

LUIS IGNACIO GORDILLO PÉREZ (dir.): *Constitutionalism of European Supranational Courts, Recent Developments and Challenges*, Aranzadi, 2015, 351 págs.

Por JOSÉ RAMÓN CANEDO ARRILLAGA

En estos momentos de zozobra para el constitucionalismo, que ha llevado a algunos a preguntarse si estamos ante su ocaso (Dobner, P.; Loughlin, M., *The Twilight of Constitutionalism?*, OUP 2010), el volumen que comentamos asume la tesis de la migración del concepto desde la esfera estatal que le era clásicamente propia hasta ámbitos supraestatales.

Como el preámbulo señala, el objetivo de la publicación, resultado de un proyecto de investigación auspiciado por la Deusto International Research School de la Universidad de Deusto, es el estudio de algunos desarrollos recientes en el emergente espacio constitucional europeo así como los retos a los que este se enfrenta derivados del solapamiento de ordenamientos jurídicos que coexisten sobre un mismo territorio y sometidos a la interpretación de distintos órganos judiciales.

El libro agrupa las contribuciones, la mayoría en inglés, de un buen número de profesores, esencialmente constitucionalistas que aportan luz sobre diversas caras de esa poliédrica relación interordinamental.

La primera de estas contribuciones viene de la mano del profesor Oehling de los Reyes (Universidad de las Islas Baleares) y gira en torno al concepto de dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El autor señala la Ley Fundamental de Bonn de 1949 como el texto del que emerge la dignidad humana como inviolable e intocable, al tiempo que como parámetro de legalidad de la acción del Estado. Llama sin embargo la atención el hecho de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no contemple, como sí hicieron otros textos constitucionales posteriores de países europeos,

la dignidad humana como concepto general. No obstante, el sistema sí contiene otros elementos que han podido ser tomados como base para cubrir esa laguna. Así, la referencia que el preámbulo del mismo Convenio contiene a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual sí incluye varias referencias expresas a ese concepto, así como las tradiciones constitucionales de sus Estados parte han servido de ancla para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos proteja la dignidad humana. A partir de aquí, el profesor Oehling presenta una serie de derechos en los que ese concepto de dignidad humana encuentra acomodo y protección en el sistema de Estrasburgo. Así, por ejemplo, analiza el derecho a la vida y la reducción del ámbito de su protección, tanto en diversos Estados como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, al no considerar al *nasciturus* como persona, siendo esta última la única titular del derecho a la vida. En cuanto a la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes, es este uno de los campos en los que el TEDH primero utilizó el concepto de dignidad humana; inicialmente, frente a la reificación de los detenidos y posteriormente para asegurarles mejores condiciones durante su detención o reclusión o incluso frente a ataques a su dignidad que no comportasen afectación física. No obstante, se nos recuerda también la jurisprudencia que admite límites excepcionales a ese derecho. En el ámbito del derecho al respeto de la vida privada y familiar, la conexión se establece, por ejemplo, en cuanto a la orientación sexual o incluso en áreas como la protección frente a la contaminación acústica o medioambiental en general. Finalmente se abordan el derecho a la igualdad y la prohi-

bición de discriminación, con especial énfasis en la violencia racial; y el derecho a la educación. A lo largo de toda la contribución, se nos presenta así una pequeña selección de casos muy significativos que nos permiten detectar, según el autor, cómo el TEDH ha utilizado el concepto de dignidad humana, a veces para asumir sin más la jurisprudencia de algunas jurisdicciones nacionales, a veces para desarrollar de una forma mucho más autónoma su propia concepción de este principio latente en el Convenio Europeo.

