

que la moderación, esto es, la aceptación de un pluralismo razonable y no radical, y el predominio entre los agentes políticos y los ciudadanos de mentalidades abiertas o tolerantes, y no cerradas o dogmáticas. El espíritu de facción es inevitable, como viera ya Hamilton, pues el número de los partidarios siempre dependerá de la estridencia y la acritud de las posiciones políticas propias, pero es necesario aceptar también las ventajas de la moderación. «Así, una cultura cívica democrática reconoce la obvia existencia de tesis y posiciones divergentes y aun contrapuestas en la arena política. Pero sus sostenedores son adversarios en forma más o menos coyuntural o permanente, pero no enemigos». La confrontación antes y tras la consecución del poder es inevitable, basada como está en la libertad ideológica y la necesidad de propiciar la victoria en la contienda electoral, asegurando los perfiles propios partidistas. La cuestión está en determinar por qué se sobrepasan los límites de la pugna moderada y razonable y se incurre en la descalificación como estrategia de lucha electoral, «negando toda capacidad para gobernar al adversario y toda valía de su liderazgo». Aunque pueda creerse en la rentabilidad electoral de esta estrategia de la descalificación que preferiría disuadir a los electores moderados en vez de atraerlos con propuestas razonables, lo que es evidente es que produce el desgaste institucional del sistema democrático, y dificulta el funcionamiento correcto del mismo. Lo que nuestra democracia necesita, concluye el profesor Alzaga en el luminoso capítulo «Radicalización política e ideologías» al final del libro que reseñamos, es concordia, esto es, una disposición compartida, «a cooperar con los demás en términos aceptables públicamente, para elaborar y aprobar las grandes disposiciones legislativas, nombrar los componentes de los órganos constitucionales, revisar la Constitución para mejorar las instituciones y los mecanismos de su parte orgánica y abordar otros puntos que requieran de cirugía precedida del debido consenso, como es el caso particularmente significativo del perfeccionamiento federalizante de nuestro Estado autonómico» (p. 493).

Juan José Solozabal

Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER GARCÍA ROCA: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2019, 217 págs.

En noviembre de 2017 España celebró el cuarenta aniversario de su ingreso en el Consejo de Europa, acontecimiento que tuvo lugar bajo circunstancias insólitas, pues por aquel entonces nuestro país aún no contaba con una

Constitución democrática. A pesar de esta ausencia, el Consejo aprobó nuestro ingreso, al que el primer representante permanente de España en la organización paneuropea, José Luis Messía, se refirió como una adhesión «por palabra de honor». España tenía ya claro que su futuro pasaba por Europa. Sin embargo, las certezas eran muchas menos en cuanto a la evolución de esta peculiar organización y, desde luego, respecto de sus implicaciones para nuestro ordenamiento jurídico. De ambas realidades, de la transformación del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, Convenio de Roma o, simplemente, Convención) y de su incidencia en el ordenamiento constitucional español, da buena cuenta la obra que aquí se reseña.

La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos es una muestra más de la militancia europeísta de su autor, quien desde hace años se empeña en enseñarnos, dentro y fuera de las aulas, los logros y desafíos que ha supuesto, y a los que nos enfrenta, nuestra integración en el Consejo de Europa. Ofrecer una visión global de la paulatina construcción del sistema regional europeo de protección de derechos, es así el hilo conductor de este trabajo. Sin embargo, como advierte su artífice desde el principio, no se trata este de un análisis sin tesis. Abiertamente partidario de la constitucionalización del Convenio de Roma y de la consecuente consolidación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH o Tribunal de Estrasburgo) como garante de un incipiente *ius commune* a nivel regional, con este libro el profesor García Roca nos invita a participar en un debate, el que versa sobre el futuro del CEDH y de su órgano jurisdiccional, que no por iniciarse a finales del pasado siglo, ha dejado de estar en boga.

Me permitirá por ello el lector que, a través de estas páginas, le aproxime al contenido de cada uno de los seis capítulos en los que se estructura la referida monografía. Ello sin otro particular que el de suscitar su curiosidad e interpelarle a participar en el diálogo (concédanme el guiño al autor) sobre la sostenibilidad, en el medio-largo plazo, de la función del TEDH como órgano de justicia individual. Y es que, como apunta García Roca en el primer capítulo de su libro, la progresiva transformación del TEDH en un «instrumento constitucional del orden público europeo» sigue siendo objeto de no pocos recelos. Lo es, claro está, por las tradicionales vindicaciones de los Estados del monopolio de *lo constitucional*. Pero lo es también (déjeme recordarlo) porque dicha transformación ha venido aparejada, al menos desde Interlaken, a una progresiva restricción del número de admisiones de demandas que llegan a Estrasburgo. Una clara tendencia a la objetivación del llamado *amparo europeo* que, dada la idiosincrasia de cada país, difícilmente podrá ser asumida con igual grado de aceptación ni por los 47 Estados parte del Convenio de Roma, ni por quienes, día a día, siguen luchando dentro de las fronteras de su

respectiva nación por hacer de la protección de los derechos y libertades de las personas una realidad efectiva.

