

## RECENSIONES



LÓPEZ GUERRA, L., MORTE GÓMEZ, C., MENGUAL I MALLOL, A.M., CANO PALOMARES, G., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una visión desde dentro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

No es infrecuente que una obra que pretende rendir tributo a la figura de quien de algún modo ha destacado en su ámbito, comience precisamente incidiendo en las virtudes del homenajeado. Así ocurre con el libro dedicado a Josep Casadevall quien, a título del Principado de Andorra, fue juez del TEDH durante casi dos décadas, teniendo por ello la posibilidad de vivir y participar en las importantes transformaciones del sistema europeo a raíz de la entrada en vigor de los Protocolos 11 y 14. Su firme compromiso con el efectivo cumplimiento del Convenio de Roma en el sentido más favorable a quienes alegan haber sido víctimas de su contravención, así como su férrea defensa de la demanda individual frente a la senda restrictiva inaugurada por la Conferencia de Interlaken en 2010, son de este modo aspectos a los que los más de treinta autores que participan en esta obra colectiva se refieren en reiteradas ocasiones. Así lo hacen, por ejemplo, M. Fischbach y J. Dallerès Codina, a cuyos testimonios da respaldo P. Pastor Vilanova con una contribución que, partiendo de la importancia de los votos disidentes para facilitar el reexamen ante la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo, analiza los emitidos por el juez Casadevall en Sentencias de tanta relevancia como las dictadas en los asuntos *Ilhan c. Turquía*, *Huber c. Francia*, *Chapman c. Reino Unido* o *Kudla c. Polonia*.

A la trascendencia de las opiniones separadas del juez Casadevall se refiere también J. Silvis, centrándose en este caso en el voto concurrente suscrito en el asunto *Salduz c. Turquía*, en el que se apartó, conjuntamente con el

juez Zagrebelsky, de una interpretación considerada excesivamente restrictiva del derecho a la asistencia letrada *ex art. 6 CEDH*. Estos votos marcaron, desde luego, el inicio de un cambio de jurisprudencia. Y en un contexto jurídicamente interconectado, en el marco de la frecuentemente explorada protección multinivel de los derechos, tanto la jurisprudencia europea como la admisión de las demandas por el Tribunal de Estrasburgo condicionan el análisis del acceso a la justicia constitucional en países que, como Andorra o España, disponen de un recurso de garantía de los derechos y libertades fundamentales ante el más alto de sus órganos jurisdiccionales. A fundamentar esta ligazón y a analizar la tutela jurisdiccional de los derechos en Andorra y el carácter subsidiario del correspondiente recurso de amparo, se encauza la aportación de la profesora L. Burgorgue-Larsen, mientras que el Vicepresidente emérito del Tribunal Constitucional español, E. Gay Montalvo, aborda las implicaciones que, en las relaciones entre los sistemas de garantía nacional y europeo, ha tenido el refuerzo de la dimensión objetiva de nuestro amparo constitucional tras la polémica reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo.

Andorra y su relación con los derechos humanos ocupan también las páginas que el actual Director del Departamento de Asuntos Bilaterales y Consulares, J. Forner Rovira, dedica al juez Casadevall, cuyo papel para la adhesión al Consejo de Europa es puesto de relieve en muchas de las contribuciones a la obra que aquí se recensiona. Así lo evidencia,

por ejemplo, la Ex Directora de la División de Investigación del TEDH, M. Enrich Mas, quien nos relata el proceso de anexión del país de origen de nuestro homenajeado desde el nombramiento de Cucó y Potillon para visitar el Principado a finales de la década de los ochenta, hasta la ratificación del CEDH en enero de 1996, destacando la labor ejercida por Casadevall en la adaptación del orden jurídico interno a la Constitución de 1993 y en la efectiva defensa de los derechos con su posterior incorporación al TEDH. Por su parte, M. Tsirli nos imbuje en el contenido de una de las resoluciones que, dictadas contra el Principado, han suscitado mayor interés y controversia en la comunidad jurídica. La Sentencia en el asunto *Puncernau* es, desde luego, meritoria de especial atención, pues en la misma el TEDH apreció una discriminación injustificada en materia de derechos sucesorios fundada en la forma de filiación (adopción), concluyendo con ello la vulneración del art. 14 en conexión con el art. 8 CEDH. El interés radica en el análisis de un litigio de naturaleza eminentemente privada, mientras que la controversia, como destaca Tsirli, gira en torno a la afectación de los principios de autonomía de la voluntad del testador y de subsidiariedad, así como al reconocimiento del efecto horizontal de la prohibición de la discriminación.

Pero además de ensalzar las contribuciones del juez homenajeado a la efectiva protección de los derechos dentro y fuera del territorio andorrano, un tributo como el que aquí se presenta, que pretende mostrarnos una visión de la jurisdicción de Estrasburgo «desde dentro», sería miope de no abarcar cuestiones de tanta relevancia como todas aquellas que tienen que ver con su organización y régimen de funcionamiento, la aplicación de su jurisprudencia y sus perspectivas de futuro. Y en lo que a la organización del TEDH respecta, el antiguo Presidente J.-P. Costa comienza recordándonos que las exigencias de independencia y capacidad que deben regir cualquier proceso selectivo de los miembros de cualquier sistema judicial, dadas las especiales necesidades de credibilidad y autoridad, son más exigentes en el caso de las jurisdicciones internacionales. A este respecto, el Ex Presidente nos advierte sobre la originalidad del sistema de designación de los jueces de

Estrasburgo, destacando el esfuerzo de la Asamblea Parlamentaria en el análisis de los CV de la terna de candidatos presentada por los Estados y el valor añadido que supuso la creación del Panel de expertos en 2010, pero llamando igualmente la atención sobre el necesario empeño a nivel nacional por reforzar la transparencia y calidad de los procedimientos de selección de sus candidatos. Las críticas son de sobra conocidas, y ejemplos próximos en el tiempo y en el espacio, no nos faltan.

A la designación de jueces se dedica también la aportación del profesor L. López Guerra, pero en este caso incidiendo en la figura del no siempre bien llamado «juez nacional». Proporcionar una suerte de contrapeso frente a la limitación de la soberanía nacional resultante del sometimiento de un Estado a la jurisdicción de un Tribunal internacional es, sin duda, uno de los principales argumentos que se han utilizado tradicionalmente para justificar su presencia. Pero como subraya el antiguo juez español, ni el CEDH ni sus Protocolos exigen que los candidatos de los Estados sean nacionales. Así, si bien su presencia no es imprescindible, la misma no deja de estar justificada en razón del elevado número de Estados miembros, la disparidad de ordenamientos, la multiplicidad lingüística y el gran número de casos recibidos. Y si se trata de abordar el buen funcionamiento de la jurisdicción de Estrasburgo, el papel del abogado resulta igualmente relevante, pues como advierte S. Quesada Polo, si bien con objeto de flexibilizar el planteamiento de la demanda individual ante el TEDH la representación legal no es requerida en las primeras fases del procedimiento, su intervención se impone desde el momento en que aquella pueda ser comunicada al Ejecutivo nacional correspondiente. Además de revisar los requisitos para actuar como tal y las obligaciones del abogado ante la jurisdicción de Estrasburgo, el Ex Secretario de Sección subraya la inexistencia de un código de conducta profesional, apuntando además que la posibilidad de dispensar de su asistencia durante las primeras fases del procedimiento sigue siendo controvertida por ser considerada como una de las muchas y diversas causas con las que tradicionalmente se ha explicado la ya no tan peligrosa sobrecarga de trabajo del Alto Tribunal europeo.

A este exceso de trabajo y a la consecuente acumulación de demandas, en torno a las que se articula un debate que se prolonga ya por más de una década, subyace un mal aplicado principio de subsidiariedad. Y la subsidiariedad de la jurisdicción de Estrasburgo tiene su reflejo, entre otros requerimientos procesales, en la exigencia del previo agotamiento de los recursos internos. A este requisito se refiere precisamente el trabajo de S. Naismith, quien tras recordar el desarrollo jurisprudencial de esta exigencia de admisibilidad, sistematizada por la Gran Sala en su Sentencia en el asunto *Vučković y otros c. Serbia*, subraya algunas complejidades técnicas de relevancia en relación a su lógica conexión con el cumplimiento del plazo preceptivo para la presentación de la demanda. Así, Naismith profundiza tanto en los supuestos en los que un determinado recurso doméstico puede ser formalmente válido, pero insuficiente e ineficaz en la práctica, como en aquellos en los que esta carga procesal puede colisionar con la jurisprudencia interna sobre el estatuto de la víctima, muy especialmente en relación con aquellas demandas interpuestas ante el TEDH con carácter previo a la declaración de una condena firme por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Los requisitos de admisibilidad son del mismo modo abordados por la letrada A.M. Mengual i Mallol, que centra su contribución en el controvertido art. 47 del Reglamento del TEDH y la consiguiente supresión, tras la reforma de 2014, de la posibilidad de interrumpir el plazo para la presentación mediante el envío de una carta informal. Advirtiendo sobre el consecuente incremento del número de demandas que no son remitidas a una formación jurisdiccional, Mengual i Mallol nos recuerda que, adicionalmente y una vez verificado el cumplimiento del mencionado precepto reglamentario, la demanda es trasladada a la formación del juez único, que será quien en la mayoría de los casos determine su admisibilidad o inadmisibilidad, valiéndose en el último de estos casos de una decisión que se limitará a anunciar el incumplimiento de los requisitos impuestos *ex arts. 34 y 35 CEDH*. Las críticas no son difíciles de adivinar, y como señala la autora, los participantes en la Conferencia de Bruselas de marzo de 2015, celebraron justificadamente la

intención del Tribunal de Estrasburgo de imponer al juez único la obligación de motivar brevemente sus decisiones. Pero siendo cierto que la productividad del TEDH depende en buena medida de la mayor o menor flexibilidad en la admisión de las demandas, no lo es menos que la ejecución de sus sentencias por los Estados miembros juega un papel de igual relevancia. Y como es bien sabido, esta cuestión ha sido especialmente problemática en el caso de España.

El debate sobre la reapertura de procedimientos judiciales internos en nuestro país en respuesta a una condena procedente de Estrasburgo comenzó a vislumbrar una solución final con el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 21 de octubre de 2014. A la confirmación de la viabilidad del recurso de revisión penal a tales efectos le siguieron dos autos que autorizaron su planteamiento en relación con las SSTEDH en los asuntos *Almenara Álvarez y Vilanova Goterris y Llop García*, así como las correspondientes sentencias estimatorias, que anularon las respectivas resoluciones dictadas en los procedimientos judiciales domésticos que dieron origen a la correspondiente vulneración del Convenio de Roma. Aunque, como apunta el profesor A. Saiz Arnaiz, el mencionado Acuerdo actuó como una verdadera reforma legislativa, lo cierto es que las posteriores modificaciones de nuestras leyes procedimentales confirmando la utilización del recurso de revisión con tal objetivo han supuesto un avance significativo, al menos en términos de seguridad jurídica. Evidentemente, predecir el futuro no es una de las capacidades exigidas a quienes ostentan funciones de cualquier tipo en la jurisdicción estrasburguesa. No será así yo quien reproche al antiguo juez *ad hoc*, la ausencia en su contribución de una referencia a la posterior reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial y las subsiguientes modificaciones en los órdenes civil, penal y contencioso-administrativo que, en el momento de publicación de esta obra, no podían constituir más que un desiderátum, plenamente compartido, dicho sea de paso, por quien ahora redacta esta recensión.

