

¿ES POSIBLE EL CONTROL PLENO DE CONVENCIONALIDAD EN ESPAÑA?

Raúl CANOSA USERA*

SUMARIO: I. *El control de convencionalidad, último fruto de laboratorio constitucional iberoamericano.* II. *La situación en Europa.* III. *La experiencia española.* IV. *Conclusión.*

I. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, ÚLTIMO FRUTO DE LABORATORIO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO

La Corte de San José, a pesar de haber dictado muchísimas menos sentencias que su homólogo europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha aportado hitos extraordinarios, tanto en lo que hace a la interpretación de los derechos convencionales como en lo que atañe a la posición de la Corte. Acerca de lo primero, recuérdese su creación del concepto de desaparición forzada de personas. Por lo que toca lo segundo, la exuberante y revolucionaria teoría y práctica del control de convencionalidad, tanto de la Corte misma como el control irradiado a los tribunales nacionales.

Bien es cierto que la mayor longevidad y el mayor número de casos resueltos por el Tribunal Europeo han ejercido notable influencia en la jurisprudencia de la Corte de San José, pero no es menos cierto que las soluciones de ésta también han influido en la jurisprudencia del TEDH.¹ Ahora bien, la última gran aportación de la Corte, el llamado “control difuso de convencionalidad”,² no es fácil de recibir en el sistema europeo, por las ra-

* Catedrático de derecho constitucional, Universidad Complutense.

¹ Acerca de la comunicación entre ambos sistemas, *cf.* García Roca, Javier *et al.*, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo”, en García Roca, Javier *et al.* (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Thomson Reuters, 2012, pp. 66 y ss.

² El más importante y consciente intento de elaborar una teoría acerca del control difuso de convencionalidad se debe a Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell,

ziones que trataremos de explicar, al menos no totalmente como se tiende a practicar en el sistema interamericano. En éste aparece como una consecuencia natural que la Corte ha ido creando pretorianamente y que, no sin conflictos con algunos Estados, ha venido siendo aceptada por las jurisdicciones nacionales. Veamos este proceso e indaguemos en las posibilidades de su recepción en Europa, en particular en España.

Se decía que Francia era el laboratorio constitucional de Europa; un pueblo tan inteligente como el francés se entretenía experimentando soluciones constitucionales a los problemas políticos que afrontaba. Hoy esta caracterización debe atribuirse a los países de Iberoamérica, cuyas Constituciones son un prodigio de originalidad, así como al discurrir del sistema interamericano de derechos humanos. Y cuando prevalece el prurito de originalidad, en ocasiones se yerra, pero los aciertos, cuando se producen, causan admiración. Uno de tales aciertos parece ser el control de convencionalidad.

1. *El intenso proceso interamericano de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos*

La originalidad latinoamericana sobrepasa el marco estatal para plantearse asimismo en el derecho internacional de los derechos humanos. Se han tomado muy en serio los derechos, también a escala internacional. Y si las declaraciones de derechos en las Constituciones de la región asombran por su prolijidad, causa mayor impresión todavía —por ser más lógica— la pretensión de hacer valer las declaraciones internacionales, en particular la Convención Interamericana, el Pacto de San José de 1962, y sus protocolos, mediante la irradiación de la jurisprudencia de la Corte de San José, incluso con la imposición del control de convencionalidad difuso. Todo ello es de una lógica aplastante y de naturaleza claramente constitucional.

Al apropiarse el derecho internacional de la materia constitucional por excelencia, la de los derechos,³ se plantea de inmediato la cuestión de su eficacia. Proclamar derechos y no prever mecanismos de garantía conduciría a su esterilidad y es contrario a la racionalidad de su proclamación. Cuando tras la Segunda Guerra Mundial comienzan a declararse internacionalmente los derechos, se da ese paso de gigante que acaba configurando a los seres

Miguel y Salazar, Pedro, *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 339 y ss. Del mismo autor: “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, El Colegio Nacional, 2010, pp. 155-188.

