

MARTÍNEZ PÉREZ, E.J. (Coord.), *Cuestiones actuales en torno a la aplicación de normas y obligaciones en materia de derechos humanos. Diálogos interdisciplinares con la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 303 pp.

La obra que se presenta es fruto de III Seminario AEPDIRI sobre temas de actualidad de Derecho internacional público cuya celebración, en principio, estaba prevista el día 27 de febrero de 2020 en la Escuela Diplomática pero, a causa del estado de alarma, hubo de posponerse, por lo que tuvo lugar finalmente el 23 de octubre de 2020 en formato virtual. Los capítulos van precedidos de las palabras previas de la entonces presidenta de nuestra Asociación, la profesora Caterina García Segura, y de una breve presentación del coordinador de la obra, el profesor Enrique J. Martínez Pérez, así como de la conferencia inaugural de la Secretaria de Estado de Asuntos Exteriores, Iberoamérica y El Caribe, Sra. Cristina Gallach. La lección magistral estuvo a cargo de la presidenta del Consejo de Derechos Humanos, la doctora Elisabeth Tichy-Fisslberger. Es una interesante disertación en la que presenta al Consejo de Derechos Humanos como un órgano diplomático y político que hoy está, si no en crisis, al menos sí en fase de transición, cargado con algunas contradicciones ya que, como órgano diplomático, debe mantener sus canales de diálogo y esto pasa, a veces, por la necesidad de depender de la coyuntura política.

La monografía se estructura en tres bloques temáticos claramente diferenciados. La primera parte de la obra se centra en el proceso de reforma del sistema europeo de protección de los derechos humanos y comienza con un análisis del profesor Salinas Alcega sobre el recurso de incumplimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, introducido por el Protocolo nº 14 al Convenio de Roma. El autor presenta un panorama negativo en términos de eficacia, en comparación con la que demuestra el recurso de incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Los fallos que presenta el mecanismo de control de ejecución de sentencias del TEDH se originan, como acertadamente indica el autor, por la naturaleza política del instrumento de control, el Comité de Ministros. La solución de reducción del margen de maniobra de este órgano no parece posible a corto o medio plazo por lo que el autor apuesta por una acción en el plano interno de los Estados, menos atractiva desde el punto de vista jurídico pero más adaptada a la situación actual. Xavier Urizarbarrena Pérez, letrado del TEDH, estudia una novedad introducida en el procedimiento ante el Tribunal, la fase no contenciosa, que parece estar llamada a quedarse si tenemos en cuenta las valoraciones positivas que ha recibido de los servicios jurídicos de los Estados miembros del Consejo de Europa. A pesar de ello, ha recibido críticas, como la falta de claridad en la determinación de los casos a los que se aplica o, aún más importante, que parece favorecer la impunidad frente a las violaciones de derechos humanos, pues los casos se saldan con una transacción pecuniaria sin reconocimiento de culpabilidad por parte del Estado demandado. La contribución de la profesora Yaelle Cacho Sánchez estudia con detenimiento el proceso de elección de los jueces del TEDH, sus condiciones laborales y el proceso de designación de los jueces *ad hoc*, todo ello en el marco de la independencia judicial. Sus conclusiones valoran positivamente las medidas introducidas en el proceso de selección de los jueces, dirigidas a garantizar la legitimidad del proceso y la credibilidad de los candidatos,

limitando a la vez la incidencia política de los Estados. La autora, sin embargo, alude a la necesidad de añadir garantías adicionales para preservar la independencia de los jueces. Cierra esta primera parte la contribución de la profesora Ana Gascón Marcén. Su análisis aborda el papel de las ONG en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo: están bien situadas para saber cuándo los Estados no están cumpliendo los estándares del CEDH y, desde 2017, pueden enviar comunicaciones al Comité de Ministros, las cuales gozan de publicidad gracias a la base de datos HUDOC-EXEC. El sistema ha ido mejorando, la autora resalta en ese sentido la creación de la *European Implementation Network* como apoyo, pero también el hecho de que las ONG tienen su propia agenda, por lo que es necesario contrastar la información que ofrecen.