En todo caso, y como creo que ya a nadie escapa, los Estados están llamados a asumir (prioritariamente, de hecho) su parte de

responsabilidad en el respeto y la efectiva protección de los derechos humanos. Y en esta responsabilidad compartida incide A. Campos, quien profundiza en el asunto *Torregiani* para ilustrar su trascendencia en cuanto a la ejecución de las sentencias y la aplicación interna por los tribunales domésticos de la jurisprudencia europea. La difusión de la doctrina de Estrasburgo reviste así una evidente función preventiva, a la cual contribuyen de forma muy destacada muchos de los autores que participan en esta obra en homenaje al juez andorrano. Es el caso, por ejemplo, de M. O'Boyle, quien nos recuerda que ya desde el asunto *McCann y otros c. Reino Unido*, el Alto Tribunal europeo ha vindicado la obligación de las autoridades nacionales de conducir una investigación oficial efectiva en los supuestos de denuncias de violaciones del derecho a la vida. Esta dimensión procedimental del art. 2 CEDH se ha ido delimitando en cuanto a su contenido, de forma casuística. El estudio jurisprudencial del Ex Secretario Ajunto del TEDH discurre de este modo entre los principales pronunciamientos del Tribunal al que sirvió durante casi una década, que hoy nos permiten identificar la eficacia de dicha investigación con su apertura *ex officio*, su independencia y adecuación al caso concreto, su celeridad y su sometimiento al escrutinio público. Y dado que, como sabemos, esta obligación de investigar es extrapolable a la prohibición de las torturas y las penas y tratos inhumanos o degradantes, podemos ya aquí remitirnos al trabajo de la letrada C. Morte Gómez, quien profundiza en la delimitación de aquellos requisitos a través del análisis de algunas sentencias dictadas contra España con motivo de la violación de la dimensión procesal del art. 3 CEDH, en las que no son infrecuentes las referencias a los informes del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas.

Igual de valiosa es la contribución del antiguo juez D. Popovic, quien nos aproxima a la jurisprudencia relativa a las obligaciones nacionales frente a supuestos de ilegítima interferencia en el derecho de propiedad. La competencia temporal de la jurisdicción de Estrasburgo, el margen de apreciación de los Estados en el desarrollo legislativo en materia de restituciones y la concurrencia de un

«interés de propiedad» son los puntales sobre los que se asientan las sentencias cabecera abordadas por el juez serbio, como las dictadas en los asuntos *Maria Atanasiu y otros c. Rumanía*, relativa a la nacionalización de edificios de Bucarest en 1950 y *Malbous c. República Checa*, con origen en la expropiación de tierras agrícolas en la década de los cuarenta. Por su parte, M. Cabrera Martín y E. Casero Cañas centran su atención en el desarrollo del concepto de «queja defendible» como requisito para poder exigir la suspensión del procedimiento de expulsión de extranjeros. En este caso, el análisis de sentencias como las dictadas en los asuntos *A.C. y otros c. España* o *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, las autoras nos demuestran como el art. 13 CEDH exige que los recursos internos contra órdenes de expulsión tengan eficacia suspensiva en los casos en los que su queja sea defendible en relación con los arts. 2 y 3 CEDH y el art. 4 del Protocolo 4. A la jurisprudencia sobre otros derechos, como las libertades de pensamiento, conciencia y religión, la libertad de expresión, el derecho de reunión y asociación o el derecho de participación política, se refiere finalmente F. Elens-Passos, pero en este caso con el objetivo de demostrarnos que la cláusula democrática es utilizada por el Alto Tribunal europeo como referente exegético y como criterio de restricción. Pero la trascendencia del conocimiento de las resoluciones de Estrasburgo a efectos de garantizar el efectivo cumplimiento del Convenio de Roma y de evitar la llegada a la jurisdicción europea de demandas que hubieran podido ser abordadas satisfactoriamente por los tribunales domésticos a través de su correcta aplicación, es extensible a lo que E. Myjer y P. Kempees identifican como la jurisprudencia negativa del TEDH. Partiendo de la emblemática Sentencia en el asunto *Schidler c. Países Bajos*, los autores nos muestran así cómo incluso las decisiones que declaran una demanda manifiestamente infundada pueden contribuir al desarrollo de la doctrina del Alto Tribunal europeo.

El conocimiento de la jurisprudencia del TEDH es, como nos advierte V. Aeby, otra forma más de asegurar la sostenibilidad de las demandas individuales. Su difusión facilita el conocimiento por los Estados de sus obligaciones de cara al efectivo cumplimiento del

Convenio de Roma. Al revestir la autoridad de cosa interpretada, las sentencias del TEDH asumen una función normativa. De este modo, su diseminación a nivel interno ha ocupado un lugar central en el marco del ya referido debate sobre el futuro del Tribunal de Estrasburgo, siendo por ello de especial relevancia la labor de publicitación que lleva a cabo el propio Consejo de Europa y que Aebly nos muestra en detalle a través de su contribución en esta obra en homenaje al juez Casadevall. Y es que, como advierte G. Cano Palomares, el sistema del CEDH es un sistema de creación eminentemente jurisprudencial, siendo precisamente por ello que resulta esencial una cierta coherencia interna en la interpretación del Convenio de Roma y sus Protocolos, pues sin la misma la igualdad entre ciudadanos y Estados, la seguridad jurídica, la previsibilidad y la unidad interna del sistema, estarían en peligro. La importancia de dicha coherencia es lo que lleva al letrado Cano Palomares a presentarnos los diversos mecanismos (convencionales y reglamentarios) de los que dispone el sistema de Estrasburgo para garantizarla.

Las cuestiones hasta ahora mencionadas, de un modo u otro, con mayor o menor intensidad, acaban por redirigirnos a una reflexión sobre el lugar que, en el contexto internacional, ocupa el TEDH. Este es precisamente el hilo conductor de la última parte de la obra coordinada por López Guerra, Morte Gómez, Mengual i Mallol y Cano Palomares, que inaugura el Ex Presidente L. Wildhaber con un interesante trabajo sobre el incumplimiento del Derecho internacional en la celebración, en marzo de 2014, del plebiscito sobre la anexión de Crimea a Rusia. Más específicamente, tras recordar las condiciones que delimitan la validez de un referéndum de autodeterminación, el Ex Presidente Wildhaber fundamenta la infracción de la prohibición del uso de la fuerza y del principio de integridad territorial de Ucrania, apuntando hacia la responsabilidad internacional de Rusia como consecuencia del apoyo logístico a las revueltas tras la huida del Presidente Janukowitsch. Tras calificar los hechos acontecidos en Crimea y en el este de Ucrania (manifestaciones de febrero y marzo de 2014 y consiguiente votación sobre la proclamación de la independencia de Donezk

—Luhansk—) como «expediciones coloniales de saqueo» (*colonialist looting expedition*), Wildhaber nos remite al debate sobre el fin del uso de la guerra como instrumento de política estatal, subrayando sus limitadas expectativas respecto a las aportaciones que a tal fin pueda suponer el CEDH. Pesimismo que se concreta respecto de la eficacia de las sentencias del Alto Tribunal europeo frente a una Ucrania empobrecida y una Rusia que, en opinión del destacado jurista, demuestra un desprecio manifiesto por el Derecho internacional.

La situación vivida en Ucrania y sus consecuencias en términos de derechos humanos son igualmente consideradas por A. Austin y G. Nuridzhanian, asesores del Panel internacional creado por el Secretario General del Consejo de Europa para supervisar las investigaciones llevadas a cabo por las autoridades ucranianas sobre los incidentes en Kyiv, acaecidos durante las manifestaciones de Maidan entre noviembre de 2013 y febrero de 2014. Precisamente esta vinculación a la actividad investigadora, ese papel de fiscalización de las pesquisas llevadas a cabo por las autoridades nacionales y su evaluación de conformidad con los estándares internacionales, es lo que lleva a los autores a atribuir al mencionado Panel un valor añadido respecto de la plétora de herramientas de justicia transicional disponibles, cuya eficacia depende, destacan en reiteradas ocasiones los autores, de la efectiva implementación de sus informes.

Pero el lugar que el Tribunal de Estrasburgo puede llegar a ocupar en la arena internacional depende, en buena medida, del impacto de sus decisiones más allá de las circunstancias individuales de cada caso. Así nos lo muestra I. Ziemele, quien propone su consideración como un actor de relevancia en el marco de los procesos de toma de decisiones (*international decision-maker*). Este enfoque nos reconduce al debate sobre la aproximación al Tribunal de Estrasburgo desde dos perspectivas, la internacionalista y la constitucionalista. Ziemele se decanta por la primera, advirtiéndonos que apostar por las raíces internacionales del TEDH es hacerlo por el ejercicio de sus funciones dentro de los límites que le marca el orden jurídico en el que se inserta, que no es otro que el que los Estados han delimitado.

Ahora bien y sin dejar de remitirse a los desafíos a los que se enfrenta una potencial concepción constitucionalista, este autor no obvia una realidad que hoy afronta cualquier jurista. El Estado no es ya el único actor implicado en la elaboración del Derecho. Y desde hace tiempo el TEDH se enfrenta al desafío de cohonestar su actividad con un orden internacional fragmentado.

Aprovechando precisamente lo extenso de los límites del contexto internacional, el Presidente del Tribunal de Estrasburgo, G. Raimondi, nos invita a volver la mirada hacia el otro lado del Atlántico para profundizar en la reflexión sobre la forma en que el Alto Tribunal europeo protege los llamados «derechos de segunda generación» en un momento de especial fragilidad del Estado social frente a las políticas neoliberales que, se argumenta, pretenden precisamente dar respuesta a los desafíos a los que la globalización nos aboca. Reconociendo que tanto el TEDH como la Corte Interamericana basan la protección de los derechos sociales en su interpretación como una extensión de los civiles y políticos, Raimondi advierte sobre dos herramientas de especial valor en el contexto de la Organización de Estados Americanos: el art. 26 del Pacto de San José y el propio Protocolo de San Salvador. La obligación de progresividad del mencionado art. 26 y el reconocimiento de su justiciabilidad en la Sentencia en asunto *Acevedo Buendía* representan un incuestionable avance respecto de la «protección clásica» de los derechos sociales como extensión de los políticos y civiles, ya sean estos sustantivos o procedimentales, cuya práctica por ambos Tribunales internacionales es abordada en un interesante ejercicio de Derecho comparado por el antiguo Vicepresidente del TEDH.

