

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 72/2 julio-diciembre 2024

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7222024>

RECENSIONES

SÁNCHEZ MOLINA, Pablo 2021, *La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los derechos humanos en el constitucionalismo global*, Aranzadi, Navarra, 2021, 265 pp. ISBN:9788413900865

<https://doi.org/10.18543/ed.3223>

Fecha de recepción: 14.10.2024

Fecha de aceptación: 09.12.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2024

Derechos de autoría / Copyright

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

Estudios de Deusto

© Universidad de Deusto • ISSN 0423-4847 • ISSN-e 2386-9062, Vol. 72/2, julio-diciembre 2024

<http://www.revista-estudios.deusto.es/>

SÁNCHEZ MOLINA, Pablo 2021, *La «mayor protección» como criterio racionalizador de la fragmentación de los derechos humanos en el constitucionalismo global*, Aranzadi, Navarra, 2021, 265 pp. ISBN:9788413900865

<https://doi.org/10.18543/ed.3223>

Fecha de recepción: 14.10.2024

Fecha de aceptación: 09.12.2024

Fecha de publicación en línea: diciembre de 2024

En un contexto marcado por las complejidades de la globalización, y en particular, por su inherente pluralismo jurídico, SÁNCHEZ-MOLINA presenta una propuesta que aspira, como él mismo reconoce en la introducción de su obra, a «sacar beneficio del potencial de la globalización». Con este loable objetivo, la obra que tengo el placer de reseñar aborda el dilema de la fragmentación del Derecho Internacional (FDI) a través de la cláusula de mayor protección¹, presentándola como una herramienta

para la gestión racionalizada del pluralismo legal.

La obra comienza estableciendo el marco teórico de la investigación bajo un título muy revelador: «la pluralidad de normas como oportunidad para la mayor protección de los derechos humanos: de la fragmentación al constitucionalismo global». Desde esta visión, el autor descarta posicionarse en el debate *unidad versus fragmentación* del Derecho Internacional, optando por abordarlo desde una lógica propositiva a través de la teoría del constitucionalismo global, entendida como «fórmula para revertir la concepción fragmentada del pluralismo normativo» (p. 53). Sin embargo, no se limita a ello, reconociendo un papel aún más significativo a esta teoría que «no solo busca la racionalización del pluralismo normativo[...] sino también la legitimación y limitación del poder» (p. 60).

¹ Nos remitimos a la explicación que sintetiza el autor: «un precepto reconocido en la mayoría de Tratados que, en esencia, limita el uso de un tratado internacional por un Estado parte que lleve consigo una limitación del estándar de protección nacional: la cláusula de la mayor protección de los derechos humanos» (p. 21)

Y desde una perspectiva que traslada los elementos característicos del constitucionalismo al ámbito internacional, el autor concreta el objeto de su estudio: la entidad propia del pluralismo legal en el ámbito de los derechos humanos. Una entidad propia que se manifiesta a través de conflictos interpretativos e institucionales, y que deriva en la distinta protección que se otorga a un mismo derecho.

En este sentido, la obra responde a una preocupación esencial en el marco del Constitucionalismo multinivel y que adelanta Ángel Rodríguez en el prólogo de la misma: ¿qué hacer cuando los estándares de los instrumentos internacionales de derechos son menos protectores que los nacionales? Y es que, si el pluralismo jurídico es inevitable, y su consecuencia es la FDI, urge la búsqueda de mecanismos que fomenten la cohesión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Y con este fin, la obra presenta una herramienta para evitar que la pluralidad jurídica implique su fragmentación, para buscar la cohesión en la pluralidad y, sobre todo, para combatir (si quiera doctrinalmente) la regresión de los derechos humanos.

Para respaldar su propuesta, SÁNCHEZ-MOLINA se remonta en el Capítulo II a los orígenes de la cláusula; y expone con brillantez su trascendencia en el artículo 19.8 de la Constitución de la OIT y su posterior expansión como principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Un principio que permitió aunar la vocación incluyente, propia de los tratados internacionales, con su pretendida eficacia. No obstante, advierte al lector: mientras que la naturaleza sectorial de

la OIT la hace propicia a extensiones *favor-libertatis*, en otros ámbitos, la mayor protección de un derecho puede suponer la limitación de otro. Y en este sentido, destaca que la finalidad con que la OIT introdujo esta cláusula no ha perdurado en otros instrumentos de derechos, en los que ha mostrado una «personalidad diferente». Un hecho que despierta el interés para su estudio en otros instrumentos de protección de los derechos humanos. En particular, los siguientes capítulos analizan la cláusula en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a fin de identificar aquellos elementos comunes de este principio de Derecho internacional para la protección de los derechos humanos.