La lenta transformación del TEDH en un órgano cuasi constitucional es resultado de un largo proceso que se extiende desde lo que en el primer capítulo el profesor García Roca denomina «la fase durmiente del sistema» (1956-1975) hasta la aprobación de los últimos protocolos de enmienda a la Convención (Protocolos 14, 15 y 16). Y es precisamente en estas primeras páginas de su trabajo donde el catedrático de Derecho Constitucional define la tesis en la que sustenta su análisis. Consciente de la dirección hacia la que apuntan las sucesivas Conferencias de Alto Nivel celebradas en los últimos años, desde Interlaken hasta Copenhague, el profesor García Roca no tarda en darnos a conocer sus reticencias frente a algunos de los mecanismos por los que ha optado el Consejo de Europa para garantizar el papel del Tribunal de Estrasburgo como una suerte de tribunal constitucional regional. A estas reformas se referirá de manera más detallada en capítulos posteriores, pero ello no sin antes detenerse en la inacabada construcción de un sistema integrado de protección de derechos a nivel europeo.

El Dictamen núm. 2/2013, de 18 de diciembre de 2014, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (UE) fue, sin duda, muestra de un claro sobredimensionamiento de la autonomía y primacía del sistema comunitario, de «falta de empatía» en la articulación de unas necesarias pasarelas entre sistemas de garantía. A pesar de ello, no debemos olvidar, como no lo hace el autor, que el diálogo entre ambas jurisdicciones, la de Estrasburgo y la de Luxemburgo, está consiguiendo paliar un conflicto que, por lo demás, resulta inevitable en nuestro contexto de pluralismo constitucional. Y al análisis del diálogo judicial, en sus dimensiones ascendente, descendente y horizontal, se dedica también el primer capítulo de esta obra, en el que precisamente por ello no podía faltar una referencia al aclamado Protocolo 16, cuya ratificación por España, apunta el autor, quizás permitiera amortiguar los efectos indeseados en el ordenamiento español de un (necesario pero mal construido) control de convencionalidad (difuso).

Junto a los Protocolos 14 y 15, el Protocolo 16 al Convenio de Roma fue ideado para garantizar el buen funcionamiento y la eficacia del sistema regional europeo a través, fundamentalmente, del refuerzo del carácter subsidiario de la jurisdicción de Estrasburgo. Recordemos, como lo hace el segundo capítulo de *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, que la Convención Europea tiene una doble naturaleza, pues formalmente es un tratado internacional, pero materialmente tiene «alma de constitución». La dimensión constitucional del CEDH responde, claro está, a su propia razón de ser, la protección de los derechos humanos. Y a su percepción como un verdadero instrumento constitucional ha coadyuvado una interpretación

convencional basada en las constituciones nacionales de los Estados parte, los principios democrático, de Estado de Derecho y de protección efectiva o efecto útil, y el recurso a la proporcionalidad como facilitador del diálogo judicial. Pero sin poder obviar esta dimensión materialmente constitucional, el Convenio de Roma no deja de ser un mecanismo de protección internacional.

Desde esta última perspectiva, la lógica del principio de subsidiariedad no solo obliga a las víctimas a agotar los mecanismos internos disponibles (requisito reforzado por el Protocolo 14 y en el que ahondará el todavía letárgico Protocolo 15), sino que explica el recurso a la polémica doctrina del margen de apreciación nacional. Uno (requisito de admisión del previo agotamiento de recursos internos) y otra (doctrina del margen de apreciación nacional) no dejan de ser fuente de enigmas, contrariedades e, incluso, origen de importantes cuestionamientos de una efectiva protección de derechos por el TEDH. Así lo pone de manifiesto el profesor García Roca, por un lado, al aludir al cada vez más habitual acceso *per saltum* al Tribunal de Estrasburgo con motivo de la objetivación del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional español y, por otro, al advertirnos sobre el riesgo que corre el TEDH de consagrar, a través del recurso al margen de apreciación nacional, una excepción política a un control jurisdiccional.