³ Fenómeno bien explicado por Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2012, pp. 199 y ss.

humanos como sujetos de derecho internacional, que en buena lid deberían tener acceso a mecanismos, también internacionales, de tutela.

Para que el sistema funcionara era indispensable que estos mecanismos fueran efectivos, y de un modo u otro lo han sido en dos ámbitos regionales: el europeo y el interamericano. No han sido idénticas las soluciones ofrecidas en cada caso, así que hay similitudes, pero también diferencias. Y la conclusión es que en ciertos aspectos (los tratados en este artículo) se ha avanzado más en el sistema interamericano, gracias al activismo inteligente de la Corte de San José, que, a pesar de dictar muchísimas menos sentencias que el TEDH, las ha sabido emplear para convertirse en una suerte de supertribunal de derechos humanos y exigir que los jueces nacionales se conviertan en auxiliares suyos mediante el control de convencionalidad nacional.

La consecuencia apuntada implica la plena constitucionalización del derecho internacional con la puesta a disposición del órgano internacional destinado a interpretar y aplicar los tratados de una jurisdicción obligatoria con la extensión que la misma Corte de San José ha determinado (lo que ha hecho muy intensamente), y unos Estados dispuestos a abrirse al derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo en esta apertura la aceptación de la superioridad de las interpretaciones llevadas a cabo por la Corte y la obligación de depurar internamente el derecho nacional a la luz del bloque de la convencionalidad. De nada hubiera servido el activismo de la Corte si los Estados no hubieran dispuesto la indispensable apertura de sus ordenamientos y sus tribunales no hubieran acatado y hecho valer frente al legislador nacional la jurisprudencia de la Corte Interamericana.⁴ Este doble movimiento, de la Corte y de los Estados, se ha conjugado en un fenómeno que causa asombro y admiración entre los europeos y justifica que estas páginas se dediquen a imaginar la repetición del proceso en Europa.

2. *Apertura de los Estados al derecho internacional de los derechos humanos*

Si en los Estados radica la soberanía, era indispensable que los mismos ordenamientos constitucionales o la práctica de sus máximos intérpretes se abriera al derecho internacional de los derechos humanos y permitiera la recepción nacional de tales tratados y de su interpretación suprema realizada por la Corte Interamericana. Las soluciones internas a esta difícil ecuación que supone, de una suerte u otra, aceptar limitaciones a la soberanía, no son

⁴ El resultado ha sido lo que se analiza en el libro coordinado por Corzo Sosa, Edgar *et al.*, *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

uniformes, pero tienden a asegurar el resultado final pretendido e impuesto desde la Corte de San José. Coexisten así las variadas soluciones nacionales con la única doctrina acerca de las obligaciones para los Estados que impone la Convención según el parecer de la Corte.⁵

Las Constituciones no suelen establecer explícitamente la superioridad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino mencionar los tratados sobre derechos ratificados por los respectivos Estados. El grado de apertura⁶ mayor se produce cuando la Constitución interna atribuye a los tratados sobre derechos el valor de norma constitucional.⁷ Esta equiparación de rango amplía el bloque de la constitucionalidad, extendiendo sobre los tratados el rango normativo supremo. Lo anterior tiene la consecuencia evidente de que estos tratados ratificados se incorporan al derecho nacional con el valor de norma constitucional. Es el caso pionero del artículo 75.22 de la Constitución argentina.

Es obvio, empero, que los Estados ratifican con pleno uso de su soberanía y no lo harían si el tratado fuera contrario a la Constitución nacional. Deben, pues, verificar, si procede, la sintonía entre el tratado y la Constitución nacional. Pero una vez ratificado, el tratado se convierte en norma nacional. Se introduce así una diferenciación entre los tratados sobre derechos que presentarían rango constitucional y los demás que ocuparían una posición subordinada en el orden jurídico nacional.

