

# PARTE 2

## Estudios comparados

## Efectos generales de las sentencias sobre derechos humanos: convencionalidad y constitucionalidad. Algunas notas sobre los casos mexicano y español

*Luis López Guerra\**

### 1. INTRODUCCIÓN

Los sistemas internacionales de protección de derechos humanos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se superponen, cada uno en su ámbito geográfico, a la variedad de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. Estos ordenamientos son resultado de desarrollos peculiares, que han dado lugar también a distintos y heterogéneos sistemas de fuentes y de estructuras políticas, judiciales y administrativas. Como consecuencia, y para hacer posible la efectiva vigencia del Convenio del que son parte, los Estados deben establecer, en atención a sus particularidades, la forma en que los mandatos convencionales deban insertarse en el ordenamiento nacional.

Y ello, al menos, respecto de dos aspectos esenciales. Por un lado, determinando cuál será el nivel normativo que los manda-

---

\* Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid. Exjuez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Durante su mandato de nueve años, fue vicepresidente de sección (2014-2015) y presidente de sección (2015-2017). Fue magistrado del Tribunal Constitucional de España, vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial y Secretario de Estado de Justicia.

tos del convenio ocupan en la jerarquía normativa interna; por otro, precisando cuáles serán los órganos y procedimientos para hacer real y efectiva la garantía de los derechos reconocidos en ese convenio.

Como es evidente, a la hora de verificar (en esta y otras materias) cuál es el sistema de fuentes del Derecho, y cómo se instrumenta la garantía de los derechos de las personas, la atención se dirige (si no únicamente, sí en forma destacada) al texto constitucional, encargado, según la famosa fórmula del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de establecer “la separación de los poderes y la garantía de los derechos”. Será en último término a los mandatos constitucionales a los que habrá que hacer referencia para determinar las vías y medios por los que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cobra vigencia (se “interioriza”) en cada ordenamiento nacional.<sup>1</sup>

A este respecto, paulatinamente, los textos constitucionales han ido incluyendo cláusulas relativas a la posición del Derecho Internacional en los respectivos ordenamientos: en muchas ocasiones también esas cláusulas hacen referencia expresa a la cuestión particular del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Desde esta perspectiva, y en cuanto los instrumentos y normas del Derecho Internacional son objeto de una integración (más o menos precisa) en la Constitución, puede hablarse de una “internalización constitucional” del derecho internacional, y, más concretamente, y en lo que aquí interesa, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pero algunas precisiones terminológicas parecen necesarias.

Conviene precisar, en efecto, qué se entiende por “internalización constitucional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, pues puede que ello se lleve a cabo con una mayor o menor concreción. Cabe que la Constitución haga referencia, sin mayores distinciones, a la posición en el sistema de fuentes de las normas de derecho internacional, sin mención expresa de

---

<sup>1</sup> Me remito, en este aspecto, a mis consideraciones en López Guerra, Luis, “Constitutionality, Conventionality and National Courts”, *New Developments in Constitutional Law. Essays in Honour of Andrés Sajó*, La Haya, Eleven International Publishing, 2018, pp. 259-270.

## Efectos generales de las sentencias sobre derechos humanos...

---

la variedad que supone el derecho que versa sobre la garantía de los derechos humanos; o cabe que la Constitución se refiera, en forma expresa y directa, a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Ejemplo de la primera técnica pudieran ser el artículo 55 de la Constitución francesa, de 1958, o el artículo 115 de la Constitución italiana, tras la reforma de 2007. Ejemplos de la segunda podrían ser el artículo 10.2 de la Constitución española, o el artículo 1 de la Constitución mexicana, tras la reforma de 2011.