La comparativa comienza en el marco del Convenio Europeo de derechos humanos que, pese a su consideración como instrumento constitucional del orden público europeo², evidencia una falta de eficacia práctica de esta «cláusula olvidada, residual, ritual e invisible». Por ello, el autor critica su escaso desarrollo jurisprudencial y doctrinal, así como el abismo existente entre su finalidad originaria, plasmada en el tenor literal, y su aplicación práctica. Y es que, el artículo 53CEDH exige para su aplicación que un Estado parte rebaje la protección interna (incluyendo los instrumentos internacionales ratificados) de un derecho a causa de una

² STEDH de 23 de marzo de 1995. Caso *Loizidou c. Turquía* §75.

interpretación del Convenio. Si esta devaluación ocurriera, se estaría vulnerando el propio Convenio, pues, aunque se respetara el estándar mínimo convencional, se estaría vulnerando la cláusula del artículo 53 al no garantizarse la mayor protección de ese derecho. Pero, aunque en teoría la cláusula trata de evitar una *infraprotección* sobrevenida en los ordenamientos jurídicos a causa del estándar convencional; su aplicación no siempre resulta tan evidente, lo que ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a matizar su interpretación hasta casi vaciarla de contenido.

Su complejidad práctica lleva al autor a diferenciar, para su estudio, entre aquellos casos donde su aplicación resulta pacífica y donde resulta conflictiva; lo que sucede frecuentemente por la existencia de un conflicto de intereses, donde la mayor protección de un derecho puede suponer la limitación de otro. Una diferenciación que ha llevado a una parte mayoritaria de la (escasa) doctrina a excluir esos *complicated cases* del ámbito de activación del art. 53 CEDH, un punto en la que difiere el autor: ¿la categorización de un asunto como conflictivo debería suponer la exclusión de la cláusula de mayor protección o requiere, como propone SÁNCHEZ MOLINA, de un juicio de proporcionalidad específico desde el que decidir sobre su aplicación? En este sentido, el capítulo finaliza denunciando la incorrecta aplicación de la cláusula en el ámbito del Consejo de Europa, reclamando un mayor activismo del TEDH y proponiendo «un ámbito aplicativo realista de la cláusula», que podría incluirse en la mayoría de tratados de derechos; y que pone el

foco de atención en el conflicto de intereses. Una propuesta que llevaría al TEDH a desarrollar un «enjuiciamiento aplicativo» del art. 53 CEDH bajo unos criterios objetivos.

Continuando con el análisis de las *distintas personalidades* de la cláusula, el autor salta al Continente americano para analizar las particularidades de esta cláusula contenida en el artículo 29 del CADH. Un artículo «único»³, por agrupar una serie de reglas de interpretación. Aunque estas reglas, desarrolladas en los distintos apartados, no son exclusivas; lo que lleva al autor a señalar sus homólogas en el CEDH: como el artículo 17 del CEDH, similar al apartado a); o el artículo 53, similar al apartado b). que a su vez constituyen, respectivamente, las limitaciones intrínsecas y extrínsecas del Convenio y de la Convención. De hecho, conviene advertir de una idea que se evidencia a lo largo del capítulo: que la *personalidad* de la cláusula contenida en la CADH no deriva tanto de su redacción, que contiene solo alguna sutil diferencia respecto a la del CEDH, sino de su aplicación por la Corte IDH.

En este sentido, SÁNCHEZ-MOLINA observa una diferencia trascendental en el plano interno internacional: mientras que en el ámbito del Consejo de Europa, el Estado parte no puede aplicar el estándar del CEDH cuando sea parte en un tratado que eleve ese estándar protector; en el caso

³ Término empleado por el autor en referencia a la Opinión Consultiva de la Corte IDH OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985.

de la CADH basta con que un Estado miembro sea parte de un tratado con un estándar mayor para que éste le sea aplicado a todos los demás miembros de la CADH⁴. Lo que ha permitido a la Corte IDH elevar el propio estándar de protección de la Convención para alcanzar a otros tratados internacionales. Una aplicación de la cláusula en la que el autor ve una respuesta ante el problema de la fragmentación internacional y que «llevaría a la configuración de una protección internacional de los derechos humanos receptora de los avances de otros instrumentos internacionales» (p. 148).

De este modo, la aplicación de la cláusula en el ámbito de la CADH conlleva lo que el autor ha denominado como un *ius commune al alza*, que sería positivo tanto para la mayor protección del derecho como para contrarrestar, a su vez, la FDI. Mientras que la cláusula en el ámbito del CEDH causa el efecto contrario, en aras de una mayor protección del derecho, su aplicación conllevaría una mayor fragmentación.