Otros ordenamientos, como el mexicano, atribuyen a los tratados, todos ellos, el carácter de suprema ley del país (artículo 133), pero no vienen colocados a la par que la Constitución, aunque sí por encima de la ley. Por último, todavía algunos ordenamientos equiparan los tratados a la ley, pero pueden introducir una invocación a su función interpretativa de los derechos fundamentales constitucionalmente declarados, en la estela del artículo 10.2 de la

⁵ Por lo que concierne a la internacionalización del derecho constitucional, *cf.* Aya-la Corao, Carlos, “Mundialización de los derechos humanos”, en Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (dirs.), *El control del poder. Libro homenaje a Diego Valadés*, Lima, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2012, pp. 94 y 95.

⁶ Que analiza Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 345 y ss. También Fix-Zamudio, Héctor, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. II, pp. 583 y ss.

⁷ Acerca de la inclusión de los tratados en el bloque de la constitucionalidad, *cf.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 356 y 357; García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

Constitución española. La Constitución de México hace esto último (artículo 1o., párrafo segundo) en la reforma de 2011.

Incluso hay países que, sin prescripción constitucional concreta, han admitido por medio de sus intérpretes supremos la interpretación de la Corte Interamericana, aplicando el criterio *pro persona*,⁸ principio que también se recoge en varias Constituciones iberoamericanas.

De una u otra suerte el grueso del constitucionalismo iberoamericano ha admitido la fuerza de los tratados sobre derechos y se ha ido mostrando cada vez más dispuesto a aceptar el magisterio interpretativo de la Corte de San José. Con razón habla Sergio García Ramírez⁹ de la fuerza del derecho internacional de los derechos humanos. Veamos ahora el proceder de la Corte IDH.

3. *Interpretación extensiva de sus propias competencias por la Corte de San José y la invención del control de convencionalidad difuso*

Podía haber sucedido que la Convención Interamericana, como otros tratados internacionales sobre derechos, incluso convertidos internamente en normas de rango constitucional, hubiera quedado al albur de los supremos intérpretes nacionales. Éstos los habrían hecho valer como tales normas constitucionales integrándolas con las normas genuinamente nacionales reconocedoras de derechos. La Convención Interamericana, sin embargo, puso en funcionamiento un sistema de garantías que culmina en la Corte, cuyo reconocimiento por parte de los Estados, mayoritariamente iberoamericanos, ha acabado convirtiéndola en una suerte de supertribunal de amparo, ya que dice la última palabra acerca de los derechos. Así las cosas, los supremos intérpretes nacionales no pueden arrogarse esta función si sus Estados han reconocido la jurisdicción de la Corte de San José. Y como ésta dice la última palabra acerca del alcance de la Convención, todos los órganos del Estado, incluyendo los supremos intérpretes de los derechos, han de acomodarse a ella. Es la lógica implacable de los tiempos procesales que coloca a un órgano, en este caso internacional, a decir la última palabra. El sistema carecería de sentido si lo decidido por la Corte internacional no fuera atendido por los Estados.

⁸ Sobre este principio, *cf.* Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 298 y ss.

⁹ “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 28, 2011, pp. 131 y ss.

Lo asombroso de la experiencia interamericana consiste en la amplitud con que la Corte de San José ha extendido sus exigencias a los Estados y la docilidad con la que los máximos intérpretes de muchos Estados las han aceptado.¹⁰

A. *Del control de actos al control de normas*

Los sistemas internacionales de protección de derechos nacieron como un tipo de amparo mediante el cual las pretensiones de protección de los derechos, una vez agotadas las vías internas, podían suscitarse ante la Comisión, lo que sigue ocurriendo en el sistema interamericano, y posteriormente ante el tribunal, a propuesta de aquella. En el sistema europeo, tras el Protocolo adicional 14,¹¹ el acceso es ya directo ante el tribunal, sin la intermediación de la Comisión, una vez agotadas las vías judiciales internas.

Lo que se ventilará en cada caso será la eventual lesión de un derecho convencional de uno o varios sujetos determinados, imputable a la acción u omisión de un poder público de un Estado integrante del sistema. El Estado, si es declarado infractor del tratado, habrá de ejecutar la sentencia de la Corte internacional.