Efectivamente, el recurso a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como posible referencia para seguir avanzando en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto europeo, puede resultar de especial utilidad. No es ya ninguna novedad que no son pocos los ámbitos en los que el Sistema Interamericano parece, por decirlo de alguna manera, haber superado al de Estrasburgo. Sin embargo, para que dicha remisión constituya una herramienta verdaderamente provechosa se impone, no

podía ser de otra manera, un análisis crítico de la tutela de estos derechos en el marco del Consejo de Europa. Por ello hemos relegado a esta parte de la recensión el comentario del profesor L. Jimena Quesada, quien incide especialmente en las incongruencias que para la indivisibilidad de los derechos representa el desequilibrio entre la exigencia de la ratificación del Convenio de Roma y la voluntariedad de la adhesión a la Carta Social Europea y a su Protocolo sobre reclamaciones colectivas. Estas insostenibles asimetrías resultan, no obstante, matizadas en la práctica, en gran medida a raíz de la convergencia textual del CEDH y la Carta Social. Aunque sin obviar sus limitaciones, el autor subraya así la importante labor del TEDH en la materia a través de la aplicación de la mencionada técnica de la conexión y del principio de no discriminación. Y ello sin olvidar el frecuente uso de la jurisprudencia de Estrasburgo por parte del Comité de Derechos Sociales, y viceversa. Pero si bien es cierto que el Convenio de Roma no incorpora, como lo hace la Convención Americana, una cláusula de progresividad, no podemos olvidar que, como lo señaló el propio juez Casadevall en su voto parcialmente disidente al asunto *Gorou c. Grecia*, una de las características fundamentales de la jurisprudencia del TEDH es precisamente la de la no regresividad. A esta cuestión se refiere expresamente el Ex Presidente D. Spielmann, quien nos advierte sobre la influencia que este principio tiene sobre el de la interpretación evolutiva del CEDH y sus Protocolos.

Al referirnos a las relaciones entre ambos tribunales, el europeo y el interamericano, es difícil evitar pensar en el ya no tan novedoso diálogo judicial. El concepto del diálogo entre tribunales y las razones que lo sustentan no resultan ya ajenos a quienes, por una razón u otra, nos encontramos imbuidos en el pantanoso terreno de la protección jurisdiccional de los derechos humanos. Sin embargo, el discurso teórico debería siempre ir de la mano de la ejemplificación práctica. Y de ello parece ser plenamente consciente la jueza I. Motoc, quien nos muestra cómo las razones subyacentes al diálogo entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal Constitucional de Rumanía han evolucionado desde la inicial ausencia de una consolidada doctrina en materia constitucional a nivel interno, hasta un



progresivo reconocimiento del valor de las decisiones del Alto Tribunal rumano por el TEDH. Pero el diálogo puede (y debe) entablarse también entre jurisdicciones internacionales y entre estas y tribunales supranacionales. Al proceso de *cross-fertilization* entre los Tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo se refieren de hecho los jueces Fura y Maruste, quienes sin embargo consideran esta práctica como una solución transitoria frente a un necesario avance hacia la futura consolidación de una única jurisdicción europea en materia de derechos humanos. Y la bien conocida disputa entre ambos tribunales por la última palabra en este ámbito, encontró posiblemente una de sus más evidentes manifestaciones en el Dictamen 1/2013 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el proyecto de adhesión al Convenio de Roma, al que dedica su atención el profesor J. Saura Estapà.

Demostrando una capacidad de síntesis digna de aclamación, el actual tesoro del Instituto de Derechos Humanos de Cataluña pone sobre el tapete los argumentos que, desde la lógica del funcionamiento del sistema de Estrasburgo permiten, cuanto menos, cuestionar las draconianas condiciones a las que el Tribunal de Luxemburgo ha condicionado el acceso de la Unión Europea al CEDH. Frente a algunos requisitos técnicamente superables, estipulaciones como las relativas al veto a las demandas interestatales y al mecanismo de las opiniones consultivas del Protocolo 16 o al rechazo de la posibilidad de imputar a un Estado, por la vía del mecanismo del co-demandado, responsabilidad respecto de una disposición del CEDH en cuanto a la que se hubiera formulado una reserva, efectivamente ponen en entredicho la dinámica de funcionamiento del sistema del Consejo de Europa, así como desvirtúan el espíritu que subyace al ya longevo afán por formalizar el sometimiento de la actividad de las instituciones comunitarias al control externo de la jurisdicción de Estrasburgo.

En todo caso, teorizar sobre el lugar que en un futuro ocupará el TEDH en la arena internacional implica necesariamente retomar la disyuntiva «justicia individual/constitucional» que desde hace años, incluso antes de la entrada en vigor del Protocolo 11, ha vertebrado los debates en torno a la ya en tantas ocasiones mencionada sobrecarga de la jurisdicción de Estrasburgo.

Desde mi experiencia como investigadora, me atrevería a afirmar que el posicionamiento frente a esta disyuntiva viene condicionado, al menos en la mayoría de los casos, por el lugar que respecto del propio TEDH ocupa quien se posiciona. El anhelo de quienes siquiera hemos transitado por la estrasburguesa *Allée des Droits de l'Homme* confronta con el pragmatismo de quienes, como los jueces Fura y Maruste, se enfrentaron con una realidad inmanejable que, en su opinión, despojaba de todo sentido el continuo tratamiento de casos repetitivos en tanto que difícilmente compatible con el principio de subsidiaridad. Y el refuerzo de este principio ha sido precisamente, como nos advierten E. Fribergh y R. Lidell, la vía a través de la que la maquinaria del Consejo de Europa se ha ido adaptando a unas circunstancias cambiantes. Tras un breve repaso por los motivos y las modificaciones acaecidas con la entrada en vigor del Protocolo 11, la contribución de Fribergh y Lidell cierra esta obra en homenaje al juez Casadevall incidiendo en las principales reformas introducidas por el Protocolo 14 y las simultáneas modificaciones del Reglamento del TEDH para advertirnos que, tal y como han demostrado los Protocolos 15 y 16, la estrategia para garantizar la supervivencia del Tribunal de Estrasburgo ha ido cambiando a medida que se han podido apreciar importantes mejoras en los índices de productividad. Mi deseo es que así sea. Los efectos de restringir el acceso al principal garante de los derechos en el espacio jurídico europeo sin reforzar suficientemente la protección dispensada a nivel doméstico, pueden ser devastadores. Los motivos en los que fundamento esta hipótesis no tienen cabida entre estas líneas. Ahora bien, el lector tiene una oportunidad de forjarse su propia opinión a partir del análisis de la obra a la que las mismas se dedican, y que su autora considera de imprescindible lectura para conocer en profundidad los principales debates suscitados en torno al sistema de garantías del Consejo de Europa. Deseando que en algún momento podamos discutirlo, le animo con sincero entusiasmo a que así lo haga.

CARMEN MONTESINOS PADILLA  
*Investigadora Postdoctoral Universidad de Vigo*  
*Acreditada como Profesora Contratada Doctora*  
*Derecho constitucional*

GARCÍA ROCA, J., CARMONA CUENCA, E., (eds.); *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

Sale a la calle un nuevo volumen editado por el profesor García Roca y la profesora Carmona Cuenca, continuando la senda que abrieron hace algunos años<sup>1</sup>, sobre el régimen jurídico de los derechos fundamentales desde la perspectiva internacional, ahora comparando dos de los grandes modelos vigentes en la actualidad: el que garantiza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el que garantiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Comienza la obra con la contribución de Lech Garlicki, antiguo Juez del TEDH, también antiguo Magistrado de la Corte Constitucional polaca, y reputado experto en la materia. El texto, presentado al lector en inglés con esmero, seriedad, y concisión, es un repaso por algunas de las cuestiones y nociones más interesantes que se plantean hoy en el marco de la jurisdicción de Estrasburgo. Destaca que el principal papel desempeñado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene casi todo que ver con las demandas individuales, formuladas por ciudadanos contra Estados; cuando estas acaban en condena, resalta algunos efectos

legales de la misma; primero, la afección de tres planos (individual-nacional-europeo, p. 46 y ss); segundo, y aunque la ejecución corresponde a los Estados, la supervisión de su cumplimiento corresponde al Comité de Ministros del Consejo de Europa, que puede intervenir en cualquier ejecución indebidamente retrasada o no acometida (p. 48). Esas violaciones suelen dar lugar a la consolidada doctrina de la *obligación de investigar*, sobre todo cuando las violaciones se alegan respecto de actos imputados a agentes de la autoridad. También resalta que en buena parte de condenas, la única forma de eliminar las consecuencias de la violación es revisar la jurisprudencia dictada por los tribunales nacionales, en muchas ocasiones en realidad la única forma de dar cumplimiento a una condena de Estrasburgo (p. 51). Para ello, el Consejo de Europa ha puesto a disposición de los Estados algunas Recomendaciones, pero Lech Garlicki no deja de señalar la multitud de problemas que plantea la reapertura de un caso —más problemático en el ámbito civil que en el penal, a su parecer— recordando que al fin y al cabo los Estados son los que decidirán qué medidas son las más convenientes en el sentido arriba mencionado (p. 53). Tampoco elude lo que sucede con las medidas provisionales: a diferencia de su homólogo Interamericano, el Convenio no atribuye explícitamente al Tribunal la potestad de dictarlas, más allá de lo que regula el artículo 39 CEDH. Aun así, el Tribunal las adopta en determinadas materias que lo justifican —deportaciones, expulsiones, etc.—. Dedicada después su atención a los *casos piloto*, caracterizados por tres ideas: son una reacción ante una situación sistémica, estructural que presenta la normativa y/o los procedimientos de un Estado concreto; dos, lo que hacen es decirle al Estado concreto que debe adoptar medidas que reviertan dicha normativa/procedimientos; y tres, no son meras recomendaciones, sino que son directrices («command»). Lo que este tipo de sentencias

1 Las principales obras del grupo de investigación del que forman parte, al que perteneció hasta su prematuro y triste fallecimiento el Profesor Santolaya Machetti y a quien le dedican el volumen aquí recensado, ha ofrecido valiosas aportaciones. A título de ejemplo, valgan GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI, P (coords); *La Europa de los Derechos*, CEPC, Madrid, 2014.<sup>a</sup> edición), con traducción al inglés: GARCÍA ROCA, J; y SANTOLAYA MACHETTI (eds.); *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012; GARCÍA ROCA, J; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P; SANTOLAYA MACHETTI, P; y CANOSA USERA, R (coords.); *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012; y GARCÍA ROCA, J; y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P (coords.); *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009.