Cabría aún (prosiguiendo con este enfoque un tanto escolástico) una precisión adicional: en todo caso, la “internalización constitucional” significaría la integración de un bloque normativo sobre una materia en la Constitución, sin que ello implique forzosamente que esa integración se lleve a cabo confiriendo a las normas en cuestión un rango constitucional.<sup>2</sup>

Si bien no faltan ejemplos de la conversión de los tratados internacionales sobre derechos humanos en normas con rango constitucional<sup>3</sup> —y, por tanto, con la misma fuerza activa y pasiva que las normas constitucionales—, no suele ser esta la fórmula más utilizada: más bien, la línea más frecuentemente seguida parece ser la de efectuar en el texto constitucional una afirmación general de reconocimiento de la fuerza vinculante del derecho internacional (usualmente los acuerdos y convenios, haciendo a veces una referencia a los tratados sobre derechos humanos)

---

<sup>2</sup> A una “constitucionalización” en este sentido “fuerte” (atribución de rango constitucional) parece aludir el juez Ferrer Mac-Gregor cuando indica que “una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del derecho internacional lo constituye otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Control de constitucionalidad, interpretación conforme y diálogo judicial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012, pp. 91-184.

<sup>3</sup> Por ejemplo los que da, respecto de América Latina, Fix-Zamudio, Héctor, “La creciente internacionalización de las Constituciones latinoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, pp. 185-268.

y dejando la precisión de los efectos de ese reconocimiento a poderes distintos del constituyente. Como resultado, el panorama en derecho comparado es muy variado. Hay casos en que la Constitución reconoce explícitamente rango constitucional al derecho internacional de los derechos humanos (p. ej., las constituciones de Guatemala, Colombia, Argentina o Venezuela;<sup>4</sup> y en Europa, la Constitución de Bosnia Herzegovina). En otros casos, ese rango constitucional se confiere genéricamente al derecho internacional, sin referencia expresa a los derechos humanos (Costa Rica).

Una fórmula más flexible sería la de reconocer la primacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno, pero sin otorgarle rango constitucional ni especificar su posición en el sistema de fuentes. La fórmula más amplia consiste en que el reconocimiento de esa primacía se efectúe genéricamente en favor del derecho internacional (acuerdos y tratados) sin referencia a la materia de derechos humanos y sin especificar su alcance, esto es, sin precisar si las normas de ese derecho tienen rango constitucional, o infraconstitucional pero supralegal. Finalmente, como es el caso del artículo 55 de la Ley Fundamental de Bonn, cabe que las normas de derecho internacional se coloquen al nivel de la legislación interna (al nivel de las leyes federales).

En los supuestos en que el rango de las normas de derecho internacional de los derechos humanos —bien con referencia expresa a ellas, bien como parte del derecho internacional— dentro del sistema de fuentes no parece expresamente especificado en el texto constitucional, corresponde a agentes distintos del poder constituyente — esto es, a administración, legislador y tribunales— interpretar los mandatos constitucionales, estableciendo no solo el lugar del respectivo Convenio dentro de la jerarquía de fuentes, sino también, y con evidentes efectos prácticos, los órganos encargados de la garantía de los derechos allí reconocidos. Obviamente, ambos aspectos se encuentran íntimamente conectados. Sin embargo, y como se verá, no puede hablarse, en derecho comparado, de una conexión automática entre el rango

---

<sup>4</sup> Véase Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*

## Efectos generales de las sentencias sobre derechos humanos...

---

constitucionalmente establecido de un convenio internacional y el nivel del órgano que controle su cumplimiento.

Los casos de México y España representan una muestra de que, partiendo de supuestos similares de reconocimiento constitucional del derecho internacional de los derechos humanos —en la variedad arriba apuntada, consistente en la no precisión expresa constitucional del rango interno de ese derecho, más allá del reconocimiento, en forma general, de su fuerza vinculante—, puede llegarse a resultados distintos en cuanto a los mecanismos de garantía y a la especificación de los órganos encargados de esa garantía.

