Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

CAPÍTULO XIII

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONTROL DE EUROPIEDAD

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

PRESENTACIÓN

Raúl Canosa Usera
Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid

La noción de control de constitucionalidad, nacida del principio de supremacía de la constitución, se ha acabado imponiendo en ámbitos donde de una u otra suerte se proyectan los principios del Estado constitucional. Me refiero al Derecho internacional de los derechos humanos y asimismo al de la integración supranacional. Ha surgido así un escenario de pluralismo constitucional caracterizado porque hallamos los elementos esenciales del Estado constitucional, incluyendo mecanismos de control (convencionalidad y europeidad, en otros ámbitos diferentes del estatal; y lo más notable de todo estos ámbitos aspiran a superponerse a lo estatal, pero como éste es el único que deriva de una manifestación de la voluntad popular expresada en el momento constituyente, sólo operando en los ámbitos comunitario y convencional desde principios igualmente constitucionales podía aspirarse a imponer las decisiones de sus respectivos intérpretes supremos a la del intérprete supremo estatal. Pues, en definitiva, se trata de que la voluntad de aquellos prevalezca sobre la de este, la única que tiene su fuente de legitimidad en la voluntad constituyente.

Las contradicciones que este pluralismo constitucional provoca son evidentes y la línea argumental para superarlas ha consistido justamente en referirse a tal pluralismo para resaltar los rasgos constitucionales tanto de la interpretación en espacios internacionales, de protección de los derechos sobre todo, como de la propia de la Unión Europea. Y ante la falta de una legitimación constituyente directa de estos ámbitos se ha invocado la noción de superioridad de los tratados y del derecho de la Unión Europea. El colofón tenía que ser la puesta marcha de los respectivos controles: el de convencionalidad y el de comunitariedad o de europeidad. Ambos se miran en el espejo del control de constitucionalidad porque todos ellos arrancan de su propio canon de enjuiciamiento y necesitan un intérprete supremo que lo haga valer.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

El pluralismo constitucional produce inexorablemente un pluralismo de controles y como casi mecánicamente han de ordenarse los términos temporales de los respectivos pronunciamientos que no siempre pueden repartirse a la luz del criterio de competencia, la determinación de quién dice la última palabra acaba siendo el punto crucial en la ordenación de cómo aparecen en escena los diversos órganos de control. En esta concurrencia se da la paradoja de que el único intérprete que cuenta con una genuina legitimación constitucional, el supremo intérprete estatal sin embargo no es quien dice la última palabra, así que deja de ser en realidad el supremo porque lo son el convencional o el comunitario. Para complicar las cosas entre estos dos últimos también surgen problemas de articulación como ha demostrado la frustrada hasta ahora adhesión de la Unión Europea al CEDH que habría colocado al TEDH por encima del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales.

Sea como fuere lo cierto es que la legitimación de los tribunales supranacionales (la Corte Interamericana, el TEDH o el TJUE) tiene que derivar remotamente de la voluntad constituyente y la tarea de sus máximos intérpretes fundarse en la asimilación de los principios constitucionales, porque de lo contrario aparecen las siempre latentes llamadas de atención de los máximos intérpretes nacionales que, invocando su directa legitimación constitucional, tienden erigirse en últimos baluartes de los principios constitucionales que conforman su identidad constitucional, basada sobre todo en los derechos y en el principio democrático.

No es extraño, pues, que la interpretación llevada a cabo por los intérpretes supranacionales presente las características propias de la interpretación constitucional y que vaya en la vanguardia, porque sólo así, mediante una legitimación de ejercicio, se hace tolerable. La célebre doctrina Solange del Tribunal Constitucional alemán o el control de constitucionalidad de la interpretación del TEDH por parte de la Corte Constitucional italiana son muestra —estas conciliadoras— de lo dicho. En contraste, el pasavante venezolano o un instrumento similar introducido por el Tribunal Constitucional ruso acreditan una beligerante afirmación de la Constitución nacional frente al control de convencionalidad. La necesaria impregnación constitucional del control de convencionalidad y del de comunitariedad que venimos apuntando propenden a esa conciliación necesaria entre todos ellos, basada en la materia común que comparten y en el modo, también común, de interpretarla.