implican es de la mayor importancia: o el Estado adopta medidas generales o seguirá siendo condenado. Su eficacia, a juicio del jurista polaco, depende bastante del caso que observemos, habiendo ejemplos de todo, desde el cumplimiento estricto hasta la pura omisión. De ahí que el TEDH a veces prefiera las «sentencias semi-piloto» (pp. 58 y 59). Analiza después la jurisprudencia de Estrasburgo desde la perspectiva del precedente, puesto que, efectivamente, Garlicki considera que así debe ser visto. Lo cual significa dos cosas. Primero, que cada sentencia se basa en un norma general que será aplicada cuando el TEDH se enfrente a casos idénticos/muy similares. Y segundo, que cada sentencia envía un mensaje general a todas las autoridades nacionales y a los particulares afectados. Garlicki considera que incluso atribuyendo carácter de precedente a dicha jurisprudencia, la recepción efectiva dependerá de la predisposición («readiness») de las autoridades nacionales. Lo cual, también destaca, tiene mucho que ver en última instancia con el papel de los Tribunales Supremos/Constitucionales, así como con el rango y eficacia que quiera atribuir cada Estado al Convenio (por ejemplo, en Alemania, relativamente débil, como ley ordinaria; o en Polonia, con rango supralegal y directamente alegable ante jueces y administraciones nacionales, p. 62 y ss). Finaliza Lech Garlicki con unas reflexiones acerca de la contribución constitucional que realiza el Tribunal al sistema, hasta el punto de que puede hablarse de un «acervo común de derechos humanos como pilar del orden público europeo» (p. 65). No elude algunas consideraciones críticas al respecto —no todos los Estados se muestran igual de entusiastas con dicha idea, por ejemplo (p. 65), para finalizar concluyendo, entre otras cosas, que el éxito del TEDH reside más en la «absorción que en la intervención», puesto que, aunque desde luego se aprecia la resolución de casos individuales, incluso a veces «obligando» a dictar medidas de alcance general, el éxito real viene con la absorción por parte de los Estados del Convenio tal y como es interpretado por el TEDH (p. 67).

Se inaugura después la *Parte Primera-Problemas generales* con la contribución de García Roca y Nogueira Alcalá, auténtica teoría

general estructurada en torno a un clarificador esquema de «preguntas-respuestas». No se haría justicia a aquella si se intenta resumir aquí sus principales postulados, aunque señalamos a continuación los que se consideran más interesantes. Así, aún haciéndose cargo de que la noción de *impacto* es un tanto ambigua y genérica, de ella harán el centro de gravedad de su aportación. Se posicionan dentro del sector doctrinal que considera que «las relaciones entre ordenamientos nacionales y convencionales no pueden seguir contemplándose en clave de jerarquía en el actual escenario de pluralismo constitucional» (p. 77). Además, no acaban de compartir que las sentencias no tengan, como sí tienen las normas de ambos Convenios, «eficacia directa y efecto útil», dando cuenta de diversos ejemplos y medidas que se han introducido para asegurar ambos (p. 78 y ss). Defienden que los derechos reconocidos son auténticos derechos subjetivos, cuya importancia reside en «el derecho al amparo de los derechos», reconocidos además en normas convencionales con «cuerpo de tratado y alma de constitución» (p. 82). No puede olvidarse, asimismo, que las normas convencionales y sus exégesis contribuyen a actualizar constantemente las normas constitucionales, «una de sus más relevantes funciones» (p. 83), y que las contradicciones normativas entre las exigencias internacionales y nacionales no son frecuentes (p. 86 y 87); también se observa que la interpretación conforme a ambos Convenios es el «escenario habitual en ambos continentes» (p. 87). Respecto a la aplicación de la sentencias supranacionales, dejan constancia de que cada vez se aplican —por ende, se cumplen— más por las jurisdicciones nacionales, tanto a nivel europeo como a nivel latinoamericano (p. 89). Y sobre el margen de apreciación nacional dirán que mientras «hay algunos derechos que se comprenden con diferencias en Europa y los Estados», en América Latina «la técnica europea del margen no ha sido asumida por la Corte Interamericana y no se encuentra expresamente recogida en norma convencional alguna» (p. 90 y 91). No dejan de resaltar que los Tribunales nacionales aplican categorías convencionales, pero lo hacen de forma muy diversa y e idiosincrática. La jurisprudencia

debe ser divulgada entre los diferentes actores nacionales —administraciones, parlamentos, jueces— teniendo en cuenta a estos efectos el papel que tienen los Tribunales Constitucionales (y otras altas Cortes) como *mediadores* (p. 92 y ss). No eluden lo complicado que a veces resultan de gestionar los casos sensibles para las opiniones públicas y autoridades nacionales, abogando porque los jueces —que jueces son y deben cumplir con su cometido— intenten ajustarse a «un tempo más *andante* y menos *allegro*» (p. 94). Abordan después la obligación de respetar las sentencias y garantizar los derechos, «condición existencial, de supervivencia, de unos sistemas que establecen una protección multilateral (...)», (p. 95 y ss), así como la recepción interna del acervo convencional, leída en algunos países como el nuestro en torno a las dos conocidas posturas doctrinales: canon de interpretación/canon de validez (p. 96 y ss). Destacan la importancia del diálogo judicial y de las diferentes innovaciones normativas que se van sucediendo en los Estados; aunque, como bien dicen los autores, caben disidencias, al hilo de casos como el del Tribunal Constitucional ruso de 2015, cuyo criterio no comparten (p. 101). Acto seguido nos ilustran sobre la eficacia de cosa interpretada de la jurisprudencia tanto de Estrasburgo como de San José, basada en la idea de interpretación vinculante. Y esta no puede ser sino una interpretación «evolutiva», «efectiva», e «integradora» (p. 102 y ss), aunque también vinculada a su propio precedente (p. 108 y ss) y, no puede olvidarse, a toda una serie de garantías que los autores señalan (el *common background*; la no uniformidad; la no revisión —no plenamente— de los hechos si ya han sido juzgados y probados en sede interna; y las medidas generales subsecuentes, p. 111 y ss). Destacan la evolución que se aprecia en las dos Cortes: en la actualidad, tanto el TEDH como la CIDH han ido ampliando y profundizando en los mecanismos de reparación, no se han limitado a ser *Tribunales de mera comprobación*, por emplear la terminología de los autores (p. 114 y 115). Finaliza el amplísimo estudio con unas conclusiones a modo de síntesis (p. 116 y ss). Mención especial al apartado dedicado a la bibliografía en la materia, de una exhaustividad y profundidad dignas de elogio.

El Capítulo II de esa Parte general tiene por título «El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de la misma moneda?» firmado por el profesor Ferrer Mac-Gregor y la profesora Queralt Jiménez. Estamos ante un completo estudio sobre las dos instituciones, el control de convencionalidad y el efecto de cosa interpretada. Después de un rico análisis jurisprudencial de cada uno de los Tribunales, los autores llegan a la conclusión de que tienen la misma finalidad: «la adecuación de los estándares domésticos a los estándares mínimos convencionales» (p. 160). Además, abogan porque tanto el corpus interamericano como el europeo formen parte del bloque de constitucionalidad de cada Estado, que conduzca a que toda actividad nacional sea compatible con los estándares fijados por aquéllas (p. 162). También destaca la selección bibliográfica que los autores realizan al finalizar su contribución y que orienta muy bien al lector ávido de conocimientos.

El Capítulo III se dedica a desbrozar los «Mecanismos procesales internos para la ejecución de las sentencias», realizado por la profesora Coral Arangüena Fanego y el profesor César Landa Arroyo. Parten de un esquema claro, desde la perspectiva de la necesidad de articular herramientas específicas para cumplir con lo que las jurisdicciones internacionales dictan en cada uno de los sistemas. En ese sentido, y en lo que hace al primer bloque dedicado al TEDH, se diferencia entre las sentencias que condenan al pago de una indemnización (p. 177 y ss); las sentencias que requieren medidas distintas a la adopción de medidas pecuniarias (p. 179 y ss); y las sentencias que requieren la adopción de medidas generales, cosa nada extraña en la actualidad (p. 185 y ss). Por su parte, el segundo bloque dedicado a la CIDH se estructura en torno a tres subapartados donde se aborda el estudio, por este orden, de los mecanismos institucionales existentes (p. 189); de los mecanismos legales (p. 190 y ss); y de la jurisprudencia de las Cortes nacionales (p. 193 y ss). Las conclusiones a las que llegan son, por un lado, que el sistema de Estrasburgo presenta «un aceptable grado de cumplimiento que, no obstante, debe mejorarse sensiblemente» (p. 200), mientras que

respecto al de San José «el efectivo cumplimiento de las resoluciones de la CIDH está supeditado, las más de las veces, a los factores políticos internos de cada Estado» (p. 201). Destaca no sólo la calidad del texto sino también la amplia selección bibliográfica y jurisprudencial que aportan los autores al final de su capítulo.

El Capítulo IV, titulado «Reparación y supervisión de sentencias» y firmado por Pablo Saavedra Alessandri, Guillem Cano Palomares, y Mario Hernández Ramos, realiza una panorámica muy interesante sobre los distintos mecanismos que existen en ambos modelos a la hora de dar cumplimiento efectivo a lo que ambos Tribunales internacionales establecen en sus sentencias, así como de los mecanismos de supervisión que se instituyen a posteriori. Lo que barruntan en los inicios se corrobora al final: dos aproximaciones muy diferentes, que tienen una cierta tendencia a converger con el paso del tiempo, sobre todo en la vocación de «desarticular el hecho generador del daño» (p. 261). Destacan el papel que desempeña la víctima a la hora de dar por reparado el daño —más activo en el sistema interamericano que en el europeo (p. 262)— dentro de lo que parece, a su vez, un modelo más incisivo respecto al control de su efectividad (de nuevo el interamericano sobre el europeo, p. 262). Sea como fuere, los dos son «herramienta efectiva para la real protección de los derechos humanos» (p. 262). De nuevo al final el lector podrá apreciar una cuidada selección bibliográfica y un certero resumen de la jurisprudencia estudiada.

El siguiente apartado que engrosa y cierra la nómina de la parte general es el que se dedica a estudiar «El incumplimiento de las sentencias internacionales: problemas políticos y jurídicos», elaborado por los profesores Carlos Ayala Corao y Raúl Canosa Usera. Resulta una contribución fundamental para entender la deriva que en algunos lugares está teniendo el Estado de derecho y la democracia. Es cierto que los propios autores son plenamente conscientes de que a veces existe una delgada línea que separa la divisoria entre legítima discrepancia judicial y nacionalismo jurídico sin justificación, pero desde luego que aportan una serie de sentencias, hechos, datos y argumentos

que conducen a una máxima bien clara y bien llevada a sus conclusiones: «la apertura del orden interno a la protección internacional de los derechos ha coincidido con más democracia y un mejor Estado de Derecho; y las reticencias a dicha protección general pueden ser un indicio de graves deficiencias, como sucede en los casos ruso y venezolano, aunque también acontece en general en países que intentan consolidar una democracia tras largas e intensas experiencias autoritarias» (p. 305). Una vez más, a reseñar el importante aparato bibliográfico y jurisprudencial se dedican en sus últimas páginas.

