

GARCÍA ROCA, JAVIER: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2019.

Este libro puede ser considerado como un corolario al trabajo que el profesor Javier García Roca viene desarrollando en el estudio del sistema europeo de garantía de los derechos humanos. Como el autor relata en el prefacio de esta obra, un grupo más o menos estable de profesores e investigadores de diferentes disciplinas jurídicas, de diferentes generaciones y grados académicos y de diversas latitudes, vienen investigando de forma sistemática la naturaleza, funcionamiento e impacto del sistema europeo. Tuve la oportunidad de incorporarme en dicho grupo en 2003, momento en que era liderado por los profesores Javier García Roca y Pablo Santolaya. El equipo de investigación se centraba entonces en el estudio de los derechos y libertades del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y de sus protocolos adicionales. Aquel primer proyecto culminó con la publicación de un libro fruto del trabajo de tres años de análisis, debate y aprendizaje conjunto. Este método ha sido aplicado —sin concesiones— en todos los proyectos sucesivos que García Roca ha dirigido sobre la materia y en las respectivas publicaciones, en las que han quedado plasmadas las construcciones y conclusiones generadas en el grupo, siempre después de una labor de edición por parte de los directores que aseguraba la conversión de los trabajos de investigación en capítulos de libro. Esta forma de ejecutar los proyectos de investigación ha permitido hacer un seguimiento detallado, en los temas y en profundidad, de cada una de las materias tratadas. Así, desde aquel primer libro sobre el CEDH, *La Europa de los derechos: el Convenio europeo de derechos humanos* (2005) —del que ya van 3 ediciones y una versión adaptada en

inglés, *Europe of rights: a compendium on the European Convention of Human Rights* (2012)— los proyectos se han ido adentrando, por este orden, en *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos* (2012), editado por García Roca junto con Pablo Santolaya, Pablo A. Fernández y Raúl Canosa; y el último, también colectivo, *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana* (2017), editado por Javier García Roca y Encarna Carmona Cuenca.

Javier García Roca, pues, cuenta con un bagaje privilegiado de conocimiento respecto del sistema europeo y del interamericano que hacen que el libro *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos* deba convertirse en referencia en este campo de estudio. En él se plasma una idea compartida por algunos de los que dedicamos nuestra investigación al estudio del sistema europeo y de la labor del Tribunal de Estrasburgo: el Convenio Europeo queda hoy lejos de aquel convenio de mínimos que se aprobó en Roma en 1950 y que fue ratificado por diez Estados con el fin de «tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal {de Derechos Humanos de 1948}». El Convenio Europeo y su desarrollo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han propiciado, como expresa García Roca, «un sólido espacio convencional europeo de decisión y garantía colectiva de los derechos». Superada con creces, pues, su definición como «mero» tratado internacional de protección subsidiaria de los derechos humanos en Europa, y haberse convertido en una pieza clave del orden público europeo,

¿cabe afirmar que dicho texto se ha transformado en una suerte de Constitución pa-neropea en materia de derechos y libertades? A darnos pistas sobre la respuesta se dedica J. García Roca en *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

Lo cierto, como señala gráficamente el autor, es que el Convenio siempre ha convivido con su doble naturaleza de «cuerpo de tratado internacional» pero «alma de constitución». Y seguramente es esta doble naturaleza la que ha permitido una transformación de la significación, alcance e impacto del sistema europeo de garantía. Para mostrarnos tal evolución, el autor construye su tesis recorriendo a través de siete capítulos los principales hitos en la evolución del sistema europeo de tutela y mostrando sus principales consecuencias. Así, tras exponer «los orígenes y la expansión de la jurisdicción europea», se adentra en el paso «de una protección internacional a un instrumento constitucional del orden público europeo»; posteriormente, se hace hincapié en la conversión del sistema que parte «del filtro de la Comisión al acceso individual y directo de las víctimas y la adopción de medidas cautelares vinculantes»; se pone de manifiesto «el crecimiento constante de los derechos protegidos y algunos derechos sociales»; se destaca el cambio de paradigma respecto del alcance e impacto de las decisiones europeas que supone pasar «de las sentencias declarativas al restablecimiento íntegro del derecho: medidas de reparación del papel del comité de ministros al seguimiento judicial de la ejecución»; y, como conclusión, se explica como todo ello supone «el fortalecimiento del sistema». Me permitirán que no me ciña a una presentación por capítulos de esta obra, sino que destaque los que considero elementos transversales de su construcción.

En línea con el propio objeto del libro, su estructura rompe con el encorsetamiento

clásico con el que durante muchos años se ha tendido a explicar el sistema europeo: un catálogo de derechos humanos que incorpora un sistema de garantía internacional. El libro permite percibir como el CEDH solo puede ser entendido hoy como un *corpus iuris* compuesto por unas normas convencionales que han sido nutridas, desarrolladas y actualizadas por la jurisprudencia del TEDH. Aunque en Europa, como en América Latina, existen Estados que se resisten a la autoridad de estos sistemas y la labor garante de sus jurisdicciones, no cabe negar la realidad de que los 47 Estados del Consejo de Europa y la propia Unión Europea cuentan hoy con un parámetro común de referencia en materia de derechos construido a lo largo de más de 60 años de jurisprudencia que ha acompañado la consolidación democrática de todo un continente... y más allá.

