

Informe del libro: “*Informes nacionales europeos sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Alemania, España, Francia, Italia, Polonia)*”, Javier Matia e Ignacio Álvarez (dirs.), Tirant lo Blanch, Madrid, Valencia, 2018.

Javier GARCÍA ROCA,  
Catedrático de Derecho Constitucional, UCM.

*Un informe complemento.* Me piden un breve informe sobre este libro colectivo, impulsado por el proyecto de investigación DER 2016-75993-P, y escrito por Mario Köllig, Javier Matia, Hubert Alcaraz, Anna Lorenzetti, Adam Krzywon, y Teresa Freixes. Una petición a la que accedo gustosamente. Vaya por delante la calidad de los informes nacionales como era de esperar por la autoridad de sus autores, así como el interés del tema. No obstante, haré algunas sugerencias, críticas o matices sin otro afán que propiciar el debate académico y avanzar en la investigación. Al cabo, un informe no deja de ser un complemento de un documento. El equipo que coordino lleva haciendo crónicas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) desde 1998, y casi a la vez estudios, y me complace mucho el interés progresivo y generalizado que el asunto ha adquirido en España. Revela que hemos caído en la cuenta de la existencia de un sistema europeo basado en la concurrencia de jurisdicciones en derechos fundamentales, y un trabajo en red, con unos mismos criterios de interpretación, donde nadie tiene realmente la última palabra y se producen interacciones y fertilizaciones recíprocas. Un escenario que está transformando el constitucionalismo.

*Título de la obra y objeto.* No sé si el título del libro -algo impreciso- refleja bien el objeto, pero se presume claramente, más que por su significado propio y objetivo, por lo que connota o expresa, y la lectura de los sucesivos informes lo corrobora. El estudio aborda el impacto de la jurisprudencia del TEDH en algunos ordenamientos, o al menos las líneas principales de jurisprudencia convencional y los precedentes más importantes que han afectado a esos Estados.

*Introducción y problemas metodológicos. Conveniencia de una parte general.* Quizás por eso me parece que habría sido bueno que el libro incorporara una introducción donde se delimitara el objeto, la metodología y se aclararan algunas de las categorías que, con carácter general, en los respectivos informes nacionales podían usarse. Así p.ej. la noción de “impacto” que se usa en inglés en prácticamente todos los estudios sobre el TEDH<sup>1</sup>, para indicar la eficacia transformadora<sup>2</sup> de la jurisprudencia europea en las constituciones, la legislación y la jurisprudencia de cada ordenamiento

---

<sup>1</sup> Cfr H. Keller y A. Stone Sweet, *A Europe of rights. The impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford, U. Press, 2008, donde se revisa el impacto en 18 ordenamientos; o J. Gerards y J. Fleuren (eds), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national cases. A comparative analysis*, Intersentia Publishing Ltd, Cambridge, 2014.

<sup>2</sup> Puede leerse un estudio de la noción de impacto, y de las categorías de cosa interpretada, vinculación y precedente en J. García Roca y H. Nogueira, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante” en *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 71-132.

estatal, a veces es armonizadora de estas normas y crea un *ius commune* europeo. Un Derecho que no es un Derecho nacional, fragmentado en la soberanía de los Estados, y ni siquiera va ya a la sombra de los mismos sino a la vanguardia de las innovaciones. O la trasposición de la categoría de “vinculación” a la jurisprudencia europea que en varios estudios se da por supuesta -no siempre del mismo modo-, y la mismas categorías de “cosa interpretada” y precedente con las que funciona en la realidad de las cosas el sistema del Convenio en torno a un inmenso *case-law*.