Era inevitable, y ello sucedió con el TEDH y con la Corte Interamericana, que en ciertos casos la alta instancia internacional apreciara que la lesión del derecho no estribaba en una acción ilegal del poder público interno (ilegalidad entendida como disconformidad con la ley nacional), sino consecuencia inevitable de la aplicación correcta de la ley nacional. El problema consistía en estos casos en la persistencia de una disposición general cuya aplicación provocaba la lesión del derecho convencionalmente reconocido. La sentencia de la alta instancia internacional debía restablecer al agraviado, a la víctima de la lesión, pero al hacerlo no podía sino constatar que tal lesión individual era fruto de la aplicación de la norma general, que, como en el caso concreto resuelto, podría potencialmente producirse en otros muchos donde la norma se aplicara.

El test de convencionalidad se extendía, era inevitable, del caso concreto a la disposición general, y así nació el control de convencionalidad

¹⁰ En general, acerca del control de convencionalidad, *cf.* Sáiz Arnáiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde Europa y América Latina*, México, Porrúa-UNAM, 2012; García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 123 y ss.; Carbonell, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013.

¹¹ Sobre este particular, *cf.* Pastor Ridruejo, José Antonio, “El protocolo 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, núm. I, 2004, pp. 141-150.

de las normas de origen incidental, un control concreto. El control de acto se completó, cuando era pertinente, con un control de normas. El TEDH o la Corte Interamericana no tuvieron más remedio que denunciar la “inconvencionalidad” en las disposiciones nacionales, y aún fueron más lejos cuando destacaron las omisiones legislativas que directamente vulneraban los derechos convencionales que los Estados quedaban obligados a proteger desde que ratificaban el tratado.

Al tratarse de un control de origen incidental, en un caso concreto, es control de normas; es decir, de los sentidos normativos que se infieren, en ese caso, de las disposiciones generales. El origen de este control se aproximaría al propio de los sistemas de control de constitucionalidad difuso. Distinto sería el proceder en los sistemas de control concentrado donde se examina en abstracto la disposición general para comprobar su conformidad o no con la Constitución y declarar su invalidez y anularla. Es bien conocido, sin embargo, que cuando el máximo intérprete en un sistema de control difuso declara la inaplicación de la norma inferida de la disposición general, en la medida en la que no haya otras normas, otras interpretaciones posibles, esa disposición queda de facto eliminada del orden jurídico, lo que aproxima los efectos de estas declaraciones de inconstitucionalidad en el caso a los previstos en un sistema de control concentrado por la declaratoria de inconstitucionalidad acompañada de la nulidad. Por lo demás, en los sistemas de control concentrado existe frecuentemente la cuestión de inconstitucionalidad (Italia, Alemania, España), mediante la cual el tribunal constitucional se pronuncia acerca de la posible inconstitucionalidad suscitada en un caso concreto (control incidental) por el órgano judicial ordinario encargado de aplicarla. En estas situaciones, pero también en el control abstracto, los tribunales constitucionales dictan con frecuencia sentencias interpretativas que implican descartar interpretaciones, normas posibles extraíbles de la disposición general. Solo cuando ninguna de las posibles interpretaciones es constitucional proceden a anular la disposición impugnada o cuestionada.

Queda así clara la aproximación de los sistemas concentrado y difuso, y lo que ocurre en estos sucede también en los tribunales internacionales sobre derechos, aunque con un ámbito material más acotado. En efecto, lo concebido como un amparo, no como un control de normas, acaba inexorablemente derivando en esto, al plantearse lo que es evidente: que una norma puede contravenir otra: la nacional contrariar la internacional y en esa disonancia radicar la lesión del derecho concreto proclamado en el tratado.