La *Parte Segunda-Algunos Ejemplos de Impacto* dedica diferentes capítulos a estudiar casos y supuestos concretos donde se analizan importantes temas a los que se enfrentan las jurisdicciones internacionales. Abre la misma el capítulo VI, dedicado a «Los derechos humanos con perspectiva de género», elaborado por las profesoras Encarna Carmona Cuenca, Mónica Arenas Ramiro, Yolanda Fernández Vivas, y Flavia Piovesan. Realizan un repaso tanto por la idea antidiscriminatoria como por los derechos sexuales y reproductivos, así como por la violencia que específicamente sufren las mujeres. A partir de ahí observan si la decisiones del TEDH y de la CIDH se cumplen y hasta qué punto lo hacen, aportando algunos argumentos que responden positivamente al interrogante, quizá con mejor balance las segundas que las primeras. No obstante, las autoras dejan constancia de que todavía queda mucho por hacer en estas materias, y a futuros desarrollos nos emplazan (p. 356 y ss).

El siguiente es el capítulo VII, donde la profesora María Díez Crego y el profesor Ignacio García Vitoria, realizan un concienzudo y profundo repaso a «Los derechos de los migrantes». No dejan de analizar las coincidencias en la materia entre los dos sistemas, así como los ámbitos donde la Corte es algo más garantista que el TEDH, como también analizan lo que denominan «referencias cruzadas» entre las dos Cortes, el cumplimiento de ambas y su eficacia interpretativa. Concluyen, primero, que la influencia europea se deja notar claramente en la jurisprudencia interamericana (p. 398 y 399), lo que no ha impedido a la CIDH

construir un espacio propio en materia de extranjería (p. 399). Y que «la medición del impacto de la jurisprudencia de ambos tribunales en sus respectivos continentes presenta luces y sombras en lo que a la ejecución de sentencias se refiere por el correspondiente Estado demandado» (p. 399). Con todo, la conclusión más importante llega al final, porque a juicio de los autores el impacto no sólo puede medirse a nivel nacional, sino que diferentes actores regionales —UE, TJUE, MERCOSUR, Iniciativa *Cartagena+30*, «pueden contribuir a extender el impacto de las jurisprudencias de las dos Cortes, actuando como una suerte de multiplicadores del impacto de sus decisiones» (p. 400). También aquí contamos con una parte final de selección bibliográfica y jurisprudencial muy provechosa.

El capítulo VIII nos ilustra sobre «El controvertido derecho al voto de los presos y los serios obstáculos a su desarrollo», elaborado por los profesores Javier García Roca, Alberto Dalla Vía, e Ignacio García Vitoria. El *caso Hirst*, sentenciado por la Gran Sala del TEDH en 2005 es el detonante para otra aportación donde el lector obtiene un análisis rico en datos, argumentos, y matices también (a la luz de la jurisprudencia posterior del propio Tribunal, tanto en el *caso Froedl*, de 2010, como en el *caso Scoppola*, de 2011, así como en el *caso Anubugov y Gladov*, de 2013, p. 416 y ss). Posteriormente analizan lo que sucede en el sistema interamericano (*casos Argüelles, YATAMA, Castañeda, y López Mendoza*, principalmente, p. 422 y ss), prestando atención a la reacción de algunos ordenamientos nacionales y, en particular, de las sentencias que se han dictado al hilo de tales casos (especialmente en Argentina y México, p. 424 y ss). La principal conclusión que extraen, después de hacer una convencida defensa de los derechos de las minorías, también de la *minoría encarcelada*, es que no hallan «una razón objetiva, que sobreviva a la luz de un debate con publicidad, y permita justificar la prohibición absoluta del derecho al sufragio de los presos» (p. 441). De nuevo, al final tenemos a disposición una amplia bibliografía sobre la cuestión, al igual que una selección de sentencias.

El capítulo IX nos ilustra sobre «El derecho de libertad religiosa», y lo firma la

profesora María José Roca, experta en estas lides. Emplea el esquema que sigue el resto de la obra, estudiando exhaustivamente primero el sistema de Estrasburgo y después el sistema de San José. La jurista tiene claro que, al fin y al cabo, aunque los criterios de ambos modelos se han recepcionado por parte de las autoridades e instituciones nacionales, «no siempre es posible afirmar con rigurosa certeza si una determinada interpretación constitucional trae causa en la jurisprudencia constitucional o en el diálogo entre tribunales» (p. 479). En definitiva, considera que «el impacto es un concepto jurídico indeterminado, y no resulta fácil delimitar con precisión qué es ejecución y qué es impacto» (p. 480).

Por último, el Capítulo X aborda «Los derechos de propiedad», tarea que ejecutan con más que solvencia las profesoras Anna Margherita Russo y Mar Aguilera Vaqués. Aquí se analiza primero el sistema interamericano y después el sistema europeo. Las autoras llegan, entre otras, a la conclusión de que «los dos Tribunales coinciden en determinar que el derecho de propiedad no es absoluto» (p. 25), articulando todo un ordenamiento propio en cuanto a contenido, límites, y el crucial papel que juega, en todo caso, el principio de proporcionalidad (p. 526). También señalan «las diferencias que existen entre uno y otro (...) más marcadas por las circunstancias concretas y singularidades de cada latitud que por el redactado (...)» (p. 527). Sea como fuere, el derecho de propiedad se garantiza de forma especialmente reforzada cuando se conecta con la dignidad humana, sea de territorios sea de personas especialmente vulnerables (p. 528).

Hasta aquí llegan las líneas que resumen, aunque muy posiblemente sin hacer justicia, el volumen. Estamos ante una contribución especialmente fecunda y plural. Por ello sólo resta recomendar a todas aquellas personas interesadas en los escenarios de pluralismo constitucional que se acerquen a sus páginas. A buen seguro que no saldrán decepcionadas.

IGNACIO ÁLVAREZ RODRÍGUEZ  
*Profesor Ayudante Doctor  
 de Derecho Constitucional  
 Universidad Complutense de Madrid*

MILIONE, C. *El Derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015.

En esta monografía encontramos un análisis de las garantías previstas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos para hacer efectivo el derecho de la ciudadanía a acudir a los órganos jurisdiccionales para conseguir la satisfacción de sus pretensiones jurídicas a través de un proceso justo y equitativo.

No se trata del estudio de un derecho más, pues estamos ante un derecho básico, pilar del Estado de Derecho y de las democracias, que el autor se propone diseccionar con el apoyo de la dilatada jurisprudencia del tribunal internacional que ha sido recepcionada por los órganos nacionales en interpretación de los derechos fundamentales. Efectivamente, el proceso de internacionalización ha sido fundamental en la evolución de los sistemas de protección y es ahí, donde emerge el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como órgano específico de garantía de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo, instrumento adoptado en el seno del Consejo de Europa, que pretende homogeneizar los estándares de protección en las democracias europeas. Es en su art. 6 donde se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra un conjunto de garantías complejas.

Ahora bien, el trabajo de Ciro Milione no se limita al estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, pues en él se trasluce el correcto manejo de las fuentes propias de la investigación jurídica; un conocimiento de las normas internacionales y nacionales; la jurisprudencia relevante en los diferentes órdenes; así como la doctrina científica que tienen su reflejo en las páginas de esta obra.

Este estudio se inicia con un análisis del Convenio Europeo de Derechos Humanos, su procedimiento de elaboración y naturaleza jurídica; y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano específico de interpretación y protección de los contenidos del Tratado Internacional. Se analizan la naturaleza y funcionamiento del Tribunal y los efectos y valor de sus sentencias.

Efectos como la obligatoriedad que determina la necesidad de reformar legislaciones nacionales o el carácter definitivo que impide el recurso contra sus resoluciones; y el valor declarativo o ejecutivo, pudiendo generar este último conflicto con las resoluciones emanadas de las jurisdicciones nacionales, ya que afrontan los casos con perspectivas jurídicas distintas. El Tribunal de Estrasburgo ha establecido la naturaleza declarativa de sus sentencias, siendo necesario precisar sus efectos jurídicos, para determinar si los órganos nacionales no están obligados a cumplirlas o quedan vinculados en alguna otra medida, si bien el Tribunal internacional no tiene ninguna competencia que le permita obligar a la ejecución de las mismas. El problema se manifiesta con toda evidencia si nos referimos a las sentencias que declaran la violación de un derecho del Convenio por órganos judiciales nacionales, llevando a que el autor se pregunta si los efectos de las sentencias europeas pueden con el valor de cosa juzgada de las sentencias nacionales. Por último, las sentencias tienen carácter interpretativo, ya que por esta vía se produce una armonización del sistema europeo de protección de los derechos fundamentales.

En este libro también tienen su espacio otros órganos como el Comité de Ministros compuesto por los responsables de los Ministerios de Exteriores de los estados miembros donde se expresan las posiciones nacionales sobre los problemas comunes que afectan a Europa.

Acto seguido se aborda el derecho a la tutela judicial efectiva, su estructura, su contenido, las garantías procesales comunes a todos los juicios y el proceso penal de forma autónoma. Al analizar el derecho se reconoce la preeminencia que le corresponde como derecho a un proceso justo integrado por los principios y las garantías que lo acompañan. El proceso justo y equitativo requiere que las partes promuevan la actividad judicial y defiendan sus

posiciones en condiciones de igualdad y contradicción. El órgano judicial está obligado a motivar sus decisiones que podrán ser recurridas, que no obliga a desarrollar todos los requisitos (*caso Ruiz Torrija c. España*). El derecho de acceso a los tribunales implica que un órgano de esta naturaleza conozca del litigio que se promueve en aras de garantizar los derechos de las personas conforme a la legalidad vigente. En este orden de cosas, resulta necesario establecer un concepto de tribunal no siendo determinante la pertenencia a un órgano jurisdiccional profesional sino la preparación o competencia y el ejercicio de funciones jurisdiccionales en sentido material. Para el autor serán las funciones y las condiciones los elementos relevantes, siendo condiciones la independencia frente al poder ejecutivo, la imparcialidad, la duración del mandato y las garantías del procedimiento. Dicho lo anterior, queda configurado este derecho como el acceso a un órgano independiente e imparcial establecido por la ley.

El TEDH ha dictado una numerosa jurisprudencia con impacto en los estados miembros, por ejemplo, el derecho fundamental al juez imparcial e independiente. La garantía más novedosa es la imparcialidad no resultando sencillo delimitar la independencia y la imparcialidad. En este orden de cosas, resulta de interés la jurisprudencia que establece los criterios de determinación: cómo se designa el tribunal, garantías genéricas a favor de la independencia, duración del mandato para juzgar o inamovilidad, considerándose los cinco años como tiempo suficiente para disipar dudas sobre la independencia y apariencia externa de la independencia.