Mientras que el control de constitucionalidad reposa sobre el principio de supremacía de la Constitución, el de europeidad lo hace sobre el de primacía del Derecho de la Unión que no se refiere a la superioridad de la norma cimera de un ordenamiento sobre el resto de las que lo forman sino de un entero ordenamiento, el de la Unión, sobre las normas de otros, los estatales, con los que aquél comparte tanto el ámbito espacial como personal de validez. Y la concurrencia de los or-

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

denamientos ha de resolverse no con la nulidad de las normas de uno sino con su desplazamiento, así que el juez nacional deberá dejar de aplicar la norma nacional cuando exista norma comunitaria; y si tiene alguna duda deberá plantear cuestión prejudicial para que el TJUE se pronuncie. En todo caso la norma nacional subsiste pues el juez nacional no puede anularla, esto es competencia del respectivo tribunal constitucional que sólo puede anular la norma interna contraria a la Constitución, nunca por infringir el Derecho de la Unión.

En relación con el control de convencionalidad hablamos de unas normas, los tratados, que se integran en los ordenamientos estatales, en la posición que el respectivo sistema de fuentes estatal disponga (como normas de rango constitucional, superior a la ley, equiparable a la ley u otras). Es una gran diferencia respecto al derecho de la Unión Europea. Sin embargo, a menudo tales tratados tienen con frecuencia encomendada su interpretación suprema a un órgano internacional, a veces un verdadero tribunal cuya jurisdicción los Estados se comprometen a respetar. La infracción de tales tratados se produce, bien por actos sin valor de ley o bien mediante leyes, lo que origina el control de convencionalidad, así bautizado en su génesis por el entonces ministro de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez.

El control de convencionalidad principal lo hace desde luego el órgano internacional encargado de la defensa, interpretando la respectiva convención (el TEDH o la Corte Interamericana, por ejemplo), pero también debería hacerse internamente para detectar las posibles infracciones y evitar la posterior condena internacional. Bien es cierto que sólo la Corte Interamericana ha impuesto a los Estados la obligación de efectuar ese control interno de convencionalidad a la luz de la convención y de su interpretación efectuada por la Corte (bloque de la convencionalidad). Tal cosa no la ha impuesto el TEDH que puede limitarse a esperar que lleguen los casos para imponer a los Estados su propio entendimiento de los derechos fundamentales. Aun así países como España han acogido la noción de control de convencionalidad interno (STC 140/2018) como corolario necesario de la implicación estatal en el cumplimiento de las exigencias derivadas de la ratificación de un tratado internacional.

Cuando hablamos de control de convencionalidad cabe a mi juicio imaginar una doble intensidad de tal control: el fuerte y el débil; fuerte sería el control en sentido estricto que debería en potencia concluir o bien con la nulidad de la norma interna contraria al bloque de la convencionalidad, o bien con su inaplicación en el caso concreto; dependería de cómo se articulase el control interno de convencionalidad, por cauces difusos o concentrados. El otro tipo de control sería el débil o interpretación conforme; nuevamente aparece aquí la idea de autocontrol y de deferencia con el legislador democrático cuando es posible evitar la cancelación de la norma controlada mediante su interpretación conforme al bloque de la

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

convencionalidad; es mejor utilizar esta vía que la más expeditiva de la anulación o de la inaplicación.

El artículo 10.2 de la Constitución española contempla la interpretación conforme respecto a los tratados sobre derechos, al disponer que los derechos constitucionales se interpretarán conforme a la Declaración de derechos humanos de Naciones Unidas y los tratados en la materia ratificados por España. Además, el Tribunal Constitucional español amplió el alcance de esta cláusula al considerar la jurisprudencia del TEDH y también la del TJUE en materia de derechos, conformando así el contenido esencial de los derechos fundamentales españoles, armonizados con los parámetros fijados por estos tribunales, singularmente el TEDH, consiguiendo de paso que España haya sufrido, comparativamente, muy pocas condenas de este tribunal.

