 pp.

El profesor Javier García Roca, catedrático de derecho constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, es un gran conocedor del sistema europeo de derechos humanos. Nos disculpará el lector si no hacemos aquí referencia a toda su obra académica, puesto que sus numerosas aportaciones sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) son de sobra conocidas, e inspiran desde hace años a la doctrina española, latinoamericana y mundial. Javier García Roca, observador atento y crítico de la permanente transformación sufrida por este sistema, nos presenta un libro, fruto, precisamente, de varios proyectos de investigación relacionados con ese impacto de la jurisprudencia europea sobre los derechos humanos. El autor demuestra de una manera convincente que la interpretación de las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) requiere de una comprensión basada en los valores y principios comunes de una *open minded society*.

Aunque el sistema europeo de protección de los derechos humanos no funciona en el vacío, sino —como observamos actualmente— en el contexto de una profunda crisis que enfrenta el viejo continente, Javier García Roca mantiene una postura más bien optimista, y nos explica cómo hacer de la necesidad virtud. Pese a varios obstáculos de naturaleza política y social, indica que “es preciso hoy centrarse en edificar en el siglo XXI una cultura de los derechos como corazón de la idea europea”. No cabe ninguna duda de que nos encontramos ante un gran europeísta, cuya voz debería alimentar el actual debate político y académico. Es lamentable, pero muchas sociedades europeas se han dejado convencer de que el “interés nacional” tiene prioridad frente a la protección de los “enigmáticos” derechos humanos.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Una de las principales impresiones que tiene el lector después de abordar la lectura del libro del profesor García Roca es que los fundadores del sistema europeo de los derechos humanos nunca hubieran llegado a adivinar la dimensión que iba a alcanzar este sistema. El CEDH ya no es un clásico mecanismo del derecho internacional, sino que posee una triple naturaleza; es tratado, es instrumento constitucional y es pasarela comunitaria. Se trata de una *judge made convention*, es decir, un derecho espontáneo, construido por los tribunales (ante todo el TEDH) que resuelven conflictos sobre violaciones concretas de derechos, basándose en unos criterios y principios interpretativos estables. La principal finalidad de este fenómeno transicional es garantizar la eficacia de los derechos humanos frente a un abanico de peligros que se ciernen actualmente sobre ellos. No obstante, el libro advierte también que a pesar del desarrollo dinámico del sistema europeo, todavía no se han resuelto dos problemas cruciales: la sobrecarga de las demandas y algunas complicaciones en el cumplimiento y en la ejecución de las sentencias.

El libro está dividido en seis capítulos, en cada uno de ellos, Javier García Roca discute diversos aspectos del sistema europeo —tanto procedimentales como sustanciales—, y describe el punto de partida y el efecto logrado después de seis décadas de su funcionamiento. En el primer capítulo, “Los orígenes y la expansión de la jurisdicción europea”, el autor explica el desarrollo histórico del CEDH, y muestra sobre todo las principales reformas llevadas a cabo por los protocolos 11 y 14. Es entonces cuando se crea un verdadero derecho de acceso directo a la jurisdicción europea que no formaba parte del diseño original del CEDH (pp. 25-29). La nueva organización del sistema europeo se pone en marcha frente a la emergencia provocada por el serio incremento de las demandas, un problema que no se ha solucionado hasta el día de hoy. Desafortunadamente, esta tendencia expansiva, como observa el autor, parece estar frenándose en los últimos años, ya que el proceso de actualización del CEDH (sobre todo mediante la inclusión del protocolo 15, ratificado actualmente por 45 de los 47 Estados miembros del Consejo de Europa) refuerza las doctrinas de la subsidiariedad y del margen de apreciación nacional (pp. 31 y 32). Hay que compartir el escepticismo del autor sobre esta reforma actual, dado que supone sobre todo una concesión a las apuestas políticas de algunos Estados miembros que reprochan al TEDH un excesivo activismo judicial. En realidad, se trata de un veto a los crecientes estándares europeos en materia de derechos humanos.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