En segundo lugar, nos encontramos con el análisis formulado por el profesor Álvarez Álvarez (Universidad de Oviedo) sobre la cuestión del crucifijo en las escuelas como parte del problema del derecho a una educación democrática. Tras recordar la jurisprudencia del TEDH de mediados de los años 70 sobre la obligación del Estado de mantener la neutralidad en la educación, el autor centra su atención en la sentencia de 2011 que permite la presencia de crucifijos en las aulas. Esta presencia es generadora de un complejo núcleo de problemas, derivado, por un lado, de la presencia de tres sujetos y derechos (el de quien estudia, a la libertad religiosa en las aulas; el de sus progenitores, a elegir la educación religiosa y/o filosófica de su gusto; y el de cualquier Estado democrático, a organizar su sistema educativo), y por otro, de la doble dimensión que el TEDH ha reconocido al derecho a la libertad religiosa (positiva, que reconoce al individuo el derecho a profesar la religión de su opción, y negativa, que le da el derecho a separarse de lo que entienda como falsas convicciones). El profesor Álvarez analiza seguidamente las dos sentencias del TEDH en relación con la presencia en las aulas del crucifijo en el asunto *Lautsi c. Italia*. En la primera, los dos factores determinantes de la prohibición del crucifijo fueron la consideración de este como «poderoso símbolo externo» y la protección del derecho de la minoría (los no cristianos) a no sufrir tal imposición restrictiva de

su derecho negativo a la libertad religiosa, derivada de una concepción radical de la obligación para el Estado de neutralidad en la educación. Sin embargo, la sentencia de 2011 dictada tras el oportuno recurso contra la anterior, cambia el paradigma, no solo —ni esencialmente— por no considerar el crucifijo como «poderoso símbolo externo» o por ser más realista ante la imposible neutralidad absoluta en la escuela, sino por considerar como el objeto de protección preferente la dimensión positiva de la libertad religiosa de la mayoría: el Estado debe permitir a la mayoría —los cristianos en Italia— ejercer esa libertad también en la escuela. La tesis del autor reside en buscar la solución al conflicto desde la perspectiva del derecho a la educación. A tal efecto se hace necesario identificar los objetivos de la educación, tarea harto difícil ya que tanto los textos internacionales como las constituciones nacionales hacen invocaciones excesivamente vagas que no ayudan en la tarea. No obstante, el autor encuentra que el valor esencial de la educación en el sistema europeo sería la democracia, o lo que es lo mismo, educar en la libertad y la igualdad o educar en que «otras opciones también son posibles». Si se toma la educación democrática no tanto como regla sino como principio, la solución al conflicto en cuestión no pasa tanto por un análisis solo jurídico, sino por otro que incorpore así mismo un análisis de la realidad en la que aquellas se aplican. La solución propuesta por el profesor Álvarez como más factible sería la de que en principio se acepte el crucifijo en las aulas si bien, a petición de quien no lo asuma como propio, el mismo debería retirarse. No obstante, incluso esta solución podría entrar en conflicto con el derecho de cada uno a no hacer públicas sus creencias religiosas. Lo que el autor destaca es la relativa incompetencia del TEDH para resolver una cuestión que lejos de ser exclusivamente jurídica incorpora elementos de hecho, para los que el legislador está mejor equipado.

La tercera contribución es la del profesor Gordillo (Universidad de Deusto) y versa sobre los derechos fundamentales de las empresas, con especial referencia a la protección al domicilio. El punto de partida del reconocimiento de derechos fundamentales para las personas jurídicas se puede probablemente encontrar en 1878, cuando el Tribunal supremo austríaco reconoció el derecho de asociación. A partir del ahí, el debate evolucionó especialmente en Alemania para desembocar en un reconocimiento más o menos generalizado del tal estatus, a través de desarrollos jurisprudenciales (como en EE.UU., con un enfoque muy económico) o incluso con previsiones constitucionales expresas (como las Constituciones alemana y portuguesa). Se aborda a continuación un estudio de la cuestión en el ordenamiento jurídico español, en el que la falta de disposición constitucional expresa no ha impedido al Tribunal Constitucional reconocer a las empresas (así como a colectivos o incluso entes públicos) derechos como el de tutela judicial efectiva, incluyendo la posibilidad de formular recurso de amparo en defensa de sus derechos. El análisis se centra a renglón seguido en el estudio del derecho a la protección del domicilio de las empresas tanto en la jurisprudencia del TEDH como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se nos presenta así un detallado análisis de los principales pronunciamientos de la Corte de Estrasburgo sobre las interferencias contra ese derecho que se han considerado ilegales y de la asunción por parte del Tribunal de Luxemburgo de esta jurisprudencia.