Así, nos movemos en dos marcos normativos distintos respecto del derecho internacional de los derechos humanos: por un lado, en el caso de México, en el marco de la CADH y de su interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y, por otro, en el caso español, en el del CEDH y su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

### 2. EL CASO MEXICANO: ¿CONTROL SUSTANTIVO Y DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD?

Por lo que se refiere a la posición de la CADH en el sistema de fuentes mexicano, la literatura jurídica y la jurisprudencia de los tribunales han venido a completar la regulación constitucional que no establece explícitamente cuál es esa posición en la jerarquía de normas estatales. En lo que atañe a la posición general de las normas de derecho internacional en el derecho mexicano, como ha señalado Héctor Fix-Zamudio, la interpretación tradicional del artículo 133 de la Constitución (siguiendo la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN) respecto del artículo 6 de la Constitución de ese país) colocaba a los tratados internacionales al mismo nivel que las leyes federales.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 185-268, esp. p. 199. Véase también Ortega García, Ramón, *El modelo constitucional de derechos humanos en México. Estudios sobre constitucionalización del Derecho*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.

La SCJN cambió su jurisprudencia en 1999, colocando a los tratados internacionales por encima de las leyes, aunque debajo de la Constitución.<sup>6</sup> Por lo que se refiere concretamente al derecho internacional de los derechos humanos, y en especial a la CADH, su posición evolucionó como resultado de cambios constitucionales y jurisprudenciales. Puede señalarse además que esa evolución se vio profundamente influenciada por la jurisprudencia de la Corte IDH referente a México. Las primeras sentencias condenatorias relativas a este país se produjeron en fecha comparativamente tardía respecto de otros países: se iniciaron en el caso *Castañeda Gutman*, en 2008,<sup>7</sup> y continuaron con la serie de sentencias relativas al fuero militar (*Radilla Pacheco*,<sup>8</sup> *Fernández Ortega y otros*,<sup>9</sup> *Rosendo Cantú y otra*,<sup>10</sup> *Cabrera García y Montiel Flores*<sup>11</sup>).

A raíz de estas sentencias tuvo lugar un proceso de elaboración jurisprudencial que —junto a la reforma constitucional de 2011— vino a conformar una fórmula de integración de la CADH en el derecho doméstico. La comprensión de esta fórmula —compleja y posiblemente aún en fase de evolución— se ve facilitada por las líneas trazadas por la jurisprudencia de la SCJN, a partir de la originada en el proceso de ejecución interna de una de las condenas a México arriba citadas, en el caso *Radilla Pacheco*. La SCJN, en este proceso de ejecución, en su sentencia del caso *Varios 912/2010*, trazó unas directrices iniciales. Estas directrices

<sup>6</sup> SCJN, resolución de 11 de mayo de 1999.

<sup>7</sup> Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184.

<sup>8</sup> Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209.

<sup>9</sup> Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C, núm. 215.

<sup>10</sup> Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.

<sup>11</sup> Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

## Efectos generales de las sentencias sobre derechos humanos...

---

especificaban que no era competencia de la Suprema Corte revisar las sentencias de la Corte Interamericana; que las sentencias de esa Corte relativas a México eran obligatorias para todos los poderes públicos y que, en consecuencia, todos los jueces debían seguir los principios establecidos en esas sentencias, efectuando un control de convencionalidad e inaplicando las normas contrarias al Convenio. En cuanto a los criterios contenidos en sentencias de la Corte IDH en casos no relativos a México, deberían ser orientadoras en la interpretación del derecho.<sup>12</sup> Como se verá, esta última directriz se vería afectada por el desarrollo posterior de la jurisprudencia de la SCJN.

La sentencia de la SCJN en el caso *Varios* se produjo en septiembre de 2011, tras la reforma del artículo 1 de la Constitución de México. Esta reforma vino a incluir a la Constitución mexicana en el grupo arriba mencionado, de aquellos textos constitucionales que, proclamando expresamente la fuerza vinculante de los instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, no precisan con detalle su posición en la jerarquía de fuentes, tanto respecto de los mandatos constitucionales como de los preceptos con rango de ley: “En los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá ser restringido ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la ley establezca”.

La sentencia en el caso *Varios* supone ya en la práctica una precisión y concreción del artículo 1 de la Constitución por lo que se refiere a la posición de la Convención —y de su interpretación por la Corte Interamericana— en relación con las normas internas con rango de ley. El mandato jurisprudencial en relación con el control de convencionalidad implica la eventual inaplicación de esas normas en caso de contradicción con los mandatos de la Convención; y más aún, esa contradicción habrá de apreciarse teniendo en cuenta la interpretación —en los casos relativos a México— de la Corte IDH.