Como sucede con el Convenio, el Tribunal de Estrasburgo poco tiene que ver tampoco con aquel Tribunal internacional que se reunía unas cuantas veces al año y al que solo podían acceder los Estados parte. Con el protocolo n.º 11 al CEDH, el TEDH se convertía en la única jurisdicción internacional de tutela de derechos y libertades a la que Estados y particulares accedían en igualdad de condiciones, para velar por el cumplimiento de las obligaciones convencionales, a través de un procedimiento judicial público, contradictorio y con igualdad de armas. De hecho, en un trabajo que espero vea pronto la luz, en tesis coincidente con la que expresa Javier García Roca en *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, contrapongo los elementos definitorios del Tribunal de 1961 con los que materialmente hoy definen el desempeño jurisdiccional del Tribunal de 2020. Así, respecto de su naturaleza, durante décadas se ha dado por descontado que Estrasburgo respondía a la naturaleza de un tribunal internacional; sin embargo,

son cada vez más las voces que dentro (por ejemplo, el recientemente fallecido Presidente L. Wildhaber,) y fuera de esta jurisdicción (la profesora Besson, entre otras) admiten que el Tribunal está cada vez más cerca de ser una verdadera jurisdicción constitucional de derechos humanos. Igualmente, recordemos que fue concebida como una jurisdicción que debía proveer exclusivamente tutela subjetiva, individual, a los demandantes; no obstante, el estudio de la jurisprudencia de TEDH cada vez da más muestras de la objetivización de su función (como ejemplo paradigmático, las sentencias piloto). El mismo proceso ha experimentado el tipo de control para el que fue creado, eminentemente concreto, ya que no es extraño observar como también se llevan a cabo juicios en abstracto de los ordenamientos internos. La definición de la naturaleza de sus sentencias como meramente declarativas es cosa ya del pasado, en tanto que el contenido de su fallo y las medidas que de él se derivan superan con creces aquella naturaleza. Sin duda, una de las grandes transformaciones es el de identificar como obligación primera de toda sentencia en la que queda comprobada la violación del CEDH, la reparación integral de la víctima que incluye, además, lejos de una reparación meramente individual, la adopción de medidas generales con efectividad *pro futuro*, por cuyo cumplimiento vela el Comité de Ministros.

Ahora bien, si la transformación es evidente, más dudas presenta que aquella transformación sea de tipo constitucional. Y es que como certeramente refleja Javier García, la doble naturaleza de forma internacional y materia constitucional que subyace al sistema sigue patente y sin acabar de decantarse. Más allá de algunos elementos ya mencionados, Javier García aporta otros ejemplos de esta naturaleza constitucional del sistema: el procedimiento de consulta introducido por el Protocolo

n.º 16 que, pese a sus limitaciones, puede contribuir a constitucionalizar la jurisdicción europea; el procedimiento de sentencias piloto ya mencionado; o los propios criterios de interpretación utilizados por Estrasburgo que «tienden a parecerse a los que maneja un tribunal constitucional con la excepción del margen de apreciación nacional». Este último principio es, sin duda, uno de los grandes escollos jurídicos con los que topa el sistema para constitucionalizarse plenamente.

En esta línea, García Roca retoma uno de los temas al que ha dedicado parte de sus investigaciones: el margen de apreciación nacional como elemento deudor de la naturaleza internacional y subsidiaria del CEDH y de la labor del TEDH. El margen de apreciación como principio de autolimitación de la actividad de tutela del Tribunal que le permite «mantener una diplomática deferencia» con las decisiones adoptadas por los Estados. Como se decía, es un escollo jurídico, pero que viene reforzado por el posicionamiento político de diferentes Estados que no quieren ceder más de lo estrictamente necesario en la protección de los derechos y, a la postre, del control de sus sistemas democráticos, y que se encargan de recordar siempre que tiene ocasión a la jurisdicción europea que se trata de un sistema de tutela subsidiario (recientemente, en la Declaración de Copenhague, aunque de una forma más sutil de lo que algunos Gobiernos habrían querido). En este contexto, García Roca introduce la discusión existente en torno al «procedimiento razonable de decisión», un criterio interpretativo relativamente novedoso que parece responder a las críticas y desaires de algunos Estados frente a un excesivo activismo del Tribunal. García define este criterio como «un test de revisión judicial que fusiona el proceso de aprobación de la norma, el grado de participación y deliberación en la toma de la

decisión, con su sustancia». En algunos supuestos facilita la labor decisoria del Tribunal, pero puede generar una desprotección material de los derechos, que ya ha sido también puesta de manifiesto por algunos jueces del Tribunal y por algunos académicos, en España, Saiz Arnaiz y el propio Gracia Roca en su libro.