Son muchos los problemas técnicos que subsisten en la articulación simultánea de los controles de constitucionalidad, convencionalidad y europeidad. Uno importante es el de delimitar quién los efectúa internamente, porque si el primero es concentrado y el último —el de europeidad— necesariamente es difuso ¿conviene que el de convencionalidad se reserve al tribunal constitucional, como ha sentado la Corte constitucional italiana? o, como estableció la citada STC 140/2018, ¿del control difuso, deben ocuparse todos los órganos jurisdiccionales ordinarios que, en caso de conflicto, han de aplicar los tratados porque éstos prevalecen sobre las normas nacionales? La STC 140/2018 pone en manos de los jueces ordinarios españoles la posibilidad de la que carecen respecto del control de constitucionalidad, pues tanto cuando aprecian contradicción con el derecho de la Unión como cuando se vulnera un tratado internacional pueden dejar de aplicar la norma nacional, a pesar de que la legitimidad democrática del juez español reposa en su sumisión a la ley (artículo 117.1 constitucional).

El juez nacional en estos casos puede, si tiene dudas, plantear respecto al Derecho de la Unión cuestión prejudicial para que sea el TJUE quien efectuó el control de europeidad del derecho nacional, pero no podrá hacerlo en relación con los tratados, ni siquiera respecto al CEDH ni aun cuando España ratificase el Protocolo 16 (pues sólo los máximos tribunales nacionales están legitimados y previsiblemente en España serán el Tribunal constitucional y el Tribunal Supremo). Cabe imaginar una cuestión de inconstitucionalidad, pero el Tribunal Constitucional ya ha afirmado que a él no corresponde evacuar control de convencionalidad, así que ante el Tribunal Constitucional sólo podría el juez plantear una cuestión de inconstitucionalidad invocando el artículo 10.2 citado.

Así las cosas, al juez ordinario español se le plantea la encrucijada de bien aplicar la norma nacional cuando está entre en conflicto con la convencional pues ésta prevalece sobre aquella, o puede tratar de interpretar la norma nacional conforme a los tratados, lo que en referencia a las convenciones sobre derechos debe-

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

ría hacer *ex* artículo 10.2 CE, sin correr el riesgo de infringir el artículo 117.1 CE (sometimiento del juez a la ley) o el artículo 24 CE, en virtud del cual el juez está obligado aplicar las leyes pertinentes, pues si no lo hace lesionaría un derecho fundamental, lesión que, como el Tribunal Constitucional se ha ocupado de recordar podría llegar a su conocimiento vía recurso de amparo. Resulta así que el Tribunal Constitucional acaba convirtiéndose potencialmente en controlador del modo en el que el juez ordinario realiza el control de convencionalidad para que, al efectuarlo, no lesione derechos constitucionales.

Por otro lado, del control de convencionalidad efectuado por los jueces inferiores se ocupará también el Tribunal Supremo cuando revise los casos en los que se hubiera inaplicado la ley nacional para aplicar un tratado. El control de convencionalidad del Tribunal Supremo se impondrá claro está al efectuado por los órganos judiciales inferiores.

También importante, en el esquema del control de convencionalidad difuso como el que se está conformando en España y que puede repetirse en otras experiencias nacionales, es el del juicio de aplicación. Si como parece disponer el artículo 31 de la ley española de tratados y acuerdos internacionales, la prevalencia de los tratados se ha de traducir en el desplazamiento de una norma nacional para aplicar la internacional, esta habrá de presentar la característica de ser directamente aplicable (lo que también sucede en los casos de aplicación directa del derecho de la Unión Europea). No cabría pues dejar de aplicar una norma nacional so pretexto de su inconvencionalidad para aplicar otra norma nacional que, apreciara juez del caso, no sea inconvencional. Este supuesto, sin embargo, se ha producido en España y es lógico en la medida en que las normas convencionales, singularmente las reconocedoras de derechos, carezcan de supuesto de hecho, son principios que necesitan concreción. El problema está lejos de haberse resuelto y requerirá pronunciamientos tanto del Tribunal Supremo como, acaso también, del Tribunal Constitucional.

Sobre estos asuntos y otros hablarán los excelentes ponentes que me acompañan en esta mesa.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es