---

<sup>12</sup> García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *op. cit.*, pp. 269-306.

Quedaba evidentemente abierta la cuestión sobre la posición de las normas de la Convención y de su interpretación por la Corte IDH respecto a los mismos mandatos constitucionales. ¿Suponía el carácter “superior” de las normas convencionales sobre derechos humanos en relación con la ley que tales normas habían adquirido carácter y rango de norma constitucional? En este punto, la respuesta es compleja. La Suprema Corte se ocupó de esta cuestión en su resolución de la *contradicción de tesis 293/2011*.<sup>13</sup> El tema a resolver versaba sobre la contradicción entre dos posiciones: la de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos debían ubicarse a nivel de la Constitución (posición del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativas y de Trabajo del Décimo Primer Circuito) y, de forma opuesta, la de que los tratados internacionales en esa materia se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución (posición del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito). La respuesta de la SCJN no deja de ser matizada. En palabras del jurista mexicano Ortega García,

del análisis de la sentencia de la Suprema Corte se deduce que una mayoría de ministros se pronunció en defensa del principio de supremacía constitucional, lo que les llevó a concluir que las normas de la Constitución y las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen igual jerarquía, pero en caso de conflicto, si la Constitución prevé una restricción a un derecho humano en particular, debe prevalecer la propia Constitución.<sup>14</sup>

La sentencia fue objeto de un voto particular muy crítico del ministro Cossío Díaz, que ponía el acento en el carácter equívoco de la resolución, por cuanto afirmaba a la vez la misma jerarquía de los mandatos internacionales sobre derechos humanos y la norma constitucional, por un lado, y sostenía que en caso de restricción constitucionalmente prevista debería prevalecer esta, por el otro.

---

<sup>13</sup> SCJN, sentencia de 3 de septiembre de 2013.

<sup>14</sup> Ortega García, Ramón, *op. cit.*, p. 94. Por cierto que el autor añade inmediatamente: “Es obvio que esta idea es contradictoria”.

## Efectos generales de las sentencias sobre derechos humanos...

---

En todo caso, lo que sí dejó claro la sentencia en *contradicción de tesis* fue que la jurisprudencia de la Corte Interamericana en interpretación de la Convención, incluso en aquellos supuestos en que el Estado mexicano no hubiera sido parte en el procedimiento, tendría fuerza vinculante para las autoridades (incluida la judicial) de ese Estado, yendo pues más allá en este aspecto de lo establecido en la sentencia en el caso *Varios*.

Cabe destacar que, hasta el momento, el resultado de este desarrollo ha sido una situación en la que la jurisprudencia de la SCJN ha sido el agente de la forma específica mexicana de la “internalización” del derecho internacional de los derechos humanos (y particularmente de la CADH) partiendo de unas —más bien— genéricas disposiciones constitucionales, y viniendo a precisar, hasta el momento, y según las resoluciones indicadas, la posición de la Convención en el sistema de fuentes, la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH y los órganos encargados de poner en práctica la efectiva vigencia de la Convención, incluso en supuestos de colisión con el derecho interno.

Este último punto resulta de especial relevancia para el jurista práctico, en cuanto que determina ante qué órganos y mediante qué procedimientos ha de hacerse valer, en su caso, la primacía del derecho convencional. En este aspecto, la sentencia en el caso *Varios* vino a recoger la posición de la Corte Interamericana respecto del control de convencionalidad. Como es sabido, de acuerdo con esta doctrina, a partir de la sentencia en el caso *Almonacid Arellano y otros*,<sup>15</sup> la primacía del derecho convencional sobre el nacional conduce a la no validez jurídica de las normas internas irreconciliables con los mandatos de la Convención y, por ende, a su no aplicabilidad por las autoridades nacionales. El control de convencionalidad se ejerce tanto por la Corte Interamericana como por los órganos judiciales nacionales: y se trataría de un control *ex officio*, realizado en relación con las normas convencionales según su interpretación por la Corte IDH. Ciertamente, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso*, esta Corte