La segunda parte de la obra se centra en los efectos jurídicos de los pronunciamientos de los órganos expertos de Naciones Unidas, comenzando con un capítulo dedicado al valor de los dictámenes de los comités creados en las convenciones sobre derechos humanos de la ONU y los mecanismos para hacerlos efectivos, elaborado por el magistrado del TS César Tolosa Tribiño. El autor nos presenta el panorama de los altos tribunales españoles, que en su jurisprudencia han sostenido la falta de valor jurídico vinculante de estos dictámenes, lo que cambia con la decisión del TS de 17 de julio de 2018 en la que les reconoce justamente ese valor a los del Comité de la CEDAW. Pero esto debe ser matizado (y criticado) pues el valor de esta sentencia es reconocer que estos dictámenes están llamados a producir efectos jurídicos en España, pero no deben equipararse a decisiones judiciales de tribunales internacionales y distorsiona su naturaleza el afirmar que son actos vinculantes/obligatorios. Sentado este punto de partida, el análisis se centra en los diferentes mecanismos para dar efectividad a estos dictámenes en el Derecho español, explorando en primer lugar las posibilidades del recurso de revisión, tanto en su modalidad administrativa como jurisdiccional, que el autor descarta, para acudir a la vía de la responsabilidad patrimonial como último cauce para obtener la reparación. El análisis detenido de esta posibilidad revela la posible existencia de varios escollos a salvar: un problema de cosa juzgada, la prescripción de la acción de responsabilidad y la determinación del daño.

Siguiendo con el análisis de la actuación de los órganos de tratados de derechos humanos, el profesor Jorge Cardona Llorens analiza su valor jurídico en España. Su contribución se centra en los dictámenes de los Comités de derechos humanos, haciendo referencia a la ya mencionada sentencia del TS que declara la obligatoriedad de los dictámenes de los Comités para España. Para decidir su posición respecto a la citada decisión, el autor reflexiona sobre tres cuestiones: la necesidad de distinguir entre los actos de los órganos de tratados (específicamente, las Observaciones Finales, sin valor jurídico vinculante; los Comentarios Generales, con relevancia jurídica a efectos de interpretación de los tratados y los Dictámenes y las medidas provisionales, cuyo valor dependerá de la reflexión sobre su objeto y fin). El último paso en el análisis es estudiar la aplicabilidad interna de estos actos vinculantes en el plano internacional, lo que plantea problemas tanto de Derecho internacional y como de Derecho interno. Ana Rosa Alija Fernández estudia las garantías de no repetición como una consecuencia autónoma de la responsabilidad del Estado distinta de la reparación y, para ello, analiza la práctica española y evalúa los efectos jurídicos de estas garantías incluidas en los dictámenes condenatorios de los Comités. Si

bien la garantía de no repetición no aparecía expresamente en los primeros casos en los que se establecía la responsabilidad de España, o se hacía tímidamente, en el caso Aarrass el Dictamen del CDH de 2014 ya recoge expresamente esa garantía de no repetición y en el caso Gallastegui Sodupe el CAT lo hace en 2012. En cuanto a los efectos jurídicos de las garantías de no repetición en casos contra España, la autora distingue dos, el efecto reparativo y el recomendatorio. Para la autora el primero es discutible, mientras que el segundo abre la posibilidad de ejercer la función de vigilancia por parte de los comités, ya que les permite incluir en sus Dictámenes recomendaciones a los Estados para el cumplimiento de las obligaciones que han asumido, lo que supone un avance respecto a la referencia genérica habitual de “evitar violaciones semejantes en el futuro”.

M^a del Rosario Carmona Luque, centrándose en el caso del Comité de los Derechos del Niño, estudia el alcance y límites de los órganos de tratados de derechos humanos en el ejercicio de sus competencias, aprovechando la oportunidad que brinda la ya citada sentencia del TS de 2018 citada por otros autores de la obra. Resalta la autora que el CRC no es un órgano jurisdiccional, de hecho, sus componentes no comparten una especialización jurídica y su labor de interpretación y monitoreo da lugar a Observaciones Generales y Observaciones finales, ambas no vinculantes aunque las segundas tengan mayor trascendencia, pues pueden precisar obligaciones derivadas del texto convencional y son invocadas frecuentemente por otros órganos de tratados de derechos humanos, incluidos los órganos jurisdiccionales, lo que puede contribuir a la formación, cristalización o generación de normas de Derecho internacional general. En todo caso, concluye la autora la necesidad de tener en cuenta la singularidad del niño como sujeto de derechos, lo que afecta a las funciones de interpretación y control atribuidas a los órganos establecidos al efecto.

La contribución de Isabel Maravall Buckwalter analiza el “principio de interpretación conforme” del Derecho internacional y cómo este es incorporado e interpretado por los tribunales españoles, concretamente en el polémico caso de la “Manada”. La autora critica la ausencia de referencias a la jurisprudencia internacional en las dos decisiones de los tribunales españoles y presenta varios asuntos ante Tribunales penales internacionales, órganos de tratados (como la CEDAW) y el TEDH que podrían haber servido para la apreciación de violación en este caso nacional. Se echa de menos en las dos decisiones de los tribunales españoles un análisis más profundo que, en opinión de la autora hubiera ayudado a “desarticular los estereotipos y prejuicios de género que son discriminatorios hacia las mujeres, que se enarbolaron en la defensa y que han permeado los medios de comunicación y la opinión pública (...)”.

