

RECENSIONES

REVIEWS-REZENSIONEN

Javier GARCÍA ROCA, *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2019, 217 pp. <https://dx.doi.org/10.5209/foro.69104>.

El título que se reseña es un estudio, en clave evolutiva, de la progresiva conformación del sistema del Consejo de Europa de protección colectiva de los derechos humanos y su constante transformación. Es fruto del proyecto I+D: «Amenazas y debilidades en los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos: particularismos nacionales y protección de los derechos sociales», que el profesor García Roca dirige como investigador principal. La monografía cuenta con un amplísimo bagaje en investigaciones previas sobre la materia que contribuyen a la solidez de la obra. Prueba de ello es el artículo sobre «La transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos», que García Roca publicó en 2018 en la *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 28, y que sirvió como germen al estudio que nos ocupa.

Una de las notas más valiosas de este exhaustivo trabajo radica en la lúcida exposición acerca del funcionamiento real del sistema colectivo

de garantía efectiva de las libertades y su decisiva contribución a la construcción de una «Europa de los derechos». Destaca el gran aparato bibliográfico que maneja el autor y su esfuerzo por hacer accesibles al lector los principales estándares que se deducen de la jurisprudencia de Estrasburgo, que se analizan minuciosamente, al tiempo que se ofrece una visión pormenorizada de cómo se articula cada uno de los mecanismos de funcionamiento del Convenio.

El trabajo se divide en seis capítulos en los que García Roca expone, desde los conceptos más formales a los aspectos más prácticos, el fenómeno de la transformación constitucional del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el primer capítulo, «Los orígenes y la expansión de la jurisdicción europea», se explica, como la Corte de Estrasburgo suele afirmar, que el Convenio es un instrumento constitucional del orden público europeo. A pesar ello, en ocasiones,

el Tribunal se detiene a reconocer con deferencia que los Estados poseen un amplio margen de apreciación nacional en ciertos derechos y ante ciertas cuestiones sensibles para las opiniones públicas internas, especialmente en cuestiones conectadas con la moral o la religión. El Protocolo núm. 15 de 2013, que aún no ha entrado en vigor, pretende añadir un párrafo al final del preámbulo del Convenio donde se reconozca el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación que disfrutaban los Estados, afirmando que los Estados parte tienen la responsabilidad primaria de asegurar los derechos del Convenio sometidos a la jurisdicción del Tribunal (pp. 23-30).

Se advierte también que se mantiene en la protección europea de los derechos, lamentablemente, un *sistema dual* basado en dos organizaciones muy diferentes y con distintas funciones, pese a su génesis contemporánea: el Consejo de Europa y la Unión Europea. Todavía no ha sido posible construir un sistema integrado mediante la adhesión de la Unión Europea al Convenio que comunique ambos sistemas, pese a que así se intentó. Esta adhesión representa uno de los retos más relevantes junto a la no menos importante tarea de *europeización de las jurisdicciones constitucionales* (pp. 32-34). Sin embargo, debido al Dictamen núm. 2/13

del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 2014, inesperadamente y de forma contraria a la opinión del abogado general, la adhesión continúa bloqueada. La opinión de García Roca en lo que respecta a este pronunciamiento es muy crítica, al igual que la de la práctica unánimemente de la doctrina (p. 36).

En el capítulo también se tratan cuestiones, en las que posteriormente se profundiza, relacionadas con el diálogo entre tribunales y el intérprete supremo; el crecimiento exponencial de las demandas individuales y la desaparición de la Comisión; las nuevas opiniones consultivas; así como el problema de la altísima concentración en relación al número de demandas que recibe la Corte de Estrasburgo y lo difuso de la legitimación individual, para finalizar con un epígrafe sobre el camino hacia una globalización de los derechos humanos (pp. 40-75).

El segundo capítulo, «De una protección internacional al instrumento constitucional del orden público europeo», parte de la afirmación de que el Convenio Europeo es un tratado *sui generis* dotado de una doble naturaleza, que posee cuerpo de tratado y alma de instrumento constitucional. En este sentido, resulta difícil la actualización del sistema del Convenio al no existir un poder unitario de reforma constitucional, sino otro fundado en protocolos abier-

tos a una ratificación multilateral. Esta situación impulsa al Tribunal a hacer constantes modificaciones de las normas mediante su jurisprudencia (pp. 77-79).