*Indicadores estadísticas y criterios selectivos.* También podían haberse acordado unos mismo indicadores estadísticos para todos los trabajos (así lo advierte Teresa Freixes, p. 159), lo que facilitaría la comparación p.ej.: demandas tramitadas, admitidas y estimadas; condenas; condenas repetitivas; temas específicos, etc. Puede que no sea tan sencillo, dada la tendencia a las aproximaciones pragmáticas del TEDH, lo que hace que no siempre la doctrina relevante esté en sentencias estimatorias en vez de en sentencias interpretativas de rechazo que vacían algunas normas nacionales que interfieren en los derechos. Especialmente, puede sugerirse el manejo de criterios selectivos, porque el impacto cualitativo de algunas sentencias -decisivas por la materia o las dificultades en su implementación- ha sido a veces muy superior al de cientos de casos repetitivos. Las estadísticas no siempre son decisivas. Adam Krzywon evidencia bien lo que ha supuesto el *Caso Broniowski* en Polonia, sobre el derecho de propiedad expoliado y el acceso al recurso efectivo; y Anna Lorenzetti hace lo mismo con los *Casos Lautsi* o *Torregiani*, respectivamente, sobre los símbolos religiosos católicos o las condiciones de hacinamiento en las prisiones. No se puede medir el impacto de la jurisprudencia convencional sólo estadísticamente y, con mayor razón, una vez asumido su carácter como interpretación constitucional, y la dimensión objetiva de la jurisprudencia europea, que crea unos estándares convencionales que se imponen de manera vinculante. Es importante subrayar que estos estándares no siempre tienen además un carácter mínimo -es claro en el derecho a la vida privada y familiar- como se había venido defendiendo mucho tiempo y parece derivarse de la lógica subsidiaria del Derecho Internacional. Ya no siempre es así. Por eso una única sentencia piloto puede rebajar grandemente las estadísticas y el número de sentencias que se dicten. Un enfoque meramente estadístico se mantiene en la vieja idea de la jurisdicción europea como una jurisdicciones de peticiones individuales. En suma, una parte general introductoria, redactada a la vista de los trabajos, se echa en falta y hubiera enriquecido mucho el estudio. Estoy seguro de que los autores aún están a tiempo de hacerla en otro lugar y todos lo aprovecharemos.

Son así p.ej. interesantes -y extrapolables- las consideraciones que hace Mario Köllig sobre el diálogo entre el Tribunal Constitucional Federal Alemán y el TEDH en distintos escenarios: la aplicación sin reservas de la jurisprudencia europea, o la matización y especificación del efecto de cosa interpretada europea, o, en otros casos, una reconsideración más problemática de la misma como en las distintas sentencias del asunto Von Hannover o Carolina de Mónaco sobre publicación de fotos familiares de personas públicas sin el consentimiento. Pero manteniendo la idea de una “aproximación amistosa” a la jurisprudencia europea que -estimo- debe recibirse en la teoría europea de los derechos. O las consideraciones sobre la atención al sistema del Convenio por la opinión pública alemana. En efecto, el impacto en la opinión pública de algunas sentencias europea estimo que ha contribuido a cambiar muchas cosas y es a veces un buen aliado del Tribunal Europeo que puede conectar con ellas para auto

legitimarse frente a las resistencias de algunos Estados demandados a implementar sus decisiones<sup>3</sup>.

Del mismo modo, tiene v.gr. interés general la exposición que hace Hubert Alcaraz de las distintas concepciones de la protección del derecho a la intimidad y los derechos de la personalidad, muy protegidos en Francia, frente a un entendimiento expansivo del TEDH que tiende a dar prevalencia a las libertades de expresión y de la comunicación cuando afecta al interés público. Otro tanto ocurre con el no reconocimiento nacional de la gestación subrogada y el interés superior del menor que debe facilitar el acceso de los niño al registro cualquiera que sea la forma de su nacimiento y la fórmula jurídica que se adopte. Unos mismos derechos pueden emanar de tradiciones jurídicas diversas en cada Estado y llevar un tiempo alcanzar interpretaciones compatibles o equivalentes en el espacio convencional europeo.

Estas y otras buenas reflexiones generales de los autores del libro podrían haberse recopilado con un método inductivo en una parte general.