En este contexto, un dilema clásico, advierte García Roca, es «cuándo el TEDH debe integrar a los europeos, armonizar u homogeneizar los derechos y sus garantías y cuándo debe respetar un cierto pluralismo territorial y una diversidad en las soluciones». Para solventar esta duda el autor propone utilizar «un principio de integración o de unidad funcional», que considera consecuente con una de las finalidades del CEDH que es «alcanzar una unión más estrecha de los Estados miembros, una Europa de los derechos, armonizando ciertos derechos básicos de las personas y de las formaciones sociales en que se integran».

Para entender la transformación experimentada por el sistema europeo que plantea el libro es indispensable volver sobre el llamado diálogo judicial. Sobre este tema hemos discutido largo y tendido en los seminarios del grupo de investigación. Rafael Bustos, miembro del grupo, hizo un esfuerzo hace ya algunos años para delimitar el contenido y el alcance de esta expresión, y así evitar utilizarlo como cajón de sastre en el que depositar cualquier referencia, implícita o explícita, entre jurisdicciones. Sin embargo, como el propio García Roca admite, en un contexto de pluralismo constitucional como el que se produce en Europa, muy especialmente en relación con los derechos y libertades, la definición de Bustos puede ser modulada (debe serlo en ocasiones), sobre todo en notas como la naturaleza obligatoria de la comunicación.

El diálogo es esencial cuando hablamos de cumplimiento y efectividad de las

sentencias del Tribunal de Estrasburgo, aspectos a los que Javier García dedica los dos últimos capítulos de su obra. Más allá de la ejecutividad en sus propios términos que genera una sentencia del Tribunal, se deriva también un efecto de cosa interpretada vinculante que contribuye decididamente a la creación del espacio común europeo de los derechos y libertades. Y para ello es imprescindible que las jurisdicciones domésticas, de forma relevante las constitucionales, acepten y compatibilicen su jurisprudencia a los estándares sentados —no siempre de forma clara— por el TEDH. La relación entre tribunales internos y Tribunal de Estrasburgo no viene determinada por el principio de jerarquía, sino, más bien, por una relación de colaboración, no siempre fácil, entre sistemas de garantía. No existe, así, un tribunal último que ponga el punto y final a las posibles controversias jurídicas que se plantean. Como señala el Prof. García «el diálogo supone una estructura de trabajo judicial en red que no viene ordenada conforme a la jerarquía». Se adoptan decisiones en el ámbito interno que pueden ser, en un momento dado, refrendadas o rechazadas por Estrasburgo; no obstante, con el paso del tiempo o el cambio del contexto, las mismas decisiones pueden obtener una nueva fundamentación y, por tanto, ser estudiadas desde diferentes perspectivas por el Tribunal Europeo quien, a su vez, en diálogo con los tribunales domésticos, recoge los cambios y los nuevos argumentos y readapta su doctrina a las nuevas necesidades jurídicas y realidades socio-políticas.

En relación con el hilo argumental del libro, la cosa interpretada de las sentencias del TEDH se asemeja bastante a la efectividad de las sentencias constitucionales, en tanto, que la cosa interpretada genera una eficacia general, abstracta y *erga omnes*; así, a través de su eficacia interpretativa, las sentencias vinculan a todos los poderes

públicos de todos los Estados parte del CEDH porque, como explica García Roca, «*la seguridad jurídica, que reclama la certidumbre en el entendimiento de los derechos fundamentales, y la estabilidad de las relaciones jurídicas, con mayor razón en un sistema colectivo y multilateral, cuya compleja unidad y coherencia interna deben mantenerse, así lo exigen*». En definitiva, los órganos judiciales nacionales deben acomodar su doctrina al canon europeo, al *acquis conventionnel*, como parte de un diálogo continuado, dinámico entre tribunales que se produce a través del efecto de cosa interpretada que emana de las sentencias europeas. Es esta la forma a través de la que se produce el proceso de integración que, según García Roca, explica el espacio común europeo de los derechos humanos.

En definitiva, en *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos* de Javier García Roca encontrarán, como he tratado de destacar, la

explicación de cómo el sistema europeo de garantía, sin prescindir de su cuerpo de tratado internacional, se va acercando cada vez más a su alma constitucional. De cuál ha sido el papel fundamental del Tribunal Europeo, que ha ido ganando protagonismo, reforzando su *auctoritas* y favoreciendo mutaciones convencionales que, más allá de las reformas de los textos que se hayan producido favorecen que el «Convenio se ha[ya] consolidado como un instrumento constitucional al servicio de la integración europea a través de derechos que propicia el Consejo de Europa, —a la búsqueda de una unión más estrecha de los Estados miembros—, y no sólo como una típica protección internacional».

ARGELIA QUERALT JIMÉNEZ

*Profesora agregada
de Derecho Constitucional
Universidad de Barcelona
Letrada del Tribunal Constitucional*