---

<sup>15</sup> Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124.

ha señalado que ese control deberá llevarse a cabo dentro de las peculiaridades del ordenamiento procesal de cada país.<sup>16</sup>

La Corte IDH no se ha pronunciado específicamente sobre si el control de convencionalidad, dentro de cada Estado, debe corresponder, en forma general, al juez competente para conocer del caso en cuestión (supuesto de control difuso de convencionalidad) o si puede —o debe— corresponder, dentro de cada país a un órgano especializado (control concentrado).<sup>17</sup> En principio, y salvo lo que pudiera resultar de desarrollos jurisprudenciales posteriores, podría aventurarse que, de acuerdo con *Almonacid Arellano* y jurisprudencia posterior, la doctrina del control de convencionalidad implica, al menos por defecto, la existencia de un control difuso; esto es, a menos que las normas internas — constitucionales, legales o jurisprudenciales— no dispongan otra cosa, ese control corresponderá al juez ordinario que deba aplicar la Convención, si encuentra que el derecho interno entra en colisión con ella.

No han faltado opiniones en favor del control difuso como principio general, resultado de *Almonacid Arellano* (así en el voto particular del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el caso *Cabrera García y Montiel Flores*).<sup>18</sup> En cualquier caso, esta ha sido la fórmula adoptada por el ordenamiento mexicano a partir de la sentencia de la Suprema Corte en *Varios*. Se configura así un modelo en el que la primacía del derecho convencional de los derechos humanos se traduce en la inaplicabilidad, por el juez ordinario, de la normativa interna en los supuestos de contradicción con los mandatos sustantivos de la Convención. La sentencia en la *contradicción de tesis* referida viene además a suponer un desarrollo

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, núm. 158, párr. 128.

<sup>17</sup> La Corte Interamericana ha precisado que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”. Corte IDH. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C, núm. 276, párr. 124.

<sup>18</sup> Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, cit., Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor.

## Efectos generales de las sentencias sobre derechos humanos...

---

de *Varios*, por cuanto confiere a la jurisprudencia de la Corte IDH un efectivo carácter *erga omnes*; tanto la generada en los casos en que México hubiera sido parte como, en forma general, en todos los demás casos, aun cuando el Estado mexicano no hubiera participado en ellos. En forma quizás simplificadora podría caracterizarse, desde esa perspectiva, el modelo mexicano, como de control sustantivo y difuso de convencionalidad.

### 3. EL CASO ESPAÑOL: ¿CONTROL SUSTANTIVO CONCENTRADO DE CONVENCIONALIDAD?

Partiendo de supuestos, al menos en parte similares a los presentes en el ordenamiento mexicano, en España se ha puesto en práctica (hasta muy recientemente, como se verá) un modelo distinto de “internalización del derecho internacional de los derechos humanos”, en lo que se refiere al CEDH<sup>19</sup> y de su interpretación por el Tribunal Europeo. Tanto el ordenamiento mexicano como el español incluyen en sus respectivas constituciones cláusulas (art. 1 de la Constitución mexicana y art. 10.2 de la Constitución española) relativas a la inserción en el derecho interno del derecho internacional de los derechos humanos. En ambos casos, tales cláusulas no proceden a una especificación de cuál sea el rango normativo, en derecho interno, de las respectivas convenciones y, como consecuencia, esa especificación —relativa tanto al rango normativo, como a la determinación de los órganos judiciales competentes en caso de conflicto— ha debido ser efectuada por vía legal y, sobre todo, jurisprudencial.

Ahora bien, en ambos casos se ha llegado a conclusiones diferentes, tanto en aspectos sustantivos como procedimentales. Cabe señalar que en el caso español, el desarrollo jurisprudencial ha conducido a un modelo en que el control de convencionalidad se confunde con el control sustantivo de constitucionalidad, y donde tal control tiene un carácter concentrado, encomendado al Tribunal Constitucional, y no, como en el caso mexicano, a los jueces ordinarios.