*El complejo proceso de incorporación del Derecho Europeo y de construcción del sistema del Convenio.* Me han resultado igualmente ilustrativas las consideraciones de Hubert Alcaraz sobre el *Caso Kress contra Francia* acerca del papel del comisario del gobierno en el contencioso administrativo y el posterior diálogo del Consejo de Estado francés en la implementación de la doctrina europea, porque evidencia que no basta con acatar las sentencias definitivas del TEDH. Un cumplimiento leal, un compromiso - como dice el art. 46 del Convenio en francés-, puede tener cierta complejidad y llevar un tiempo alcanzarlo, alejando la posibilidad de los automatismos, dependiendo de la enjundia del tema y del margen de apreciación nacional en la ejecución. El Consejo de Estado sistematizó los elementos de la nueva doctrina, y dictó una directrices, que finalmente llevaron a la modificación del código de justicia administrativa. No menos revelador es que Alcaraz recuerde el largo tiempo transcurrido, de 1950 a 1974, hasta la ratificación por Francia del CEDH, un Estado fundador del sistema pero con intereses coloniales en África y una guerra en Argelia, así como la resistencia del General de Gaulle<sup>4</sup>, presionada por la amenaza de renuncia como juez europeo de René Cassin, y luego el segundo largo camino hasta la aceptación en 1981 del recurso individual. Una ruta complicada hasta la ratificación. La lenta construcción de un sistema colectivo de protección supranacional de derechos no ha sido nada sencilla frente a irreductibles nacionalismos y soberanismos en busca de inmunidades jurisdiccionales o ausencia de controles externos. Tampoco en Francia. Pero hemos avanzado mucho.

Otro buen ejemplo del complicado proceso de incorporación de los estándares europeo es el que narra Mario Köllig sobre la prolongación retroactiva de la prisión provisional, una punición que el TEDH sostuvo violaba los artículo 5 y 7 CEDH.

---

<sup>3</sup> Recordaré el *Caso Burdov versus Russia* (n.º 2) de 15 de enero de 2009. La primera sentencia piloto respecto de Rusia. El recurrente había colaborado en las labores de limpieza tras el desastre nuclear de Chernobil en 1986 y veinte años después no había recibido una reparación. Su primera petición se había resuelto por el TEDH nada menos que en 2000. Al parecer, Burdov n.º 2 contribuyó a sensibilizar a la opinión pública rusa del terrible e inhumano problema de estas personas que ya había mostrado magistral y desgarradoramente Svetlana Alexiévich "Voces de Chernobil" (1997).

<sup>4</sup> Así lo explicita L. Bourgogue-Larsen, *Les 3 Cours regionales des droits de l'homme in context. La justice qui n'allait pas de soi*, Ed A. Perone, Paris, 2020, p. 40, p. 82 ss sobre los temores a un control jurisdiccional externo. Algo parecido ocurrió en el Reino Unido hasta el desmantelamiento del Imperio. Las nuevas democracias del sur de Europa como España se adhirieron con más entusiasmo.

Igualmente se presta a reflexiones generales el muy elevado porcentaje de condenas a Italia (unos de los principales “clientes” del Tribunal), entre otros temas, por dilaciones indebidas y expropiaciones irregulares, pero también por el mal estado de las prisiones sobrepobladas, unos datos conocidos, pero que narra bien Anna Lorenzetti.

*El diálogo entre la jurisprudencia y la doctrina científica.* No todos los estudios dedican el mismo interés al diálogo entre las respectivas doctrinas científicas nacionales y las jurisprudencias nacionales y europea: es evidente en algunos e inexistente en algún otro. Sin embargo, es un ingrediente esencial, porque, en ausencia de un legislador europeo, la jurisprudencia y la doctrina interactúan y contribuyen a la creación de este nuevo *ius commune* y a su legitimidad y autoridad fundada en la racionalidad y capacidad suasoria. Es menester indagar estas interacciones en las investigaciones. El TEDH se ha mostrado abierto a las elaboraciones científicas, e incluso impulsado muchos seminarios, informes y estudios, y algunos expertos han pasado a ser Jueces europeos. Estrasburgo no ha practicado normalmente los monólogos.