Este inevitable discurrir jurisprudencial parece ser la razón de ser de las jurisdicciones internacionales de la libertad, cuyo objeto principal sería

entonces el control de convencionalidad,¹² y no tanto el amparo de los derechos. A mi parecer, es muy discutible, en particular respecto a la jurisdicción del TEDH. La tarea principal de estos tribunales es el amparo, solo que ha sido indispensable hacer control de convencionalidad en ciertos casos que, en la Corte IDH, han sido los más. De facto, pues, en gran parte de los pleitos resueltos dentro del sistema interamericano era preciso evacuar un control de convencionalidad.

El discurrir trazado no es novedoso, pues en todo sistema de protección de la libertad surgen casos donde se detecta esa vulneración “normativa” de los derechos. Lo llamativo es que tal fenómeno ocurra en una jurisdicción internacional. Pero era inevitable que así sucediera si se dispensaba en ella el amparo de los derechos que pudieran lesionarse tanto por la aplicación incorrecta de una norma general como por la norma misma. En los ordenamientos internos la segunda situación se resuelve abriendo la puerta al control de constitucionalidad de la norma. La solución en la jurisdicción internacional no podía alejarse mucho de la constitucional. Así nace el control de convencionalidad, tanto en el sistema europeo como en el interamericano. La diferencia entre ellos radica en la gran intensidad que presenta en el sistema interamericano, y sobre todo en la irradiación —control de convencionalidad difuso— que la Corte de San José ha impuesto a las jurisdicciones nacionales como una derivación de las obligaciones convencionales.¹³

B. Tipos de control de convencionalidad. La conversión del juez nacional en auxiliar del sistema interamericano. El pleno control nacional de convencionalidad

Según quien realice el control podemos distinguir entre control originario, si lo efectúa la propia Corte, y derivado o difuso si lo llevan a cabo las autoridades nacionales, en particular los órganos judiciales. Ya hemos descrito la etiología del control originario efectuado por la Corte. A ella corresponde fijar el alcance de la Convención, de la que es intérprete suprema. El problema estribaba en cómo obligar a los Estados a proteger los derechos convencionales en los términos determinados por la Corte; en otras palabras, hacer vinculante su interpretación más allá de la mera satisfacción para la víctima de cada caso concreto.

¹² Tesis de Ferrer Mac-Gregor, según el cual “el control de convencionalidad es la razón de ser de la Corte”, en “Interpretación conforme...”, *cit.*, p. 368.

¹³ Incluso, García Ramírez ha hecho derivar esa obligación de la subsidiariedad, “El control judicial interno de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 147 y ss.

Por lo demás, a la Corte llegan muy pocos casos, una diferencia abrumadora con los miles resueltos cada año por el TEDH. Si la Corte se hubiera limitado a la satisfacción en los casos resueltos, su incidencia habría sido mínima. Por el contrario, la Corte tiene en el área iberoamericana un predicamento excepcional, que ha labrado con la extensión de sus propias competencias y la imposición de algunas a los Estados.

Para empezar, ha llevado a sus fallos no solo las compensaciones económicas para las víctimas, sino también otras medidas, algunas muy imaginativas, que restablecieran plenamente el derecho; además, ha exigido medidas legislativas que hicieran imposible nuevos casos.¹⁴ Pero lo verdaderamente relevante es que ha ordenado también en sus fallos, tras argumentaciones irreprochables, que las autoridades nacionales, en especial los jueces, llevaran a cabo un control de convencionalidad del derecho interno. Ha convertido a los jueces nacionales en jueces del sistema interamericano.¹⁵ De esta manera, con pocos pronunciamientos propios, la Corte espera, y lo está consiguiendo (véase el ejemplo clamoroso de México),¹⁶ que su doctrina irradie, se aplique por los jueces nacionales. Así lo demuestran sentencias de los más importantes cortes supremas (Argentina o México) o tribunales constitucionales (Perú o Colombia) que siguen sus dictados.¹⁷ En todo caso

¹⁴ Acerca del contenido de los fallos de la Corte IDH, *cf.* Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, t. II, pp. 189 y ss.; Cassel, Douglas, “El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, t. II, pp. 215 y ss.; Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efecto de las sentencias*, México, UBIJUS, 2012; Silva García, Fernando, *Derechos humanos; efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007. Sobre la comparación entre el contenido de los fallos de la Corte IDH y del TEDH, *cf.* García Ramírez, Sergio y Zanghi, Claudio, “Las jurisdicciones regionales sobre derechos humanos en los correspondientes sistemas de protección”, en García Roca, Javier *et al.* (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2012, pp. 424 y ss.