Alicia María Pastor García estudia la actuación de otro órgano de tratados, el Comité sobre derechos de las personas con discapacidad y, concretamente, las observaciones que formula en relación con reservas y declaraciones interpretativas presentadas por los Estados partes en el Convenio. La autora argumenta sólidamente la capacidad del Comité para evaluar esas reservas y declaraciones interpretativas, pero constata que este órgano evita declararlas contrarias al objeto y fin del tratado y sus manifestaciones suelen quedarse en la expresión de su preocupación, aunque señala algunos ejemplos en los que el Comité sí ha valorado determinadas reservas a la Convención recomendando su

retirada. El siguiente paso es comprobar la respuesta de los Estados a la opinión mostrada por el Comité y el resultado es que, en general, no acatan las Observaciones Finales.

Daniel Iglesias Márquez presenta un trabajo centrado en un futuro Comité sobre empresas y derechos humanos. Efectivamente, el autor señala la existencia de unos Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, pero también adelanta la preparación por parte del CDH de un instrumento internacional vinculante del que existen ya varios borradores y que contiene la propuesta de un Comité de expertos, incluso se ha publicado un proyecto de Protocolo facultativo. El autor estudia el contenido del borrador de instrumento internacional vinculante en relación con el Comité, su composición y su capacidad de emitir Observaciones Finales y Observaciones Generales y afirma el gran potencial en este futuro Comité para identificar lagunas políticas y legislativas en los Estados partes, para formular recomendaciones dirigidas a reparar a las víctimas de abusos corporativos, etc.

Esta segunda parte se cierra con la contribución del profesor Antonio Pastor Palomar relativa al informe que en 2017 adoptó el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en relación a una presunta exclusión de estas personas en el sistema de educación español y consiguiente violación del artículo 24 de la Convención de 2006. En él se constatan las violaciones alegadas por diversas organizaciones de personas con discapacidad y se exhorta a España, en primer lugar, a dar a la Convención el valor que tiene en el Derecho español como elemento interpretativo de las normas internas sobre los derechos de estas personas y, en segundo lugar, a finalizar la adecuación normativa a la Convención, además de la recomendación de llevar a cabo una reforma legislativa. Por otra parte, el Comité solicitó respuesta de España al informe, pidió que el Estado difundiera las conclusiones y recomendaciones del Comité y que se diera seguimiento adecuado a las recomendaciones. España respondió con un rechazo tajante al contenido del Informe. Finalmente, respecto a los efectos que este Informe de 2017 tuvo en el sistema educativo español, la LOMLOE contiene varias disposiciones relacionadas con la Convención de 2006 pero el autor piensa que responden más a una recomendación discutible que a una obligación.

La tercera y última parte de esta obra se centra en el control de convencionalidad en materia de derechos fundamentales y comienza con la aportación del magistrado Angel Luis Hurtado Adrián, sobre este control en el ámbito penal. Para ello, analiza la sentencia del TC 14/2018 que se refiere por primera vez y de manera expresa al control difuso de convencionalidad, lo que en el ámbito penal no plantea problemas nuevos. En el caso se cuestionaba la regresividad de la LO 1/2014 por su carácter restrictivo de la jurisdicción universal frente al carácter absoluto regulado anteriormente en el artículo 23 de la LOPJ. El autor explica que la jurisdicción universal, aunque jurisprudencialmente ha sido conectada al derecho a la tutela judicial efectiva, no es un principio reconocido constitucionalmente ni los tratados internacionales sobre derechos humanos lo introducen en nuestro ordenamiento. Los recurrentes entendían que la LO impugnada vulneraba tanto el artículo 10.2 como el 96 de la Constitución, pero esto se rechaza por el TC reconduciendo el problema al control de convencionalidad: el tribunal no aplicará la norma nacional cuando contraríe un tratado internacional en el que España sea parte. El

autor asimila esta circunstancia a la inaplicación de las normas nacionales en conflicto con el Derecho de la UE, por el juego de los principios de primacía y efecto directo.