El autor analiza la apariencia de independencia e imparcialidad, tratándose en definitiva de inspirar confianza a la ciudadanía. El TEDH habla de «teoría de las apariencias», imparcialidad objetiva y subjetiva. En este punto aparecen discrepancias entre jurisdicciones, pues el TC entiende la imparcialidad subjetiva como ausencia absoluta de relaciones indebidas entre juez y partes, mientras que el segundo la presume. Por lo que se refiere a la imparcialidad objetiva, el Tribunal europeo la centra en el ofrecimiento de garantías suficientes por el órgano judicial de modo que se

excluya toda duda legítima; y el TC la centra en la relación del juez con el objeto del proceso. Son escasas las STEDH por violación del principio de imparcialidad subjetiva.

En su momento el autor analiza las dos partes diferenciadas de la estructura del derecho. Por un lado, los principios del proceso y, por otro, las garantías que lo integran. El estudio del derecho lo hace desgranando cada uno de sus elementos. En un primer orden de cosas, aborda el análisis de las garantías procesales genéricas que son comunes a todos los procedimientos, imparcialidad e independencia, juez legal, principio de contradicción, derecho a un proceso público, plazo razonable, motivación y derecho a la prueba, reservando la última parte de su libro a las garantías específicas del proceso penal.

Por lo que respecta al principio de contradicción, se pone de manifiesto el enfrentamiento de dos posiciones jurídicas que se harán valer por todos los medios que ofrece el derecho. Así lo expresó el TEDH en sentencia *caso Ruiz Mateos c. España*. La contradicción en un proceso es un valor que hace posible la defensa de los derechos de las partes que podrá exponer sus posiciones y pronunciarse y combatir las pretensiones contrarias.

En cuanto al principio de igualdad de armas nos encontramos ante una manifestación del principio genérico de igualdad, pues las partes procesales podrán acceder al proceso en igualdad de condiciones, entendida como la posibilidad razonable de plantear la causa, proponer y practicar prueba, sin que ello suponga «simetría entre las fuerzas de juego».

El derecho a un proceso público resulta esencial para garantizar la transparencia de la actividad jurisdiccional, así como todos y cada uno de los derechos y principios que integran el proceso, garantizándose una determinada manera de realizar la actividad jurisdiccional como la celebración de las audiencias con puertas abiertas, la posibilidad de que asista público a las salas de justicia o el pronunciamiento público de las sentencias. Una de las dimensiones de esta publicidad procesal se vincula a los derechos de información. Lo anterior no supone, como bien explica el autor, que los medios sean acreedores del derecho a la publicidad procesal que,



únicamente corresponde a la ciudadanía en cuanto justiciables. Si se garantiza el derecho a informar y ser informados como libertad democrática que podría entrar en conflicto con determinados principios y valores protegidos en el art. 6.º de la norma convencional. Por lo anterior, cabe la limitación de la publicidad en aras de la protección de bienes como la moralidad, orden público, la seguridad nacional, los derechos de los menores, la vida privada de las partes o el propio interés de la justicia. Más allá de las previsiones del art. 6, el T.E.D.H ha establecido otros límites al derecho de publicidad procesal. A todas las limitaciones se les dedica un espacio en este libro, donde el autor recoge la jurisprudencia del Tribunal explicando su ponderación en casos concretos.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas implica la resolución del litigio en un plazo razonable. Como bien expone Milione, nos encontramos ante uno de los problemas más graves que se plantean en nuestros sistemas democráticos. No se olvida de referenciar la STC 26/1983 en la que nuestro Tribunal Constitucional define la «dilación indebida» como manifestación de la justicia tardíamente concedida que equivale a una falta de tutela judicial efectiva. En esta parte del trabajo se pone de manifiesto la difícil conciliación entre varios intereses en juego, pues, la obligación de garantizar una justicia sin retrasos injustificados no ampara una mala administración. Merece especial atención esta obligación cuando los destinatarios son los órganos encargados de proteger los preceptos constitucionales y, especialmente, la protección de los derechos fundamentales, recogiendo la jurisprudencia recogida en sentencias como el caso Díaz Aparicio c. España o Soto c. España, siendo anterior en el tiempo la sentencia que resolvió el caso Ruiz Mateos c. España.

Como a nadie se le oculta se necesita contar con un elemento objetivo que permita determinar si se han producido retrasos indebidos. El cómputo del plazo se revela con todas sus dificultades, el día de inicio y el día de fin del procedimiento. La sentencia dictada en el caso Köning c Alemania es utilizada para

explicar cómo el cómputo no puede ser igual en los procesos civiles y penales.

Por último, analiza la motivación de las resoluciones judiciales, que sin estar recogida en el art. 6 del Convenio integra este derecho, tal como se garantiza en las Constituciones nacionales. Resulta interesante recordar la sentencia caso Ruiz Torija e Hiro Balani c. España, con condena al Estado español por no ser congruente con los términos en que fueron planteadas las pretensiones de las partes.

El proceso penal tiene una especial relevancia como bien se pone de manifiesto, dada la repercusión de las resoluciones dictadas en este orden jurisdiccional por su impacto en la vida de las personas afectadas. La figura del acusado cobra máxima relevancia arrojándose todo el protagonismo durante el proceso de hecho en el Convenio no se contiene referencia alguna a otras figuras como las víctimas, los testigos o la parte civil. No podía dejar de analizar derechos fundamentales como el derecho a no declarar contra sí mismo o a guardar silencio; el derecho a la presunción de inocencia (*caso Barberá, Messegué y Jabardo c. España*) como consagración del principio *in dubio pro reo* siendo posible que los Estados establezcan ciertas presunciones de culpabilidad en las normas penales; el derecho a la defensa que garantiza la asistencia técnica con abogada o abogado de su libre elección y la asistencia jurídica gratuita, siendo posible que el acusado intervenga para ejercer su propia defensa; el derecho a ser informado de la acusación analizando los sujetos, el objeto, las modalidades y tiempos de la información; el derecho a interrogar a los testigos de cargo; el derecho a la asistencia de intérprete y el derecho a los recursos o a la doble jurisdicción, sin que estos derechos relacionados integren una lista cerrada.

El riguroso análisis del derecho a la tutela judicial efectiva realizado en esta monografía nos lleva a concluir que un sistema judicial justo y equitativo necesita la aplicación efectiva de los principios consagrados en el art. 6 del Convenio.

ANA ABA CATOIRA  
*Profesora Titular de Derecho Constitucional*  
*Universidad de A Coruña*

GARCÍA GUERRERO, J. L., *La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

En la sociedad de la información el fenómeno publicitario, en sus múltiples formas, se encuentra omnipresente en la vida diaria. Entre las muchas facetas de este complejo fenómeno resultan evidentes tanto su dimensión comunicativa como su conexión con las libertades de expresión e información y, sin embargo, hasta ahora ha sido objeto de escasa atención desde el punto de vista jurídico-constitucional. Y ello pese a que este análisis no solo abre nuevos cauces de resolución de los conflictos que eventualmente se puedan plantear (sobre todo, cuando a través de la publicidad se afectan derechos fundamentales) sino que permite una lectura integradora de la publicidad tomando en consideración no solo el interés del emisor sino también, el del receptor del mensaje, que opera como límite. Todas estas cuestiones se abordan en la obra del profesor García Guerrero *La publicidad. Fundamentos y límites constitucionales*, un trabajo necesario, oportuno, y de gran utilidad.

La publicidad, en sentido estricto y en su significación primera, se encuentra íntimamente ligada a la finalidad comercial (como forma de comunicación entre el productor y el consumidor en masa) lo que ha justificado que, inicialmente tanto su concepción legal como jurisprudencial se hayan vinculado con la libertad de empresa (art. 38 CE). Sin embargo, desde una concepción más general, se aprecia un fenómeno extraordinariamente rico y complejo, cuyas múltiples caras se unen por el nexo de la comunicación, que trasciende al ámbito puramente comercial.

En realidad, la discusión acerca de la posibilidad de brindar protección constitucional al mensaje publicitario, como es sabido, no es una cuestión nueva. Es más, en España la reflexión en torno a la naturaleza de este tipo de mensaje subyace en alguna de las más relevantes sentencias en materia de derecho de la comunicación que han nutrido la doctrina jurisprudencial más reciente en la materia. Retomar esta cuestión resulta particularmente

acertado atendiendo a las importantes discrepancias doctrinales y jurisprudenciales, por un lado, y a la notable evolución de la publicidad y de los medios de comunicación, por otro.

En esta línea, en el libro de García Guerrero se encuentra una lectura constitucional amplia del fenómeno publicitario, expuesta con una sistemática meditada que conduce al lector, de manera progresiva, y con gran acierto, desde los condicionantes histórico-jurídicos y la experiencia normativa de algunos de los países en los que esta cuestión se ha abordado de manera más intensa, hasta la regulación y las exigencias del Derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia del TEDH, que aporta una base sólida para la construcción de una lectura desde la óptica de los derechos.

El punto de partida de la obra se encuentra descrito con claridad en la introducción, donde el autor deja patente la diversidad doctrinal existente entre quienes fundamentan la publicidad en las libertades de comunicación del art. 20 CE, y quienes, por el contrario, defienden su naturaleza predominantemente económica y encajan su protección en el art. 38 CE, que consagra la libertad de empresa. Desde este momento inicial García Guerrero expone abiertamente la doctrina tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional contrarias a la tutela de la publicidad por la vía del art. 20 CE, en razón de la materia y finalidad del mensaje. Sin embargo, atento a lo que considera una falta de argumentación sólida tanto en los pronunciamientos jurisprudenciales como doctrinales, retoma y profundiza en la tesis ya expuesta en algunos trabajos propios, anteriores en más de una década, favorable a recuperar el análisis de la publicidad desde el art. 20 CE.

En la primera parte de este nuevo trabajo, García Guerrero recurre a los modelos estadounidense e italiano —que expone profusamente— para poner de manifiesto sus líneas argumentales nucleares. La exposición de estos

modelos de Derecho comparado se completa con una referencia al británico y canadiense.

También en esta primera parte analiza y sistematiza las diversas soluciones que se ofrecen en la jurisprudencia europea, tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que resulta de gran utilidad como criterio hermenéutico, pero también, como clave para comprender las diversas posibilidades de abordaje del fenómeno publicitario desde el punto de vista de nuestro ordenamiento jurídico interno.