*Transversalidad del objeto y conclusiones comparadas.* Son muchos los temas sobre los que se proyecta horizontal y transversalmente la jurisprudencia del TEDH hasta el punto de que no quedan casi espacios en los que no interfiera en los ordenamientos internos. Un resultado que era difícil de imaginar cuando se aprobó el Convenio Europeo. Esto es una dificultad añadida en cualquier investigación. La lectura de los informes nacionales revela un largo listado de temas con coincidencias. La mera recopilación de sentencias, por su número y la variedad en sus objetos, corre el riesgo de visualizar un océano de jurisprudencia imposible de retener y manejar sin una carta de navegación. Quizás por ello serían de utilidad unas conclusiones comparadas más detalladas o extensas.

¿“España no extrae lecciones”? Javier Matia sostiene esta conclusión muy crítica (p. 40) que probablemente requiere ser matizada, porque la implementación no ha sido mala pero sí desigual. No en balde, España es uno de los Estados menos condenados. Así lo ha hecho en una investigación posterior otro de los codirectores del libro, Ignacio Álvarez, quien arranca de aquí en sus pesquisas y, sin embargo, ofrece una visión menos crítica<sup>5</sup>. Pero es verdad que no parece hayamos aprendido suficiente en el tema de denuncias de tortura y malos tratos y obligaciones de procedimiento (recordemos la condena en la sentencia *Portu Juanenea y Sarasola*). O en la discrecionalidad con la que se están inadmitiendo recurso de amparo constitucionales desde 2007 a veces por autos dictados por simple mayoría en temas que hubieran requerido mayor sensibilidad para los derechos y que luego han llevado a condenas del TEDH: inadmitir una demanda por una ajustada mayoría es un sinsentido lógico y procesal en vez de culminar con prudencia la cognición contradictoria en un proceso. O, en el conflicto entre libertad de expresión e injurias al Jefe del Estado tras los *Casos Otegui Mondragón y Stern Taulats*, donde otro nuevo asunto parece atascado ante el Tribunal Constitucional. O la saga de decisiones sobre indemnizaciones por sentencias absolutorias tras prisión provisional donde ha habido un diálogo a cuatro bandas entre el TEDH, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional y no todos estos órganos judiciales han extraído las máximas consecuencias garantistas de la jurisprudencia europea. Puede que sea inevitable: adaptarse a las nuevas ideas lleva un tiempo. Pero no olvidemos que, por el contrario, España ha modificado en 2015 la Ley de Enjuiciamiento Criminal en

---

<sup>5</sup> Ignacio Álvarez, *Brechas convencionales en España. Un reto constitucional del siglo XXI*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2020.

materia de doble instancia penal (tanto el recurso de apelación como el de casación) para impedir las condenas por la revisión peyorativa de las sentencias condenatorias, y lo mismo ha hecho en otras ocasiones como ha estudiado Ignacio Álvarez. Por no recordar también la creación de un recurso extraordinario de revisión de sentencias por contraste con las sentencia del TEDH, que permite anular sentencias firmes, en todos los órdenes jurisdiccionales mediante una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en 2015. España ha aprendido y rectificado sus posiciones en muchos temas, pero es verdad que puede que no en todos.

*Valoración positiva.* Concluiré ya resaltando la utilidad del estudio y su relevancia, como era de esperar por sus autores, y mi entusiasmo porque los estudios sobre el Derecho Europeo de los derechos fundamentales lleven un tiempo generalizándose. Es mucha la tela que aun queda por cortar en la jurisprudencia convencional y sus consecuencias en las regulaciones internas, y es muy largo el viaje en provecho de las garantías colectivas y la integración europea a través de derechos. Tampoco olvidemos que las leyes y las ponderaciones nacionales sobre derechos reclaman *a tailored approach* y procedimientos razonables de decisión para todo ello son muy útiles los estudios jurídicos.

Madrid, 10 de diciembre de 2020.