---

<sup>19</sup> Otro sería el caso en el supuesto de la Carta Europea de Libertades Fundamentales, que queda fuera de la presente exposición.

El proceso de “internalización constitucional” del Convenio Europeo puede comprenderse más fácilmente si se tiene en cuenta el significado que este ha tenido en el desarrollo del sistema constitucional español actual. Durante la larga dictadura del general Franco, todas las corrientes democráticas de la opinión jurídica española consideraban que los modelos establecidos por las democracias europeas, sobre la base de los principios comunes recogidos en el Convenio, representaban el ejemplo a seguir para la construcción de un sistema constitucional democrático homologable a los del entorno europeo. Un objetivo esencial durante el periodo de transición de la dictadura a la democracia fue la integración de España en el sistema del Convenio. España ingresó en el Consejo de Europa en 1977, inmediatamente tras las elecciones de junio de ese año, primeras en la democracia. Como ejemplo del significado del Convenio en el proceso constituyente posterior a las elecciones, baste señalar que durante la tramitación del nuevo texto constitucional se llegó a proponer formalmente por el partido mayoritario en el congreso de los diputados que, en lugar de incluir en la Constitución una tabla de derechos, se efectuara simplemente una remisión al respecto en la Constitución a los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos y señaladamente al Convenio. Tal proposición no fue aceptada, pero muestra la existencia de un estado de opinión claramente favorable a la sujeción a los mandatos convencionales. Poco después de la entrada en vigor de la nueva Constitución, España ratificó el Convenio y reconoció la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo en los procedimientos de garantía convencionales.

La “internalización constitucional” del Convenio se llevó a cabo, en el texto fundamental, mediante dos vías. Así, respecto de la posición general en el ordenamiento jurídico español, de los tratados y acuerdos internacionales, el artículo 96.1 de la Constitución adoptó un enfoque monista: los acuerdos y tratados válidamente ratificados por España, tienen fuerza vinculante a partir de su publicación. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional,<sup>20</sup> esos acuerdos y tratados están subordinados a

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España (STC) 137/89, de 20 de julio de 1989 (BOE núm. 190, de 10 de agosto de 1989), y declaración 1/1992, de 1 de julio de 1992 (BOE núm. 177, de 24 de julio de 1992).

## Efectos generales de las sentencias sobre derechos humanos...

---

la Constitución, pero su fuerza normativa es superior a la de las leyes. Las previsiones de un tratado internacional no pueden verse alteradas por la ley parlamentaria. En caso de conflicto entre las previsiones de un tratado y las contenidas en una ley, los mandatos del tratado tendrán primacía a la hora de su aplicación por las autoridades.<sup>21</sup>

Como se pudo señalar, ello podría significar que, en cuanto tratado internacional, ratificado por España, las disposiciones del Convenio deberían gozar de fuerza vinculante inmediata, también en caso de conflicto con el derecho interno. No obstante, la posición constitucional del Convenio ha sido interpretada, hasta muy recientemente, de forma distinta, a partir de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En la práctica, ha sido este artículo constitucional (y no el art. 96 de la Constitución) el que ha guiado la actuación de los tribunales españoles —y especialmente del Tribunal Constitucional— a la hora de decidir sobre el rango de las normas convencionales sobre derechos humanos, la resolución de los posibles conflictos entre derecho convencional y derecho interno y los órganos jurisdiccionales competentes para decidir sobre tales conflictos.