Tras indagar en sus orígenes, todavía oscuros, García Roca profundiza en la construcción jurisprudencial de la controvertida doctrina del margen de apreciación nacional, incidiendo en su poca consistencia argumental y, precisamente por ello, en un no poco frecuente uso de la misma de forma discrecional o, incluso, contradictoria. Entre las distintas opiniones posibles, que abarcan desde las de quienes la consideran como un mecanismo oportunista, hasta la de quienes alaban la autocontención y la prudencia judicial que aprecian como su fundamento, nuestro autor se sitúa en una posición intermedia, reconociendo en el pluralismo territorial y en la subsidiariedad de la protección dispensada por el TEDH su principal justificación. Condena así su uso únicamente en aquellos casos en los que el recurso a esta doctrina no es sino un pretexto para dictar decisiones desprovistas de una verdadera motivación. Ahora bien, sin llegar a descartar por completo su utilización, el autor de la obra que aquí nos ocupa vindica en todo caso una mayor sofisticación en su desarrollo, que se proyecte sobre la totalidad de los criterios que, hasta el día de hoy, delimitan (de manera más o menos homogénea) los supuestos en los que el margen de apreciación nacional se aplica.

A lo largo de las más de treinta páginas dedicadas a la materia, el lector podrá así adentrarse en un detallado análisis crítico-propositivo de las distintas razones que maneja el TEDH para justificar el recurso a la doctrina del margen de apreciación nacional, desde el llamado «argumento del consenso europeo»

hasta su acusada dependencia del caso concreto, pasando por la consideración de la naturaleza de los derechos invocados y de las obligaciones nacionales exigidas, la obligada proporcionalidad en el enjuiciamiento y la sensibilidad nacional hacia el problema. Podrá, en definitiva, profundizar en las principales fortalezas y debilidades de esta doctrina de «geometría variable», permitiéndose quizás con ello formular propuestas de nuevo cuño y enriquecer así las que, como la tesis del «procedimiento razonable de decisión», se antojan todavía insuficientes.

Pero más allá del *self-restraint* de la jurisdicción de Estrasburgo, como se apuntaba unos párrafos más arriba, la naturaleza de tratado internacional del Convenio de Roma justifica también la materialización del carácter subsidiario de su función a través del filtrado de las demandas que llegan al TEDH. Y precisamente a la peliaguda cuestión de las últimas reformas procesales de los criterios de admisibilidad (señal inequívoca de una clara tendencia al refuerzo de dicha subsidiariedad), se aproxima el tercer capítulo de *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos*, cuestionándose el autor en sus primeras páginas la posibilidad de su equiparación con las reformas que operaron la objetivación del respectivo recurso de amparo constitucional en Alemania y España.

Para el profesor García Roca las reformas procesales incorporadas (o a introducir) por los Protocolos resultantes del llamado Proceso de Interlaken no dotan al Tribunal de Estrasburgo de un nivel de discrecionalidad equivalente al que han demostrado tener en los últimos años tanto el *Bundesverfassungsgericht* alemán como el Tribunal Constitucional español. Personalmente, así creo que ha ocurrido gracias no tanto a la intencionalidad de las reformas en sí mismas consideradas, como a la interpretación que de las modificaciones de la Convención y del Reglamento del TEDH han hecho los letrados y magistrados del Tribunal de Estrasburgo. Baste como ejemplo la evolución que se aprecia en la interpretación del requisito del «perjuicio importante» (*significant disadvantage*) desde la entrada en vigor del Protocolo 14. En todo caso, como apunta nuestro autor, las limitaciones en el acceso a la jurisdicción de Estrasburgo urgen un acomodo progresivo de las declaraciones nacionales de derechos al estándar europeo de garantías. Un estándar que, como nos demuestra el cuarto capítulo de este libro, ha ido conformándose a partir de un continuo enriquecimiento del contenido material del Convenio de Roma a través de protocolos adicionales, pero también, y sobre todo, gracias a la labor interpretativa del órgano jurisdiccional encargado de garantizar su efectivo cumplimiento.

El cuarto capítulo de la obra que aquí se recensiona nos permite así imbuirnos en otra de las grandes cuestiones relativas a la evolución del sistema regional europeo, cual es la protección de unos derechos, los sociales, que no

se encuentran expresamente reconocidos por el CEDH. A esta materia nos aproxima su autor mostrándonos las diferentes técnicas utilizadas por la jurisdicción de Estrasburgo a tales efectos, como lo son la de su conexión con los derechos civiles, el recurso a la teoría de las obligaciones positivas y la de su efectiva garantía (no obstante los consabidos límites «de lo financiera y presupuestariamente posible») mediante la prohibición de discriminación ante determinadas prestaciones sociales. Evidentemente, el potencial del CEDH como instrumento de protección de derechos sociales es limitado. Pero precisamente por ello, y teniendo en cuenta la universalidad e indivisibilidad de los derechos que desde hace años proclama el derecho internacional de los derechos humanos, es difícil no compartir con el profesor García Roca que quizás vaya siendo hora de llevar a cabo una modificación convencional que dé cabida a su expreso reconocimiento y protección. Y si el diálogo judicial, el trabajo en red, no es solo una realidad, sino un objetivo que perseguir, desde luego las modificaciones que del Convenio de Roma pudieran operarse con tal finalidad debieran inspirarse tanto en la Carta Social Europea como en la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