Cristina Izquierdo Sans analiza el control de convencionalidad desde la perspectiva internacional, para lo que presenta un panorama detallado de la regulación en España de la aplicación de tratados y los controles que garantizan su aplicación, pasa después a analizar el control de convencionalidad en Europa y en América Latina para terminar con una breve referencia al fundamento jurídico 6 de la polémica sentencia del TC 140/2018. De su detallada y sólida reflexión se concluye que en España existe un control de constitucionalidad concentrado por lo que, sin perjuicio de la participación de los tribunales ordinarios, si se detecta un problema de constitucionalidad en un tratado internacional, será siempre el Tribunal Constitucional el llamado a conocer; en Francia, en cambio convive el control de convencionalidad con el de constitucionalidad, mientras que en Estrasburgo el TEDH ejerce un control de cumplimiento del Convenio por los Estados parte. La Corte Interamericana, finalmente, tiene una labor más complicada, ya que los ordenamientos jurídicos de los Estados parte carecen en muchas ocasiones de un sistema cerrado de aplicación de tratados internacionales, por lo que un control de convencionalidad creado por la Corte sería muy útil. La autora, finalmente, es muy crítica con la sentencia del TC y se pregunta qué aporta al sistema un control de convencionalidad del juez legal para los tratados de derechos humanos.

La contribución de M^a José García-Valdecasas Dorrego se refiere también a la aludida sentencia del TC 140/2018, para lo que presenta previamente los antecedentes y contexto que propiciaron este pronunciamiento y destaca el establecimiento por el artículo 31 de la Ley de Tratados española del principio de prevalencia de los tratados, lo que permitiría un cierto control de convencionalidad que realmente no derivó, en las decisiones anteriores a la de 2018, en inaplicación de la norma interna, sino más bien en su interpretación conforme. La interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la LO 1/2014 permitió la reconsideración de la cuestión al TC que resuelve primero el recurso de inconstitucionalidad atribuyendo a los tribunales ordinarios un control difuso de convencionalidad, que luego revisa al resolver los recursos de amparo teniendo en cuenta los criterios establecidos en el recurso de inconstitucionalidad. Así, la propia sentencia 140/2018 abre la posibilidad de que el TC intervenga en el control de convencionalidad indirectamente a través de los recursos de amparo y, además, pronunciamientos posteriores plantean dudas sobre la posibilidad de descartar el control directo de convencionalidad por el TC.

Frédéric Mertens de Wilmars analiza el control belga de convencionalidad por parte de los jueces nacionales a la luz del CEDH. El autor indica que el control concreto que hace el TEDH ha sido el argumento principal de los jueces belgas para justificar su ejercicio del control de convencionalidad concreto. De este modo, los tribunales belgas hacen suyo un método propio del Tribunal de Estrasburgo, también como manera de evitar una posible condena por parte de ese Tribunal. Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo en su jurisprudencia reciente se replantea la tradicional imposibilidad de un control en abstracto, de hecho, el ejercicio por parte de los jueces nacionales de un control de convencionalidad abstracta no se considera contrario al Convenio Europeo. En todo caso,

ni los tribunales belgas ni el TEDH han establecido una jurisprudencia definitiva y el autor aboga por un análisis en profundidad de las variantes concreta y abstracta del control de convencionalidad.

La última contribución de esta tercera parte es obra de Harold Bertot Triana, que analiza el control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos. Admitiendo el antecedente de Francia, el autor sitúa el origen del control de convencionalidad en el sistema interamericano. Nace como institución judicial que en la jurisprudencia de la Corte ha mostrado un desarrollo poco uniforme. Se distinguen dos dimensiones de ese control: el que realiza la Corte sobre los actos y normas de los Estados en un caso particular y el que realizan los jueces nacionales de las normas y actos internos de un Estado respecto a lo establecido en la Convención y a la interpretación que hace la Corte de ella. El control que realizan los jueces nacionales ha sido muy criticado (en jurisprudencia de la Corte “la Convención no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y de convencionalidad”). Por ello, el autor piensa que no basta con no aplicar las normas que contrarían la Convención, sino que es necesaria su derogación; también que el poder jurisdiccional pueda activar el sistema legislativo por vía jurisdiccional y, además, que haya normativa interna que ordene, regule y fije los límites del control por parte de las autoridades nacionales. Al sistema le falta claridad, pero el autor reconoce una suerte de *control parcelado* que debe dar lugar, en el futuro, a un diseño en el plano interno de los Estados que sea coherente y viable.

En mi opinión, se trata de una obra absolutamente recomendable, muy completa, que aborda los problemas presentes en la aplicación de las normas sobre derechos humanos en el plano internacional e interno de manera bien estructurada y ordenada. Ninguna de las contribuciones es meramente descriptiva, sino que cada una de ellas profundiza en los problemas de manera bien documentada y actualizada, los autores demuestran plenamente su alta especialización en los campos que estudian, su rigor científico y su compromiso personal.

Carmen Tirado Robles
Universidad de Zaragoza