El profesor Milione (Universidad de Córdoba) estudia la ejecución de las sentencias del TEDH en el ordenamiento jurídico español, cuestión bien interesante ahora que el Gobierno británico se plantea limitar el poder del TEDH o en su caso simplemente abandonar el sistema. Como es bien sabido, las partes en el Convenio de Roma se comprometen, ex artículo 46.1, a acatar las sen-

tencias del TEDH, como lo es así mismo que dichas sentencias son esencialmente declarativas, lo cual exige una acción positiva por parte de los Estados condenados. En opinión del autor, España cumple en términos generales con las obligaciones derivadas de las sentencias que se califican como de «medidas generales de no repetición», ya sea por la vía de la asunción jurisprudencial de la posición adoptada por el TEDH ya por la vía de modificaciones legislativas cuando sea necesario. En el supuesto de las medidas individuales de ejecución del fallo, los problemas esenciales derivan del choque que se puede producir entre el pronunciamiento de Estrasburgo y el efecto de cosa juzgada que tendrán las resoluciones judiciales anteriores sobre el caso. Ese choque no encuentra solución favorable en las normas procesales españolas y solo con carácter excepcional se ha admitido por parte del Tribunal Constitucional la reapertura de un proceso a fin de ejecutar la resolución del Tribunal de Estrasburgo. Fuera de estos supuestos excepcionales, el autor sigue echando en falta la acción del legislador para arbitrar las fórmulas que posibiliten la efectividad en Derecho español de las resoluciones condenatorias del TEDH. En este sentido, el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014, acuerdo que el autor no pudo contemplar en su contribución por motivos temporales, entiende que, en tanto no exista en el ordenamiento español una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de un derecho fundamental del condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del artículo 954 LE-Crim. cumple este cometido. Así, la nueva redacción de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras su reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, incluye un art. 5 bis que contempla esa posibilidad con carácter general «siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañen efectos que

persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión». Por su parte, el art. 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reformado por la misma Ley Orgánica, prevé esta opción, si bien añade como condición que dicha revisión no pueda «perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas».

La siguiente aportación es la del profesor Hernández Ramos (Universidad de Salamanca) y se refiere a la crisis de exceso de trabajo que sufre el Tribunal de Estrasburgo y compara las medidas a adoptar con las que ya se han aplicado en diversos sistemas nacionales como el norteamericano, el alemán o el español. El autor identifica como principales causas de esa excesiva carga por un lado la fase admisión de las demandas y por otro la existencia de casos repetitivos. El Protocolo n.º 14 pretende hacer frente a estas circunstancias. Según el autor, la solución meramente procesal propuesta en el sistema de Estrasburgo difiere de la adoptada por otros sistemas como el del Tribunal Supremo de EE.UU., el cual elige los asuntos que entiende son más importantes. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán admite todos los recursos de amparo, pero establece como un criterio de admisibilidad el que el particular sufra un daño particularmente severo si el asunto no se revisa por el Tribunal. El autor repasa los mecanismos adoptados en la fase de admisibilidad: la acción de la Secretaría; el Comité de Filtro para demandas provenientes de Rusia, Turquía, Rumanía, Ucrania y Polonia; la política de prioridad de las demandas, y la aplicación más estricta del artículo 47 de Reglamento del Tribunal, en cuanto a los requisitos formales y al plazo de interposición. Asimismo se ofrece un análisis de los mecanismos adoptados en relación con la fase jurisdiccional: la posibilidad de que la decisión sobre la admisión o incluso la de fondo sea adoptada por un número menor de jueces, o el que las dos decisiones se adopten juntas; el nuevo requisito de admisibilidad contemplado en la letra b del apartado 3 del artículo 35 sobre la

necesidad de que exista un daño significativo y las situaciones en las que ese requisito no se exigirá; o las sentencias piloto. En opinión del profesor Hernández el impacto positivo de estas medidas ya se ha dejado sentir en el número de asuntos pendientes así como en el de recursos presentados.