En la evolución jurisprudencial que ha construido el Tribunal se aprecian teorías como las obligaciones positivas de los Estados que cristalizan en una variada gama de *deberes de protección*, así como *garantías institucionales y normativas* entre las que destaca la inversión de la carga de la prueba de los hechos. Un cambio revolucionario, afirma García Roca, en la naturaleza de los derechos de libertad que configura una interesante aportación del Tribunal de Estrasburgo a la teoría universal de los derechos, que han ido incorporando sucesivamente las jurisprudencias constitucionales (pp. 80-83).

Se puede afirmar que el Convenio lidera la *apertura de las constituciones* y del resto de los ordenamientos internos al Derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, no caben contradicciones entre las obligaciones internacionales y las constitucionales o internas dentro de un mismo ordenamiento jurídico (p. 90). El Convenio es también un instrumento al servicio de la creación progresiva de un orden constitucional europeo, aunque la europeización de los derechos sufra avances y retrocesos, como puede

ocurrir en la historia de cualquier ordenamiento.

Los criterios y principios usados por el Tribunal en su jurisprudencia tienden a asemejarse a los que aplican los Tribunales Constitucionales: igualdad, proporcionalidad, protección efectiva, principio democrático, etc. También es frecuente que se recurra a una interpretación contextual sociológica. A pesar de que los europeos tenemos un *sistema de garantías multiniveles*, el Convenio no fue diseñado ni tiene la voluntad de una codificación federal. Desde esta perspectiva, el sistema del Convenio representa un serio límite —estructural y externo— a la soberanía de los Estados (p. 138).

El acceso individual y directo de las víctimas al Tribunal Europeo es una cuestión capital que se trata en el capítulo tercero de la monografía, intitulado «Del filtro de la comisión al acceso individual y directo de las víctimas y la adopción de medidas cautelares». Se explica cómo la nueva regulación ha fortalecido el sistema y el papel del Tribunal frente a los Estados al relacionarse directamente con los justiciables. El reto más importante que se plantea consiste en hallar un modelo que permita mantener una verdadera jurisdicción concentrada europea, fundada en el acceso directo, y salvaguardar al tiempo la viabilidad de la garantía.

En lo referido al ejercicio de la competencia consultiva (arts. 47, 48 y 49), García Roca señala que podría ser conveniente modificar el sistema atendiendo a la buena experiencia de la Corte Interamericana. Si bien es cierto que el Tribunal Europeo puede emitir opiniones motivadas sobre la interpretación del Convenio y sus Protocolos si se lo solicita el Comité de Ministros del Consejo de Europa (art. 47.1), la realidad es que apenas existen casos. El Protocolo núm. 16 ha introducido unas nuevas «opiniones consultivas» que son realmente unas cuestiones de inconventionalidad y que podrían dar mucho juego en el futuro (p. 149).

En cuanto a la tutela cautelar, destaca la lenta evolución en la aplicación de las medidas cautelares o provisionales, que siguen sin aparecer en el Convenio, si bien se recogen en el art. 39.1 del Reglamento del Tribunal. Además, se han detectado diversos problemas en el *cumplimiento* en tiempo de estas medidas de tutela cautelar, al igual que, en general, respecto de la ejecución de las demás resoluciones judiciales (p. 160).

El capítulo cuarto, «El crecimiento constante de los derechos protegidos y algunos derechos sociales», comienza presentando los derechos que gozan de la protección del Convenio y la exclusión de los derechos sociales de la

tutela del Tribunal por una deliberada decisión de la Asamblea y los trabajos preparatorios. Pese a esta exclusión, y en una transformación importante del Convenio, el Tribunal, mediante una jurisprudencia expansiva, ha protegido algunos derechos sociales de manera indirecta, poniéndolos en conexión con derechos civiles (p. 165).

La dualidad originaria entre el Convenio y la Carta Social Europea a la hora de su tutela jurisdiccional continúa presente, pero la jurisprudencia ha ampliado algunos derechos civiles incluyendo ingredientes sociales o prestacionales.

García Roca señala que es previsible que otra vía de expansión futura de la jurisdicción puedan ser las interacciones con otras declaraciones, en particular con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, que es más moderna y contiene derechos sociales y otros nuevos derechos. No sería extraño que pudieran sobrevenir nuevas interpretaciones sistemáticas entre ambas declaraciones (p. 172).

De las «sentencias declarativas al restablecimiento íntegro del derecho y las medidas de reparación» se ocupa el capítulo quinto. Las sentencias, como suele afirmarse, tienen en las normas del Convenio un valor «declarativo» más que constitutivo. Ahora bien, el Protocolo núm. 14 y la constante juris-

prudencia del Tribunal han reforzado su fuerza vinculante (p. 176).