Como se ha señalado, el Tribunal Constitucional ha establecido que los tratados internacionales, aun disponiendo de una fuerza normativa superior a las leyes aprobadas por el Parlamento, están sujetos a la Constitución. En consecuencia, el Convenio Europeo, en cuanto tratado internacional, no tiene rango constitucional. Por ello, el Tribunal Constitucional estima que los mandatos del Convenio no pueden ser utilizados directamente como término de referencia para determinar la constitucionalidad o

---

<sup>21</sup> STC 49/88, de 22 de marzo de 1988 (BOE núm. 89, de 13 de abril de 1988) y, STC 26/91, de 11 de febrero de 1991 (BOE núm. 64, de 15 de marzo de 1991).

inconstitucionalidad de una norma con rango de ley.<sup>22</sup> En otras palabras, el Tribunal Constitucional no declarará inconstitucional una ley simplemente porque sus previsiones sean contrarias a alguna cláusula del Convenio, o de sus protocolos, si tal cláusula no se corresponde con algún precepto constitucional. Pues será la Constitución, y no los tratados internacionales, el único punto de referencia para emitir un juicio de constitucionalidad sobre una norma con rango de ley.

Ahora bien, ello no significa que el Convenio no tenga relevancia a la hora de decidir sobre la constitucionalidad de una norma legal. Desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional estableció que, como resultado de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, los derechos fundamentales deberían ser interpretados según los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos, y señaladamente a la luz del Convenio Europeo. De ello deriva que, al examinar la compatibilidad de una norma legal con un derecho fundamental recogido en la Constitución, el Tribunal deberá tener en cuenta el contenido de ese derecho en el Convenio, así como la interpretación de ese contenido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo, jurisprudencia que posee, según el Tribunal Constitucional, un “singular valor interpretativo”.<sup>23</sup>

Teniendo en cuenta que los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española son prácticamente idénticos a los reconocidos en el Convenio y sus protocolos, en la gran mayoría de los casos una vulneración de un derecho reconocido en el Convenio supondrá también la vulneración de un derecho fundamental reconocido en la Constitución. En otras palabras, la vulneración de un derecho convencional implicará la vulneración “sustantiva” de un derecho fundamental. En los reveladores términos de la sentencia 36/91,

[...] el artículo 10.2 C.E. [...] no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución,

<sup>22</sup> STC 64/91, de 22 de marzo de 1991 (BOE núm. 98, de 24 de abril de 1991).

<sup>23</sup> STC 50/1989, de 21 de febrero de 1989 (BOE núm. 62, de 14 de marzo de 1989).

## Efectos generales de las sentencias sobre derechos humanos...

---

pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución [...].<sup>24</sup>

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, la violación de un derecho del Convenio, reconocido en la Constitución, es una violación de la Constitución.<sup>25</sup>

Lo que deriva de este enfoque es claro. En el sistema español, el Tribunal Constitucional ostenta el monopolio del control constitucional de las normas legales. Por ello, si un tribunal ordinario, en la resolución de un caso, considera que una norma con rango de ley aplicable al mismo es contraria al contenido, según la interpretación del TEDH de un mandato del Convenio, correspondiente a un derecho recogido en la Constitución y, en consecuencia —y a la vista de la identidad entre los mandatos convencional y constitucional—, contraria a un derecho fundamental en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, deberá, antes de emitir una decisión sobre el caso planteado, elevar al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad sobre la norma afectada, ya que un juez ordinario no puede juzgar por sí mismo sobre la adecuación a la Constitución de una norma con rango de ley.

De esta forma, quien decide en último término sobre la compatibilidad entre las normas internas y los mandatos del Convenio es el Tribunal Constitucional. Este Tribunal, cuando decide sobre estas materias, no procede pues a declarar que una ley es inconstitucional por oponerse a los mandatos del Convenio, leídos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo; lo que hace es declarar que lo dispuesto en esa ley se opone a un derecho reconocido en la Constitución. Desde esa perspectiva, el control de convencionalidad ejercido por el

---

<sup>24</sup> STC 36/91, de 14 de febrero de 1991 (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991), f. 5.