Las aportaciones que siguen aportan una visión sobre la otra gran jurisdiccional transnacional europea: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). La primera de ellas, del profesor Gragl (Queen Mary, Universidad de Londres) se concentra en uno de los mecanismos utilizados por ese Tribunal para reforzar la efectividad del ordenamiento de la UE salvando algunas de las limitaciones que el mismo presenta: el de la interpretación conforme. No obstante, el estudio se centra en el uso de ese mecanismo no en las relaciones derecho interno-derecho de la UE sino en las que se establecen entre éste y el derecho internacional. El autor nos ofrece una sugerente presentación de las principales características de esta construcción jurídica así como de sus límites. A partir de ella, se analiza si existe una obligación impuesta por el derecho internacional que exija la aplicación de ese mecanismo a sujetos internacionales como la Unión Europea. El análisis parte de la posición que el derecho internacional ocupa en el ordenamiento UE, entre el derecho primario y el derecho derivado. A partir de ahí se observa la asunción de ese mecanismo por el TJUE ante derecho internacional consuetudinario así como ante tratados vinculantes para la UE como tal. Más problemas se presentan en situaciones en que la UE se ve afectada por tratados internacionales en los que son parte los Estados miembros, pero no la Unión como tal. Aquí el tradicional monismo del TJUE parece quebrarse en algunos supuestos. A continuación se revisa si el derecho primario debe así mismo ser interpretado de conformidad con el derecho internacional. No parece haber dudas de que tal debe ser el caso ante normas de *ius cogens*. Y tampoco de lo con-

trario en el resto de casos, salvo en áreas como la protección de los derechos humanos. Todo lo anterior revela, en palabras del autor, un panorama de práctica inconsistente y de ausencia de un marco teórico. El profesor Gragl ofrece una muy sugestiva lectura kelseniana de toda esta jurisprudencia en un intento de dotarla de sentido reinterpretándola desde la óptica monista.

Por su parte, el profesor Martinico (Scuola Sant'Anna de Pisa) se concentra en analizar las relaciones entre las Constituciones nacionales, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y el derecho de la UE tras la reforma operada en este último por el Tratado de Lisboa desde una perspectiva muy concreta: cómo el derecho de la UE ha facilitado a los jueces nacionales reconsiderar el valor del Convenio en sus ordenamientos nacionales. El autor describe una situación en la que los jueces nacionales, ante la imposibilidad de formular cuestiones prejudiciales ante el TEDH, utilizan ese mecanismo ante el TJUE para que éste verifique la legalidad del derecho interno en relación con el Convenio y la jurisprudencia de Estrasburgo, al ser este parte del derecho de la UE. El objetivo de esos jueces internos sería dejar sin aplicar el derecho interno contradictorio con el sistema de Estrasburgo, usando la jurisprudencia Simmenthal, propia del sistema de la UE. Se trataría así de reforzar el valor de las sentencias del TEDH en los sistemas nacionales. El profesor Martinico usa la sentencia Kamberaj del TJUE para llevar a cabo su estudio, si bien trasciende el caso italiano para adentrarse en otros sistemas constitucionales. Parece detectarse un mayor reconocimiento del valor del Convenio como norma con fuerza supra-legislativa. Sin embargo, no puede decirse lo mismo en cuanto a su relación con los textos constitucionales, aunque podría detectarse una cierta convergencia en el modo en que los jueces internos interpretan y aplican tanto el derecho de la UE como las emanaciones del sistema de Es-

trasburgo. El autor observa esta tendencia con ciertas reservas, dado que podría generar cierta indeseable rigidez al Convenio.

Por su parte, el profesor Matía Portilla (Universidad de Valladolid) dedica su contribución a la adhesión de la UE al Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Tras un repaso por el camino recorrido, se analiza en profundidad el texto del acuerdo alcanzado. En cuanto a sus aspectos procesales, el profesor Matía estudia la legitimación activa y pasiva ante el TEDH, la figura del codefensor o las posibilidades ofrecidas a fin de que el TJUE pueda intervenir con carácter previo incidental al TEDH en un supuesto que le haya llegado a este último en el que se ventilen problemas de compatibilidad de normas de la UE con el Convenio. Se estudian de igual modo los aspectos institucionales, relativos a la elección de jueces y a la participación diversa de la UE en el Comité de Ministros, así como las implicaciones financieras de la adhesión. El autor añade finalmente un juicio crítico sobre el acuerdo así como unas primeras impresiones sobre el dictamen 2/13 del TJUE según el cual el acuerdo de adhesión alcanzado es incompatible con el Derecho de la UE (recordemos que las contribuciones se habían entregado a la editorial tiempo antes de que se adoptase el referido dictamen).