En el primer capítulo del libro se encuentra también un interesante análisis de los problemas relacionados con la fallida adhesión de la Unión Europea al sistema del Convenio (pp. 33-40). No cabe ninguna duda de que el autor es partidario de la integración de los dos sistemas, dado que carece de sentido lógico e histórico mantener mecanismos europeos binarios para los Estados miembros de la UE y del Consejo de Europa. En este contexto, se expone una fuerte y razonada crítica al dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia de la UE (del 18 de diciembre de 2014, en adelante TJUE), que constituye una verdadera negativa a la adhesión, obstaculizando las necesidades de los Estados miembros, sin resolver problema alguno ni ofrecer salidas. El fallo del TJUE está fundado en un error de perspectiva, resuelve de forma abstracta y general un conflicto preventivo o prematuro, meramente virtual.

En estas primeras páginas del libro se presenta además la idea que constituye la esencia del libro: el diálogo judicial multinivel (pp. 40-53). El punto de partida es el pluralismo constitucional. No se puede negar que actualmente existen diversos ordenamientos jurídicos (nacionales e internacionales), entrelazados o interdependientes, donde los derechos de las personas tienen distintos niveles jurisdiccionales de garantía. Por lo tanto, la adecuada interpretación de los derechos exige una colaboración de los tribunales en la solución de los conflictos y la creación de un diálogo amplio y flexible. Sólo así se pueden multiplicar las garantías de los derechos fundamentales.

Una parte importante del primer capítulo está dedicada al problema del creciente número de demandas y a la acumulación de los asuntos pendientes ante el TEDH (pp. 53-59). Lo importante es que el autor no lo analiza en abstracto, sino que hace referencia a los datos estadísticos, indicando tres tendencias. La primera, relacionada con una seria asimetría procesal respecto de los países demandados donde tienen origen las violaciones. Existe un grupo concreto de Estados que generan la gran mayoría de las demandas. La segunda tendencia está vinculada con el problema de los asuntos repetitivos y causados por violaciones sistemáticas o estructurales del CEDH, mientras que la tercera consiste en que la gran parte de las violaciones se refieren al derecho al proceso debido (artículo 6, CEDH). Esta aproximación de los datos estadísticos permite proponer soluciones más concretas al funcionamiento de la administración de justicia y a las deficien-

cias en la protección de derechos fundamentales de determinados Estados miembros del Convenio.

Volviendo a la idea de la cooperación judicial, en la última parte del primer capítulo el autor se concentra en el nuevo instrumento del diálogo directo: las opiniones consultivas introducidas por el Protocolo 16, que entró en vigor en 2018 (pp. 60-69). No cabe ninguna duda de que es un mecanismo que se asemeja a las cuestiones de inconstitucionalidad de los tribunales nacionales ante los tribunales constitucionales y a las cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Comparto su punto de vista de que las opiniones consultivas en el futuro pueden suponer una alternativa procesal muy eficaz y erigir un filtro racional y objetivo que aminore la sobrecarga de demandas individuales, que distorsiona actualmente el funcionamiento del sistema europeo. Pueden además reconducir el control de la convencionalidad de las leyes, objetivándolo y dotándolo de abstracción y generalidad, en vez de continuar amparando derechos sólo caso a caso y sentencia a sentencia. Por otro lado, para que esto sea así es necesaria la voluntad política, ya que el Protocolo 16 de momento ha sido ratificado solamente por 14 Estados miembros del Consejo de Europa.

El segundo capítulo se titula “De una protección internacional al instrumento constitucional del orden público europeo”, y empieza con un subcapítulo “Cuerpo de tratado y alma de Constitución”, donde el autor explica el potencial transformador del sistema del CEDH desde su inauguración. Lo pone en el amplio contexto de un doble fenómeno: el de la constitucionalización del derecho internacional y el de la internacionalización de derecho constitucional (pp. 77-80). Es aquí donde el autor analiza los conceptos clave del sistema europeo (entre ellos la teoría de las obligaciones positivas, las garantías institucionales y el concepto de la inversión de la carga de prueba de los hechos) y los ejemplos de la tendencia expansiva del sistema europeo (en relación con las sentencias que declaran la responsabilidad de los Estados miembros del Consejo de Europa por tolerar las acciones de los países terceros en su territorio). La evidencia clara de que el Convenio funciona como instrumento constitucional del orden público europeo la encontramos en la utilización por parte del TEDH de unos criterios e instrumentos habitualmente utilizados por un tribunal constitucional, sobre todo en lo relativo al principio de proporcionalidad (pp. 90-101). En cambio, el instrumento que a veces reduce el potencial unificador del sistema europeo e impacta negativa-