¹⁵ Como han puesto de relieve, entre otros, Sagüés, Néstor, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales...*, *cit.*, p. 389. Asimismo, véase Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme...”, *cit.*, p. 379; Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 135, 2012, pp. 1185 y ss.

¹⁶ A propósito de la recepción en México de la doctrina de la Corte IDH, *cf.* Ferrer Mac-Gregor, E., *op. cit.*, pp. 400 y ss.

¹⁷ Sobre esta recepción desigual, *cf.* los análisis de Ayala Corao, “Mundialización...”, *cit.*, pp. 100 y ss., y de Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 380 y ss.

se genera la obligación estatal de articular procedimientos internos para cumplir los fallos de la Corte IDH.¹⁸

Es verdad que la ubicación de la Convención en el orden jurídico nacional o la disposición de los supremos intérpretes nacionales ayuda o perjudica la irradiación del control de convencionalidad, pero asombra la rotundidad con la que la Corte ha trazado el paralelismo entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad¹⁹ para deducir que este último es también tarea de los Estados y no solo de la Corte. Y como ésta es suprema en lo relativo al control de convencionalidad, el que harán los Estados deberá seguir las pautas marcadas por la Corte. Rotundidad de unos argumentos que comenzó a exponer el juez mexicano de la Corte, Sergio García Ramírez (voto concurrente en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003),²⁰ y que asumió la mayoría en el célebre caso *Almoacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, del 26 de septiembre de 2006.²¹

Sagüés clasifica la posición de los Estados en aceptación expresa, aceptación tácita, silencio y negación tácita. Por su parte, Serna de la Garza simplifica la distinción entre países internacionalistas y nacionalistas, *op. cit.*, pp. 244 y ss. También Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, 2011, pp. 69 y ss.

¹⁸ Tal y como apunta Fix-Zamudio, Héctor, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, pp. 659 y ss.

¹⁹ Paralelismo ya trazado en un voto particular por García Ramírez en el caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004. El argumento lo desarrolla Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.* y también plásticamente por Sagüés, N., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la constitución convencionalizada”, *Parlamento y Constitución*, núm. 14, 2011, pp. 143-152. El mismo Sagüés en “El «control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, pp. 462 y 463. Asimismo, Torres Zúñiga, Natalia, *El control de convencionalidad*, Académica Española, 2013, pp. 101 y ss. También Carnota, Walter F., “La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 51 y ss. Igualmente, Humberto Nogueira Alcalá estudia esas diferencias, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano...”, *cit.*, pp. 1181 y ss.

²⁰ García Ramírez ha contribuido desde la cátedra y como juez de la Corte IDH a crear, primero, y consolidar después el concepto y la práctica del control de convencionalidad. Al voto particular en el caso *Myrna Mack* se suman los de los casos *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004 y *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26 de septiembre de 2006.

²¹ Acerca de este caso hay abundante literatura, entre otros, *cfr.* Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 374 y ss.; Sagüés, N., “El control de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 382 y ss.; Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa-IMDPC, 2008, pp. 157 y ss.

En esta sentencia la Corte se refirió a “una especie de control de convencionalidad”. El caso era claro: una ley de autoamnistía cuya correcta aplicación producía lesión de derechos convencionales. En una sentencia posterior (Trabajadores cesados del Congreso *vs.* Perú, del 24 de noviembre de 2006) se acabó, sin más, hablando del “control de convencionalidad” que debían desarrollar los jueces nacionales.