La profesora Rodríguez-Izquierdo Serrano (Universidad de Sevilla) aporta una contribución en la que se analiza el papel del principio de subsidiariedad en el sistema UE así como el uso que de ese principio ha hecho el TJUE. Tras una breve presentación de los problemas que genera la justiciabilidad de este principio, la autora se adentra en el estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre el mismo. Se presentan así los casos en que se ha invocado el principio, primero por parte de los Estados miembros como defensa ante recursos por incumplimiento formulados contra ellos, a continuación en el marco de cuestiones prejudiciales y fi-

nalmente en recursos de anulación. Del conjunto de casos se desprende, en opinión de la profesora Rodríguez-Izquierdo, que son tres los aspectos analizados por el TJUE: la base jurídica de la acción normativa de la UE; si las instituciones europeas han motivado convenientemente su intervención en relación con la subsidiariedad (en este punto, el control ejercido por el TJUE es un control de mínimos), y un análisis de las condiciones de fondo que justifican la intervención de la UE, examen que se revela muy superficial. Dejando al margen algunos casos que se salen de la norma, la autora muestra su insatisfacción con la superficialidad del control ejercido por el Tribunal de Luxemburgo sobre el respeto de este principio, que parece estar llamado a convertirse en nuclear del sistema.

El libro se cierra con la aportación de la investigadora de la Universidad de Deusto

Ariane Tapia Trueba, que versa sobre la interpretación expansionista llevada a cabo por el TJUE de los derechos derivados del estatuto de ciudadanía de la Unión. Tras un repaso a estos derechos, la autora analiza esa jurisprudencia como creadora de nuevos derechos no expresamente previstos o en cuanto que reconoce ciertos derechos de ciudadanía a nacionales de terceros países familiares de un ciudadano UE, todo ello como fruto de un cierto activismo judicial que estaría provocando reacciones adversas en algunos Estados miembros.

En definitiva, nos encontramos ante un libro multifacético, que nos aporta luz sobre algunos de los aspectos derivados de esas relaciones interordinamentales, tan fructíferas y tan problemáticas en este ámbito geográfico europeo, laboratorio de algunos aspectos de la globalización jurídica.

WILLIAM E. NELSON: *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence (Kansas), University Press of Kansas, 2000, 142 págs.

POR FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

I. El comentario del libro de la profesora italiana Benedetta Barbisan sobre *Marbury v. Madison* nos ha inducido a traer a esta sección otro libro, unos años anterior, sobre el mismo tema. La confrontación de los puntos de vista de uno y otro puede tener cierto interés. El autor de la obra en la que ahora nos centramos es un conocidísimo iuspublicista norteamericano, que ha trabajado particularmente en temas de historia constitucional, de lo que constituye un excelente testimonio su libro *The Roots of American Bureaucracy, 1830-1900*. William E. Nelson ha sido «the Joe and Anne Professor of Law» en la *New York University School of Law*. Especialmente destacable es asimismo su obra

*The Fourteenth Amendment: From Political Principle to Judicial Doctrine*, que logró el «Littleton-Griswold Prize».

El libro, publicado en la antesala del bicentenario (en 2001) del nombramiento de John Marshall como *Chief Justice*, se enmarca en la colección «Landmark Law Cases & American Society», de la que aparecen como editores responsables Peter Charles Hoffer y N. E. H. Hull. En el prólogo del libro los editores comienzan diciendo que a primera vista uno podría sorprenderse de cómo un viejo castaño («an old chestnut») como *Marbury v. Madison* podía merecer su inclusión en una serie moderna de casos judiciales decisivos, más aún si se tiene en cuenta que la doctri-