Y junto a esa diferencia en la proyección *erga omnes* que despliega la cláusula de mayor protección en el ámbito de la CADH, también se percibe una notable diferencia en cuanto a

su aplicación *automática*. Pues, en tanto que la cláusula ha servido para acoger los estándares nacionales más protectores en el contenido de sus propios derechos, no se requiere que se produzca una limitación por parte de un Estado en la aplicación de otro instrumento de protección. Bastaría con hacer uso de la interpretación más protectora en todo caso.

Tras abordar la cláusula en el marco del CEDH y de la CADH resulta evidente que, dentro de los tratados internacionales de protección de derechos, aun con sus particularidades regionales y sus muchos matices, la cláusula adopta una función de límite dentro del estándar de protección mínimo establecido en los tratados de derechos. De modo que, aun cuando estos marcan, con carácter general, un estándar mínimo de protección; la activación de la cláusula supone que el estándar mínimo es, en realidad, el máximo que marca el Derecho de cada Estado (en el marco del CEDH) o de algún Estado miembro (en el ámbito del CADH). Sin embargo, las lecciones aprendidas no son trasladables al ámbito *sui generis* de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión que obedece a una lógica distinta. Consciente de ello, el autor dedica el Capítulo V a la cláusula del artículo 53 de la CDFUE observando su redacción en perspectiva histórica; su relación con otros preceptos de la Carta; la jurisprudencia emanada del TJUE; y en relación con el concepto de la *identidad constitucional*. Todo ello, a fin de dar respuesta a unas preguntas tan oportunas como complejas: ¿la eficacia del artículo 53 CDFUE se aplica, por igual a la vertiente

⁴ Según el tenor literal del artículo 29, b) de la CADH: «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados».

nacional, internacional y europea?; ¿la mayor protección puede afectar al principio de primacía del derecho de la Unión?; ¿cuáles son los límites de la *identidad nacional*?

En la búsqueda de respuestas a estos interrogantes, el autor parte de una idea fundamental y definitoria de la particular *personalidad* del artículo 53 CDFUE: el principio de primacía del Derecho de la Unión implica que, en el ámbito de competencias de la UE, no nos encontramos con distintos estándares de protección sino uno solo: el de la Unión. Una perspectiva que no está exenta de conflictos, especialmente cuando se enfrenta a la *identidad constitucional* de los Estados. Por otro lado, en las competencias que se han reservado los Estados, el estándar de la Carta no puede desplazar el propio. Estas premisas evidencian la personalidad *sui generis* de la cláusula contenida en el artículo 53 de la Carta, pero no simplifican su aplicación. Así, el desarrollo que lleva a cabo el autor sobre las posibles interpretaciones de esta cláusula a través de la jurisprudencia del TJUE, no solo sirve para comprender su complejidad, sino que llevan al lector a reflexionar sobre el futuro del sistema europeo de derechos y a plantearse si es posible conciliar la mayor protección de los derechos, con la identidad constitucional de los Estados y la primacía, unidad y efectividad del Derecho europeo.

En definitiva, esta obra refleja el profundo análisis llevado a cabo por

el autor, quien ha elaborado una teoría sobre las *distintas personalidades* de la cláusula de mayor protección partiendo de su consideración *originaria* (OIT), donde se constituyó como un principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, para concretarse como una cláusula *olvidada* (en el CEDH); *potenciada* (en el CADH); y *sui generis* (en la CDFUE). Reflejando así la necesaria y oportuna tendencia a repensar conceptos clásicos, y a extrapolar los principios del constitucionalismo a un marco jurídico que deviene más complejo. Una cualidad que lo avala como un trabajo clave para la necesaria construcción teórico-práctica de una cláusula presente en los principales tratados de derechos; que se supo necesaria desde un momento temprano de la internacionalización de los derechos, pero cuya eficacia práctica nos deja más preguntas que certezas. Y es que, mientras que la doctrina ha dedicado un considerable número de investigaciones al necesario diálogo entre tribunales, son pocos quienes se han atrevido con el estudio de esta cláusula que, sin embargo, supone una condición a ese diálogo. Sin duda, esta obra servirá para el desarrollo teórico práctico que esta cláusula requiere a fin de asumir el papel que SÁNCHEZ-MOLINA le augura como «criterio racionalizador de la fragmentación de los derechos humanos en el constitucionalismo global».

María Dolores Requena de Torre.

Universidad Pontificia Comillas

mdrequena@icade.comillas.edu

<https://orcid.org/0000-0002-2609-2594>