mente en la universalidad de los derechos es el margen de apreciación. Javier García Roca es autor del libro *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración* que vio la luz en 2010. Javier García Roca es un gran experto en el tema; sus observaciones previas sobre dicho concepto se ven reforzadas y actualizadas en el libro reseñado (pp. 104-128). Diez años más de funcionamiento de la doctrina del margen de apreciación nacional en el sistema europeo permiten confirmar que su construcción es débil. Falta en la jurisprudencia del TEDH una caracterización precisa del margen de apreciación nacional; la jurisprudencia en este punto tiene poca consistencia argumental, y por esta razón es susceptible de aplicaciones variadas y contradictorias. No obstante, el autor toma una posición intermedia en relación con el margen de apreciación nacional. No lo rechaza frontalmente, sino que se opone a aquellos usos que permiten dictar decisiones desprovistas de una verdadera motivación, ya que una cierta discrecionalidad nacional es necesaria en algunas situaciones por la cuestión del pluralismo territorial y del principio de la subsidiariedad. El autor examina los criterios utilizados por el TEDH para aplicar este instrumento, haciendo una crítica constructiva del mismo buscando lograr que su uso sea más previsible.

En relación con el margen de apreciación, el autor analiza la propuesta de sustituirlo por el criterio del procedimiento razonable de decisión, donde se toma en cuenta la calidad del procedimiento democrático (debate parlamentario, calidad de la ley) a través del cual la decisión ha sido tomada a nivel nacional (pp. 128-136). Lo que este criterio exige es que se demuestre que se han ponderado suficientemente los intereses generales y privados en juego a lo largo del proceso de decisión. Con razón, el autor no comparte este punto de vista, indicando que el debate parlamentario es importante, pero no absorbe toda la problemática del margen de apreciación nacional. En este contexto, recuerda la teoría de los vicios de inconstitucionalidad: materiales, formales y competenciales. Enfocarse en las cuestiones formales y procedimentales no significa que no haya una violación del contenido esencial de un derecho fundamental.

En el tercer capítulo “Del filtro de la comisión al acceso individual y directo de las víctimas y la adopción de medidas cautelares”, el autor responde a la cuestión fundamental de cómo mantener un sistema de verdadera jurisdicción concentrada europea, fundada en el acceso directo a la

jurisdicción del TEDH, y salvaguardar al tiempo la viabilidad de la garantía. En este contexto lo más interesante es el análisis de la evolución del instrumento de medidas provisionales (pp. 154-160). Podemos observar los avances importantes que se han producido en esta materia y que han asegurado la obligatoriedad de las medidas provisionales y su adecuado cumplimiento, lo que es un ejemplo de la evolución del sistema hacia la efectividad de las resoluciones del TEDH.

El cuarto capítulo, dedicado al “crecimiento constante de los derechos protegidos y algunos derechos sociales”, empieza con la constatación de que en Europa hay una dualidad en la protección de los derechos fundamentales, ya que existen garantías de distinta naturaleza e intensidad. Por un lado, se ha creado una protección judicializada para los derechos civiles y políticos y, por otro, unas garantías más débiles y fundadas en un modelo de informes colectivos para los derechos sociales. Pese a esto, el autor es capaz de demostrar cómo se han desarrollado las garantías individuales en varias esferas y cómo se ha ido ampliando el catálogo de derechos protegidos (pp. 163-172). Sobre todo se hace hincapié en los derechos civiles, que tienen una dimensión de libertad, y además otra dimensión social (o de prestación). En la presente etapa del desarrollo del sistema convencional es difícil aplicar a estos derechos sociales el test de proporcionalidad, pero sin duda podría practicarse la tutela del núcleo mínimo indisponible de los derechos de prestación.