Bajo el título genérico «Concepto y determinaciones constitucionales» la segunda parte de esta obra contiene un estudio pormenorizado de la publicidad comercial desde la óptica constitucional. García Guerrero parte de la necesidad de determinar el concepto de publicidad comercial, diferenciándolo de otros fenómenos cercanos con los que presenta cierta confusión. A falta de un concepto legal (a su juicio) suficiente, propone un concepto de publicidad más general desde el punto de vista del contenido, que utilizará como hilo conductor para llevar a cabo el resto de su análisis. La fundamentación de esta opción se encuentra en los capítulos II y III de esta segunda parte, cuya rúbrica no deja lugar a dudas, pues anticipa la conclusión de su detallado análisis: «La libertad de comunicación protege la publicidad» (Capítulo II) y «La publicidad no es predominantemente una actividad de empresa» (Capítulo III).

Para culminar con el estudio de las consecuencias de este anclaje constitucional aborda, en particular, la cuestión de la aplicación de los límites contenidos en el artículo 20 CE. En particular se ocupa de la protección de la mujer —con referencia a las deficiencias de protección de un enfoque tuitivo a partir de los arts. 10 y 14 CE— así como de los límites derivados de la evidente conexión del mensaje publicitario con los arts. 38, 35.1, 36, 51 y 128.2 CE.

Como se aprecia, incluso en una primera aproximación a la estructura de la obra, el autor ofrece un trabajo minucioso y honesto en el que expone su trayecto hasta encontrar fundamentos constitucionales que, como él mismo manifiesta (p. 21) «permitan dotar de coherencia, razonabilidad y seguridad jurídica a los múltiples problemas que originan las

variadas limitaciones que por el ordenamiento jurídico se ha impuesto a las comunicaciones publicitarias».

Como se dice en el primer capítulo del libro, la producción en masa transformó la estructura de los mercados, y la publicidad vino a colmar la necesidad de nuevas formas de contacto y comunicación entre los productores y la «masa anónima de consumidores» sustituyendo el contacto personal. En esta línea de evolución, los actuales medios e instrumentos de comunicación han creado nuevas posibilidades de publicidad que, sin embargo, parecen regresar a la personalización del mensaje, bien utilizando su desbordante capacidad de selección o individualización de la oferta publicitaria, bien adoptando la apariencia de exclusividad, como estrategia. Pero, además, el impacto de los nuevos medios ha creado también nuevas formas de publicidad y ha expandido de manera desbordada su presencia en la vida cotidiana de los ciudadanos.

Esta importante transformación requiere, sin duda, una respuesta jurídica. La creciente complejidad del fenómeno publicitario merece una revisión de sus fundamentos y una delimitación precisa de su concepción jurídica para facilitar la adecuación de la respuesta a los retos y a los conflictos que se puedan plantear.

Partiendo de una concepción estricta de las libertades de comunicación, una parte de la doctrina y de la jurisprudencia inicialmente excluyeron la publicidad del ámbito de protección del art. 20 CE por razón de la materia y de la finalidad del mensaje. García Guerrero, sin embargo, adopta una posición coincidente con la doctrina del Tribunal Supremo acogida a partir de 2010 (STS 860/2010 de 15 de enero, caso «Mitsubishi») en la que ha venido protegiendo el discurso publicitario a través de las libertades de información y, sobre todo, de expresión.

Para ello, tanto la concepción dualista del art. 20 CE, que protege de manera separada las libertades de expresión e información como (aunque no solo) la exigencia del requisito de la veracidad respecto de la información susceptible de la más alta tutela, requieren una reinterpretación que supere el contexto político, a la luz del discurso publicitario como objeto de protección. A esta cuestión se añade otra no

menos relevante: lo mismo que en otro tipo de discursos, en el mensaje publicitario opinión e información no solo aparecen indisolublemente unidas, sino que se superponen (entre otras) a la finalidad de persuasión y emplazamiento de los productos en el mercado, lo que dificulta la determinación de las exigencias que le harían merecedor de la más alta protección, aunque este, por lo general, no es un obstáculo insalvable.

En esta tarea, el análisis del modelo estadounidense tiene particular interés, no solo porque muestra una drástica evolución jurisprudencial que culmina con la aceptación de la posibilidad de protección constitucional de la publicidad comercial a través de la Primera Enmienda, sino también porque su argumentación, en lo más sustancial y salvando las distancias, ha influido en la evolución de la jurisprudencia del TEDH (como se analiza en un apartado específico) que, en buena medida es extrapolable a nuestro ordenamiento jurídico interno, según García Guerrero, para fundamentar la tutela de la publicidad comercial a través de nuestro art. 20 CE.

Si en Europa el debate en torno a la protección de los mensajes publicitarios a través de la libertad de expresión es relativamente reciente, no ocurre lo mismo en Estados Unidos, donde la cuestión se planteó de forma temprana, aunque hubo que esperar hasta 1975 para encontrar un reconocimiento abierto de la posibilidad de incluir el discurso publicitario comercial en el ámbito de la Primera Enmienda. Efectivamente, la primera expresión de esta doctrina se encuentra en la sentencia *Valentine vs. Chrestensen* (1942) donde, si bien el Tribunal Supremo negó la posibilidad de protección de la publicidad comercial a través de la Primera Enmienda, también hizo importantes pronunciamientos como reconocer que la Constitución no impone restricciones a la publicidad comercial, o que la Primera Enmienda originariamente fue concebida para proteger la expresión en materia de interés público o social, o bien, que es el ánimo de lucro que acompaña al mensaje publicitario lo que le diferencia de los otros tipos de discurso susceptibles de protección constitucional.

El siguiente paso consistió en apreciar que la información publicitaria contiene

información relevante para el público, merecedora de protección. La sentencia de la Corte Suprema recaída en el caso *Virginia State Board of Pharmacy vs. Virginia Consumer Council* (1976), *leading case* en la materia, abordó de lleno esta cuestión y extendió la protección de la Primera Enmienda entendiendo que la finalidad económica del discurso es también una finalidad protegible valorando que, para los consumidores, la información del mensaje comercial puede resultar de tanto o mayor interés que el discurso político.

Como señala José Luis García Guerrero, este cambio fue posible a través de dos vías: primero, admitiendo la posibilidad de separar motivos dominantes y subsidiarios en el mensaje (que permite proteger cuando el motivo dominante no sea el económico); en segundo lugar, centrando el análisis no tanto en la motivación del emisor como en el contenido del mensaje y admitiendo que la libertad de expresión no se limita a un contenido determinado. En relación con esta argumentación se recuperan los pronunciamientos de la relevante *New-York Times vs. Sullivan* (1964) relativos a la protección del mensaje que contenga información u opinión de interés público. Y ese interés público abarca no solo las materias clásicas (en particular, las cuestiones políticas) sino otras diferentes: «el interés de los consumidores en la libre circulación de la información comercial puede ser tan intensa o mayor que el que tengan en el debate político» (p. 30). Pero el cénit de la protección de la publicidad a través de la libertad de la Primera Enmienda se produjo con la precitada *Virginia State Board of Pharmacy vs. Virginia Consumer Council* (1976) donde el Tribunal Supremo reconoció sin ambages la posibilidad de protección de la publicidad con un concepto abierto de libertad de expresión más allá de los clásicos contenidos políticos, filosóficos, culturales o artísticos. No obstante, como también reconoce el autor, este enfoque desde la libertad de expresión no puede silenciar el argumento de la defensa de la libertad de mercado, que no es concebible sin la libertad de circulación comercial.

A partir de aquí, en el libro se explica someramente la evolución del cambio de fundamento de la protección del *comercial speech* y, de forma paralela, la evolución de la

determinación de los límites de la publicidad comercial.

La descripción del modelo estadounidense se encuentra justificada, al menos por dos razones que quedan patentes en la obra. En primer lugar, por su influencia en otros ordenamientos de corte anglosajón (que no difieren notablemente, como es el caso del canadiense) que vinculan la publicidad comercial con la necesaria autonomía de las decisiones económicas como manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Pero también por su utilidad, como marco de referencia que permite apreciar la evolución de esta doctrina en Europa que, como analiza detalladamente García Guerrero, se produce de una forma mucho más lenta, así como su influencia en nuestro ordenamiento jurídico.

La opción por la posibilidad de protección de la publicidad a través de la libertad de información, se ofrece por el autor de una forma mesurada, razonando y admitiendo que este régimen de tutela no resulta directamente trasladable a la publicidad.

Uno de los apoyos que utiliza García Guerrero para sostener la protección del discurso publicitario a través de las libertades informativas es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, como destaca, ofrece una rica variedad argumental para justificar la protección de la publicidad a través del art. 10 del Convenio. Para mostrarlos, el autor expone un amplio abanico de resoluciones *relevantes* en la materia, tanto de la Comisión como del Tribunal, siguiendo un orden cronológico que contribuye a que se pueda apreciar la evolución de la doctrina de ambas instituciones. Resulta particularmente interesante la exposición separada de la evolución doctrinal de cada uno de estos dos órganos, pues se ha producido a un ritmo diferente, siendo la Comisión mucho más temprana en el reconocimiento de la aplicabilidad del art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos a los mensajes publicitarios.

Efectivamente, la primera decisión en que la Comisión pudo pronunciarse acerca de la protección de la publicidad comercial a través del art. 10 del CEDH fue en el *caso Pastor X e Iglesia de la Cienciología*, donde si bien se admitía la posibilidad de salvaguardia, se

entendía también que la protección debía ser más liviana que la otorgada a las ideas políticas, lo que condujo a admitir la posibilidad de limitación para proteger los derechos de los consumidores frente a prácticas desleales o engañosas. A partir de este primer pronunciamiento, a lo largo de todo el capítulo se abordan, en lo sustancial, los pronunciamientos recaídos en otros casos relevantes como el *caso Liljenberg* (1983) sobre fármacos —donde se reitera esta doctrina—, el *caso Barthold* (1983) sobre «publicidad marginal» —que motiva una definición negativa de la publicidad comercial por parte de la Comisión—, el *caso MarktIntern* (1987) donde se reitera la protección del discurso publicitario aun cuando tenga finalidad económica, declarando que la defensa de intereses económicos se encuentra directamente vinculada al proceso democrático, el *caso Casado Coca* (1992) en que se reitera que una restricción *quasi* absoluta de la publicidad comercial resulta incompatible con el art. 10 del Convenio, al mismo tiempo que resalta la trascendencia informativa de la publicidad.

Se analizan también las resoluciones de la Comisión en otros casos más recientes y de indudable relevancia como son: el *caso Vg TVe-reingegen Tierfabriken c. Suiza* (2001), *Stambuck c. Alemania* (2002), *Demuth c. Suiza* (2002), *Movimiento Raeliano c. Suiza* (2012). En definitiva, en estas resoluciones la Comisión viene a reconocer la posibilidad de la tutela a través del art. 10 del Convenio sin que la eventual protección que recibe a través de los derechos económicos constituya un obstáculo. Por esto mismo, los límites consagrados en el apartado 2 de dicho art. 10 CEDH le serán también de aplicación. En particular, viene al caso la consideración de los derechos de terceros y el respeto a la salud y los derechos de los consumidores como, por cierto, ya había admitido anteriormente la Comisión en algunas de sus resoluciones (*caso Liljenberg*, *caso Pastor X e Iglesia de la Cienciología* y *Casado Coca*, entre otros).