En un escenario de concurrencia de jurisdicciones, un diálogo fructífero y la propia lógica de la subsidiariedad, requieren de una adecuada división del trabajo. En este sentido, como nos recuerda el autor de esta obra en su quinto capítulo, la doctrina de la cosa interpretada, en conexión con el interesante mecanismo de las sentencias piloto (*pilot judgments*), se han consolidado como importantes técnicas de colaboración. Y a resultas del carácter vinculante de las interpretaciones que el TEDH hace del CEDH (impidiendo así a los Estados invocar la triple identidad de la cosa juzgada civil para justificar la elusión del efecto de cosa interpretada de las resoluciones de Estrasburgo), el profesor García Roca vuelve a insistir en la conveniencia de incorporar, en nuestro ordenamiento jurídico interno, un precepto legal que recuerde a nuestras autoridades nacionales, muy especialmente a los órganos judiciales, su vinculación al Convenio de Roma y a la jurisprudencia de Estrasburgo.

La innovadora técnica de las sentencias piloto es, sin duda, un ejemplo más de la tendencia constitucionalizadora de la jurisdicción europea. Este mecanismo se aproxima al control de constitucionalidad de las leyes, del mismo modo que las sentencias que interpretan el contenido y alcance de los arts. 41 y 46 CEDH, esto es, que concretan medidas específicas de reparación, se asimilan a las sentencias de amparo constitucional. Así nos lo recuerda el profesor García Roca al referirse a algunos de los ejemplos paradigmáticos de las medidas, generales e individuales, que el TEDH incorpora en sus resoluciones. Sin embargo, el claro afán por reforzar tanto la fuerza vinculante de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo como el compromiso internacional de los Estados de cumplirlas de buena fe, no nos puede dejar olvidar que, todavía

hoy, el de su cumplimiento sigue siendo el mayor desafío al que se enfrenta el eficaz funcionamiento del sistema regional europeo de garantías de los derechos. Como apunta García Roca en el último capítulo de su libro, la inicial naturaleza declarativa de las sentencias del TEDH tuvo un claro reflejo en el trazado de los mecanismos de ejecución y supervisión de su cumplimiento. Ciertamente, el sistema de supervisión se ha reforzado en los últimos años. El Comité de Ministros ha desarrollado sus propios métodos de trabajo, manteniendo además constantes relaciones con el TEDH que, con la entrada en vigor del Protocolo 14, se dotó de dos mecanismos de supervisión, la demanda de interpretación y el recurso por incumplimiento. Sin embargo, ni estas nuevas herramientas de supervisión son tan eficaces como sería deseable, ni el grado de cumplimiento es igual en todos los Estados partes.

El refuerzo del carácter vinculante de las sentencias del TEDH y el fortalecimiento de la supervisión de su cumplimiento, las diversas modificaciones de los requisitos de admisibilidad de las demandas y el frecuente recurso a la doctrina del margen de apreciación nacional, la formalización del mecanismo de las sentencias piloto y la expansión del contenido material del Convenio de Roma, son hitos indiscutibles de la progresiva consolidación del Tribunal de Estrasburgo como garante de un embrionario *ius commune* europeo. Corresponde ahora al lector decidir si es esta la senda por la que efectivamente debiera discurrir el futuro de nuestro sistema regional de garantías. En *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos* encontrará fundados argumentos para así defenderlo. Ahora bien, posiblemente la mayor virtud del trabajo del profesor García Roca sea precisamente la de dar a conocer las cuestiones clave sobre las que articular el debate, permitiendo con ello a quien se adentre en su lectura forjarse su propia opinión al respecto. Queda así a voluntad del lector recoger o no el testigo.

Carmen Montesinos Padilla
Universidad Complutense de Madrid

JUAN JOSÉ ECHEVARRÍA PÉREZ-AGUA: *La constitucionalización de la foralidad (1975-1978)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2019, 655 págs.

Por «constitucionalización de la foralidad» hasta ahora habíamos entendido, sobre todo, el proceso de elaboración de la disposición adicional primera de la Constitución y, sobre todo, su despliegue efectivo a través del Estatuto de Gernika en 1979. La historiografía, tanto la jurídica como la generalista, detectó en ese trance entre Constitución y Estatuto el momento *refundante* de