El capítulo quinto se llama “De las sentencias declarativas al restablecimiento íntegro del derecho. Medidas de reparación”, y está dedicado a la cuestión de la fuerza obligatoria de las sentencias, la eficacia de cosa interpretada y el principio de la interpretación vinculante. El punto de partida lo constituye el fuerte impacto transformador de la jurisprudencia sobre los ordenamientos internos. El autor demuestra un cambio de filosofía al respeto, indicando que la ejecución de las sentencias ya no es algo extraño a las competencias del TEDH (pp. 175-179). Además, presenta muchos argumentos a favor de la eficacia general de las sentencias. Sin duda, no es razonable que un Estado miembro diferencie la intensidad de su vinculación a la jurisprudencia del sistema según haya sido o no parte del procedimiento ante el TEDH. Las disposiciones del CEDH dedicadas a la fuerza vinculante de las sentencias (sobre todo el artículo 46.1, CEDH) han experimentado una seria transformación, y ya no pueden leerse literalmente (pp. 180-186). Los fallos del TEDH cada vez se aproximan más a las

sentencias constitucionales, vinculando a todos los juzgadores y poderes públicos que operan dentro del sistema.

Es cierto que una sentencia del TEDH no puede declarar la nulidad del acto, resolución o disposición nacional que lesionó el derecho, pero puede considerarlos claramente incompatibles con los estándares convencionales. Aquí se evidencia explícitamente la transformación constitucional del CEDH, ya que el Estado, en efecto, está obligado a modificar sus leyes contrarias a las garantías de los derechos fundamentales. Estoy de acuerdo con el autor en que una declaración de incompatibilidad de una ley con el CEDH no es lo mismo que una declaración de nulidad (como haría un tribunal constitucional), pero los resultados finales de estos dos tipos de resoluciones —la eliminación de la norma del sistema legal— ya no son tan diversos.

Otro ejemplo del proceso de la constitucionalización del TEDH, según el autor, son las sentencias piloto, y constituye una innovadora técnica, relacionada con la creciente carga de trabajo que afronta el TEDH (pp. 186-193). Este fenómeno sin duda ha reforzado la autoridad, obligatoriedad y eficacia de las sentencias europeas. Por otro lado, el autor se detiene en explicarnos cómo ha evolucionado el sistema de medidas de reparación individuales y generales: su actual elenco es amplio y variado (pp. 194-203).

El último —sexto— capítulo, “Del papel del comité de ministros al seguimiento judicial de la ejecución”, empieza con la idea de que, al principio, la naturaleza declarativa de las sentencias europeas tuvo un claro reflejo en el procedimiento de ejecución y de supervisión de su cumplimiento, ya que por lo general éste recae en un órgano político (el Comité de Ministros), y no en el TEDH (pp. 205-210). Pero aquí también la lectura del libro reseñado permite entender que la actividad de estos dos órganos durante años ha afectado al sistema de ejecución y supervisión, reforzando mucho su eficacia. Ciertamente, se conserva la naturaleza política, antes que la jurisdiccional, en esta materia, pero podemos observar la expansiva competencia parcial de revisión por parte del TEDH de la ejecución de sus sentencias (pp. 210-214).

En resumen, el libro *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos* es una lectura obligatoria para las personas interesadas en la actual dimensión de la protección de los derechos fundamentales en Europa. Lo importante es que el trabajo de Javier García

Roca no es un simple relato descriptivo, sino la presentación de una visión original y congruente de un sistema multinivel de garantías. Después de su lectura, nos damos cuenta de que una gran parte de los tradicionales criterios y principios constitucionales han devenido obsoletas, ya que es incuestionable la transformación del CEDH hacia su conversión en un instrumento constitucional del orden público europeo.

C

Adam KRZYWOŃ*

* Profesor asistente de derecho constitucional en la Universidad de Varsovia, durante el curso académico 2019/2020 investigador en Madrid Institute for Advanced Studies, profesor visitante en numerosas universidades españolas y latinoamericanas, entre 2010 y 2018 secretario y miembro del Consejo Legislativo del Primer Ministro de Polonia, correo: adam.krzywon@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6301-7729.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.