Con una estructura didáctica, el autor consigna de forma paralela las resoluciones del Tribunal Europeo recaídas en estos mismos casos cuyo análisis permite, bien reafirmar algunos de los argumentos utilizados por la Comisión, o bien reforzarlos con otros nuevos

aun cuando, en este caso, como se ha señalado anteriormente, hay que esperar a la sentencia Casado Coca (1994) para encontrar una asunción (aunque matizada) de la doctrina de la Comisión. A la exposición de las sentencias recaídas en los asuntos referidos con ocasión de la exposición de la doctrina de la Comisión, se suma la referencia a otro buen número de sentencias como *Groppera Radio AG y otros vs. Suiza*, *Autronic AG vs. Suiza*, o *Stambuck vs. Alemania* con las que García Guerrero muestra la evolución y el contenido principal de la doctrina actual del Tribunal Europeo.

En relación con estos pronunciamientos del TEDH, cabe destacar el reconocimiento expreso de la posibilidad de incardinar la tutela de la publicidad comercial en el ámbito del Convenio sobre la base de que su art. 10 no prevé la exclusión del discurso por razón de la materia. También resultan destacables el reconocimiento de la titularidad de las personas jurídicas cuando se trata de publicidad comercial, la determinación de la finalidad y la materia comercial como elementos definitorios de la publicidad, o la afirmación de que el discurso comercial también proporciona información a los consumidores y usuarios sobre los bienes y servicios que se les ofrecen. Sobre este último extremo, en las resoluciones analizadas se contienen referencias a los requisitos que, según el Tribunal, debe cumplir este tipo de publicidad, así como una interesante reflexión en torno a la eventual limitación de la publicidad actividades profesionales colegiadas y sobre el margen de apreciación del requisito de la necesidad de la medida limitadora por parte de los Estados miembros, cuestiones ambas bien controvertidas.

La exposición secuenciada de los pronunciamientos tanto de la Comisión como del Tribunal tiene interés no solo para comprobar la evolución doctrinal y el cambio argumentativo siguiendo la estela norteamericana, aunque de forma diacrónica (en lo referente al distinto ritmo seguido la Comisión y del Tribunal) y mucho más lenta, sino para apreciar en toda su dimensión los matices derivados de los diferentes tipos de publicidad atendiendo al medio, pero también, a su contenido o finalidad.

La primera parte del libro culmina con una referencia somera a algunos de los

pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de la publicidad comercial. Aun cuando por razón de la materia no son muchas las resoluciones de este órgano directamente relacionadas con el objeto de estudio, sí que se recogen algunas que pueden resultar relevantes. En particular, las referidas a la valoración de las restricciones de la legislación nacional respecto de la publicidad y su eventual confrontación con la libertad de mercado, pero, sobre todo, en relación con los efectos que las transposiciones de algunas directivas comunitarias han tenido sobre la legislación nacional en esta materia particular.

La segunda parte de la obra se centra en el concepto constitucional de publicidad que necesariamente recibe la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, reconociendo la posibilidad de que los mensajes publicitarios queden protegidos por la libertad de expresión, lo que solo muy tardíamente ha sido admitido por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional. En esta línea, el autor realiza un ejercicio sólido de argumentación con constantes referencias a las experiencias doctrinales y jurisprudenciales de Derecho comparado y, de nuevo, con una exposición ordenada y cuidada dirige su discurso hasta ofrecer un análisis de la publicidad fundamentada en la libertad de comunicación, sin renuncia (como no puede ser de otra forma) a la consideración de las otras múltiples facetas que la conforman.

La definición de un fenómeno complejo como es la publicidad necesariamente presenta dificultades que el autor afronta en este capítulo, en el que también precisa el concepto de publicidad diferenciándola de la propaganda. A partir de aquí, llega a ofrecer un concepto propio del que se sirve para acotar el objeto de su investigación y que utilizará como base para efectuar su posterior análisis. En esta tarea pone de manifiesto las deficiencias del concepto jurídico de publicidad recogido en la legislación española (Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad), influenciada por las definiciones de las Directivas europeas que, a su juicio, dista de ser satisfactorio.

Las rúbricas de los capítulos segundo («La libertad de comunicación protege la publicidad») y tercero («La publicidad no es predominantemente una actividad de empresa»)

muestran una abierta toma de postura por la incardinación de la publicidad (definida con anterioridad como una especie del género propaganda) en el ámbito de la libertad de comunicación del art. 20 CE. Como criterio guía, se sirve del análisis particularizado de los cuatro elementos definitorios de la publicidad: elementos objetivo o material, tendencial o finalista, informativo y persuasivo.

La incardinación del mensaje publicitario en el art. 20 CE lleva consigo importantes consecuencias, sobre todo, a la hora de establecer criterios de resolución en caso de conflicto del discurso publicitario con otros derechos. Pero esta sistemática también resulta útil para valorar la constitucionalidad de las eventuales medidas restrictivas de la publicidad que legislativamente pudieran adoptarse pues, como en el caso de los criterios de resolución de conflictos con otros derechos, habría que tener presente tanto los contornos de la libertad de expresión, como su naturaleza fundamental.

No obstante, esta opción no está exenta de dificultades. En particular, la literalidad del art. 20 CE, lastrada por su originaria orientación hacia la protección del discurso político, que precisará de interpretación para precisar la protección del discurso publicitario, que es esencialmente complejo: está orientado al mercado, eventualmente tiene un contenido artístico, en parte expresivo y, sobre todo, informativo.

El último capítulo del libro es sin duda una de las partes más relevantes de esta obra pues condensa las conclusiones prácticas a las que conduce la adopción de la posición mantenida por el autor. Esta parte se centra, sobre todo, en la cuestión de los límites del discurso publicitario analizada desde una óptica constitucional. Los límites del discurso publicitario derivan su vinculación no solo con las libertades de expresión e información del art. 20 CE, sino también, con la libertad de empresa del art. 38 CE, con el deber de los poderes públicos de defender los intereses de consumidores y usuarios que recoge el art. 51 CE, o con la libertad artística consagrada en el art. 20.1 b) CE, entre otros. A estas limitaciones hay que sumar las contenidas en la legislación que, en palabras del autor, en ocasiones han recibido solo un «barniz constitucional».

Resulta especialmente relevante el somero análisis sobre la conexión de la publicidad con la libertad de creación artística consagrada en el art. 20.1 a) CE, que permite diferenciarla de otras manifestaciones comunicativas como la libertad de información, si bien ambas facetas eventualmente se superponen en la complejidad del mensaje publicitario. Efectivamente, el art. 20 CE no solo ofrece protección al discurso publicitario, sino que lo somete a limitaciones sustantivas, es decir, a los contornos que él mismo precepto define.

En relación con los límites, dada su multiplicidad y variedad, el autor selecciona algunas de ellas para hacer un estudio más detallado, atendiendo bien a su importancia o bien a la mayor frecuencia con la que concurren (aborda, entre otros, la colisión con los derechos al honor, intimidad y propia imagen, y la protección de la juventud y de la infancia).

Justamente es en relación con los menores donde el controvertido requisito de la veracidad cobra una mayor importancia. La cuestión de la veracidad del mensaje es un elemento nuclear y, como señala García Guerrero, aún debe reforzarse en el ámbito publicitario. La veracidad actúa no tanto como una limitación sino como un requisito ineludible para merecer la más alta protección del mensaje. Y ello, teniendo en cuenta que la publicidad tiene por finalidad la persuasión, con lo que esta exigencia puede encontrarse en una posición más comprometida. El autor pone de manifiesto que el «principio de veracidad» ha estado siempre presente en el ámbito de la publicidad y ha justificado, por ejemplo, la consideración de la ilicitud de la «publicidad engañosa». No obstante, el concepto de veracidad en uno y otro ámbito no son equivalentes. Aun cuando el autor considera trasladable la jurisprudencia constitucional sobre la veracidad al ámbito de la publicidad, no elude que la veracidad del art. 20.1 d) CE tiene un bagaje muy preciso y bien diferente: la información periodística vinculada, sobre todo, a la información política. Por ello, este requisito precisa de una adaptación específica para aplicarlo al ámbito de la publicidad. En este sentido, la veracidad (que, como en el caso de la información pública) no puede aspirar a ser verdad irrefutable, también es exigible como principio de verdad y diligencia profesional. La

cuestión es determinar el grado de diligencia exigible, así como su contenido, lo que exige enmarcarla en el ámbito publicitario propiamente dicho, teniendo en cuenta el resto de derechos e intereses concurrentes como son, la protección de consumidores y usuarios, con especial intensidad en lo referido colectivos particularmente vulnerables.

Desde luego, un enfoque de la publicidad desde la óptica constitucional permite justificar con nuevos argumentos, por ejemplo, la proscripción de la publicidad subliminal que, según señala el autor, en cuanto que el receptor no es consciente de que recibe una información, no puede considerarse que el mensaje sea propiamente comunicación.

Como colofón, el autor analiza algunas de las posibilidades de limitación del discurso publicitario fundamentadas en la protección de otros derechos y bienes constitucionales. En particular, afronta con una visión crítica y controvertida la cuestión de la protección de la imagen de la mujer contenida en la legislación reguladora de la publicidad. Las conclusiones se prestan al debate, pero el abordaje de esta relevante cuestión la lleva a cabo tratando de equilibrar la amplitud con la que nuestro ordenamiento y la jurisprudencia protegen la libertad de expresión (libertad de circulación de ideas) y la necesidad de encontrar argumentos constitucionales que permitan amparar las prescripciones de la legislación de publicidad.

En definitiva, este libro de García Guerrero es sin duda un trabajo relevante que aporta una necesaria lectura constitucional al fenómeno publicitario en el que una vez más, la jurisprudencia del TEDH sirve de guía. El lector encontrará en él no solo una detallada exposición de la evolución jurisprudencial tanto en derecho interno como de Derecho comparado, sino un importante ejercicio de aplicación de la doctrina general sobre las libertades de expresión e información que lleva a cabo de manera honesta, y con un sólido respaldo argumentativo. Este esfuerzo, no exento de dificultades, permite una visión unitaria, pero también, la revisión crítica de algunas de las previsiones legales, al tiempo que proporciona herramientas útiles para la resolución de algunos de los conflictos jurídicos que frecuentemente pueden plantearse. Aun cuando la posición que adopta el autor pudiera haberse calificado en un tiempo de contra-mayoritaria, como se pone de relieve en la propia obra tanto la jurisprudencia como el derecho comparado han venido a acogerla.

Por lo demás, tanto la ordenada sistemática y la completitud de la obra, así como su claridad expositiva lo convierten también en un importante recurso didáctico lo que, sin duda, constituye un valor añadido.

M.<sup>a</sup> ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO  
*Profesora de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Valladolid*