El art. 46.1 del Convenio reconoce la fuerza «obligatoria» (*binding, force obligatoire*) y establece que los Estados se comprometen a «acatar» y a acomodar sus actuaciones (*undertake to abide, s'engagent à se conformer*) a las sentencias definitivas del Tribunal en las que sean partes y a ejecutarlas, y el Comité de Ministros debe velar por su ejecución (art. 46.2), supervisándolas. No cabe duda de que los nuevos apartados del art. 46, según el Protocolo núm. 14, implican o responsabilizan al Tribunal en la ejecución, y esta es una transformación normativa (pp. 176-186).

La segunda parte del capítulo se ocupa de la interesante experiencia de las sentencias piloto, que han reforzado la autoridad y eficacia de las sentencias del Tribunal y constituyen un paso importante hacia la plena vinculación de estas y a la aproximación de la jurisdicción europea de Estrasburgo a las pautas del modelo europeo de justicia constitucional.

El autor plantea cuál es la eficacia subjetiva de la sentencia para la parte recurrente. Normalmente, se venía otorgando una indemnización o compensación. Si el Derecho interno no permite reparar las consecuencias de la lesión del derecho fundamental o solo de manera imperfecta, el Tribunal puede con-

ceder a la parte perjudicada una indemnización o «satisfacción equitativa» (art. 41) que cubra los daños materiales o morales y las costas y gastos. Tiende a hacerlo casi siempre que estima una demanda. Durante bastante tiempo se había leído mal este precepto por el propio Tribunal, pues la disposición claramente demanda que se intente reparar el derecho antes de condenar al pago. Por eso el Tribunal ha rectificado su posición y ha cambiado poco a poco su filosofía, avanzando hacia una *restitutio in integrum* (pp. 186-203).

En el último capítulo, «Del papel del Comité de Ministros al seguimiento judicial de la ejecución», García Roca insiste en que el Tribunal no es *a priori* competente para controlar la ejecución de sus propias sentencias. Esta competencia pertenece al Comité según el Convenio Europeo. Pero existe actualmente una supervisión de la ejecución por parte del propio Tribunal.

La inicial *naturaleza declarativa* de las sentencias, según el diseño del Convenio, tiene un claro reflejo en el procedimiento de ejecución y de supervisión del *cumplimiento*, ya que recae en un órgano político como es el Comité de Ministros y no directamente en el Tribunal. Sin embargo, la evolución en la actividad de ambos órganos durante estos años ha afectado a la ejecu-

ción. En los últimos años no solo el Comité de Ministros ha fortalecido su papel, sino que, a su vez, el propio Tribunal ha ido participando en la implementación. De hecho, actualmente cuenta con un departamento para la ejecución de las sentencias (pp. 205-207).

De nuevo se confirma cómo el sistema del Convenio Europeo sigue evolucionando en la práctica mediante exégesis expansivas e incluso mutaciones del Convenio antes que por Protocolos, aunque también estos hayan participado decisivamente en las transformaciones. En definitiva, se señala, lo más probable es que el actual sistema de supervisión e implementación de sentencias se mantenga, conservando su naturaleza esencialmente política antes que jurisdiccional, pero no cabe duda de que ya no existe un monopolio del Comité de Ministros y el Tribunal se está

comprometiendo cada vez más en la implementación para garantizar la efectividad de los derechos y su misma credibilidad (p. 214).

El trabajo finaliza con una conclusión acerca del *fortalecimiento del sistema* en la que se valora la profundidad de las transformaciones abordadas que, en general, siguen una buena línea para el desarrollo del Convenio y la garantía eficaz de los derechos.

Sin duda, la obra constituye una valiosísima contribución que ayudará a entender cómo esta transformación constitucional del Convenio se convertirá, en palabras del maestro García Roca, *en una lenta pero sólida forma de edificar Europa y un demos europeo: una Europa de los derechos* (p. 217).

María Helena SÁNCHEZ GÓMEZ
Dpto. Derecho Internacional,
Eclesiástico y Filosofía
del Derecho UCM

Ugo MATTEI, *Bienes Comunes. Un manifiesto*, Madrid, Trotta, 2013, 121 pp. <https://dx.doi.org/10.5209/foro.69105>.

El libro objeto de recensión está traducido por Gerardo Pisarello. Es una obra muy corta para monografías de Derecho público y está dividido en seis capítulos. El autor nada más empezar su obra demuestra que es un acérrimo defensor de lo público frente a lo privado. Para el autor son bienes comunes

el agua, la tierra e incluso internet, y destaca que se ha producido un proceso de transferencia de bienes comunes a intereses privados en un sistema de Constituciones liberales que favorecen a la propiedad privada en detrimento de este tipo de bienes. Cita como primeros estudiosos del tema a autores