<sup>25</sup> STC 245/91, de 16 de diciembre de 1991 (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1992), f. 3

Tribunal Constitucional es equivalente a un control sustantivo de constitucionalidad (se examina el contenido de la ley en cuestión y su compatibilidad sustantiva con un mandato de la Constitución, a la luz del Convenio). Se trata pues de un control de convencionalidad-constitucionalidad concentrado, esto es, efectuado exclusivamente por un órgano, el Tribunal Constitucional. El juez ordinario puede colaborar en este control, planteando la cuestión de inconstitucionalidad, pero la decisión última corresponde sólo al Tribunal Constitucional. Decisión que, al versar sobre un juicio de constitucionalidad, tendrá como efecto, si la conclusión es negativa, un pronunciamiento no solo de inaplicabilidad, sino más rotundamente, de nulidad radical de la norma impugnada.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha introducido recientemente algunas novedades al respecto. Debe señalarse que se ha suscitado una cierta discusión en España (paralelamente a desarrollos similares en América Latina) respecto de la posibilidad de introducir en España lo que podría llamarse un control difuso de convencionalidad. La Constitución reserva al Tribunal Constitucional la tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes, excluyendo a los jueces ordinarios. Y, no obstante, como se ha indicado y según la Constitución, los tratados internacionales se ubican en un rango superior al de las leyes. Ello significa que si una ley contradice la previsión de un tratado internacional, deberá aplicarse, en principio, preferentemente el mandato del tratado y no la ley que lo contradiga. Según la más extendida opinión académica –y mantenida por el Tribunal Constitucional–, tal ley no tiene por qué considerarse inconstitucional, sino simplemente no aplicable al caso.

Como consecuencia, se ha propuesto por parte de la doctrina que, aplicando el artículo 96.1 de la Constitución, cuando un juez considere que una ley es contraria al Convenio Europeo, interpretado por el TEDH, no necesitará plantear una cuestión “sustantiva” de constitucionalidad al Tribunal Constitucional, sino que podrá proceder inmediatamente a ignorar la ley interna y aplicar en su lugar la disposición (interpretada por la jurisprudencia del TEDH) del Convenio. Según esta interpretación, el Tribunal Constitucional conservaría su función de control

## Efectos generales de las sentencias sobre derechos humanos...

---

concentrado de constitucionalidad, mientras que los tribunales ordinarios mantendrían un control difuso de convencionalidad.<sup>26</sup>

Esta propuesta de control difuso de convencionalidad ha encontrado una sorprendente respuesta confirmatoria por parte del Tribunal Constitucional en su ya citada sentencia 140/2018. En ella, y tras citar expresamente la doctrina de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano y otros*, el Tribunal Constitucional estableció que:

El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE<sup>27</sup> (cursivas añadidas)

Queda por ver si el Tribunal Constitucional mantiene en el futuro esta línea, expresada hasta el momento en una sola sentencia.

---

<sup>26</sup> Sobre el control “difuso” de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH véase, por ejemplo, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, Este enfoque ha recibido una acogida mixta en España. Algunos constitucionalistas como Jimena Quesada han apoyado esa postura. Véase Jimena Quesada, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013. Otros constitucionalistas, como Ferreres Comella consideran que tal sistema “difuso” socavaría el sistema de control constitucional de las leyes. Ferreres Comella, Víctor, “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”, en Saiz Arnaiz, Alejandro y Zelaia Garagarza, Maite, *Integración europea y poder judicial*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2007, pp. 231-270.

<sup>27</sup> STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018 (BOE núm. 22, de 25 de enero de 2019), f. 6.

BIBLIOGRAFÍA

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.) *Control de constitucionalidad, interpretación conforme y diálogo judicial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012.
- FERRERES COMELLA, Víctor, “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y ZELAIA GARAGARZA, Maite, *Integración europea y poder judicial*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2007.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “La creciente internacionalización de las constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Control de constitucionalidad, interpretación conforme y diálogo judicial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Control de constitucionalidad, interpretación conforme y diálogo judicial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa-UNAM, 2012.
- JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “Constitutionality, Conventionality and National Courts”, *New Developments in Constitutional Law. Essays in Honour of Andrés Sajó*, La Haya, Eleven International Publishing, 2018.
- ORTEGA GARCÍA, Ramón, *El modelo constitucional de derechos humanos en México. Estudios sobre constitucionalización del Derecho*, México, Tirant lo Blanch, 2013.