Lo decisivo de estas sentencias y de las varias que han seguido después es que lo hecho de antiguo por la Corte se califica como control de convencionalidad y además se exige su práctica a todos los jueces nacionales. Desde ese momento la Corte, sin ambages, ha venido sosteniendo esta posición en posteriores sentencias que se ha visto reforzada por la respuesta satisfactoria de muchos altos tribunales nacionales.

En la literatura jurídica iberoamericana se está imponiendo la dicotomía control de convencionalidad concentrado y control de convencionalidad difuso.²² El primero sería el efectuado por la Corte IDH; el segundo, el practicado por los tribunales nacionales. La terminología me parece perturbadora, porque en el control de inconstitucionalidad se distingue nítidamente entre ambos y, con excepciones, cuando existe uno de los dos tipos (concentrado o difuso) no existe el otro. Precisamente lo que caracteriza al concentrado es no ser difuso, y a la inversa. Si entendemos el sistema interamericano de protección de los derechos integrado por el control de la Corte y por el de los jueces nacionales; es decir, como un todo, la calificación que merecería ese todo sería la de control difuso: todos los órganos judiciales, tanto el internacional como los nacionales, realizarían el control, y la Corte de San José sería, en el paralelismo con un sistema estatal de control difuso, una suerte de corte suprema. En este mismo esquema, el sistema europeo sería más bien concentrado, porque solo el TEDH efectuaría auténtico control de convencionalidad.

Según lo indicado, mejor sería referirse al control ejercido por los jueces nacionales como irradiado o derivado, por contraste con el originario y supremo ejercido por la Corte IDH. En este sentido, Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona prefieren distinguir entre control internacional (el de la Corte IDH) y control interno (el estatal).²³

²² Quien a mi parecer mejor la han teorizado son Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 421 y ss., y García Ramírez, que los distingue como “métodos para el control”, en “El control judicial interno de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 150 y ss.

²³ *Las reformas en derecho humanos, procesos colectivos y amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2013, pp. 19 y 20. Carlos Ayala Corao utiliza las mismas expresiones, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 119 y ss.

C. Fundamento del control de convencionalidad

Hemos dicho que el desenvolvimiento lógico de un sistema de protección de los derechos desemboca en algunos casos en control de normas, de origen incidental, en un caso concreto. Deriva en un control de compatibilidad de la norma cuya aplicación genera la lesión. Si el órgano jurisdiccional que ampara es internacional y aplica una convención, el resultado es el control de convencionalidad, que debe concluir, apurando el razonamiento, en la obligación de los jueces nacionales de evacuarlo, según las directrices de la Corte internacional si tropiezan con normas nacionales contrarias a la Convención.

El control de constitucionalidad, con el cual se ha hecho el paralelismo con el de convencionalidad, parte de una premisa democrática: la acción del poder constituyente cuyo fruto, la Constitución, resulta ser norma suprema. El principio democrático de soberanía nacional se transforma en el jurídico de supremacía constitucional, cuya defensa se articula a través de la justicia constitucional, albacea de tal supremacía.

Los tratados internacionales carecen de ese origen democrático, y su efecto vinculante no reposa en el principio democrático, sino en el *pacta sunt servanda*. Bien es cierto que algunas Constituciones atribuyen a los tratados sobre derechos rango constitucional y aun supraconstitucional, pero al hacerlo elevan el rango en el orden interno de una norma de fuente internacional, pero no resuelven la ubicación del máximo intérprete de los tratados, en el caso del Pacto de San José, el de la Corte IDH. Esta hace un razonamiento irreprochable que no puede basarse en lo prescrito por las Constituciones estatales, sino fundarse en la propia Convención y en el derecho internacional general.²⁴ Entre las primeras, la Corte cita el artículo 1o., “Obligación de respetar los derechos” sin discriminación de ningún género; al anterior se suma el artículo 2o., “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno” que introduce la obligación de aprobar “medidas legislativas o de otro género que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.²⁵ Aunque no expreso, a este deber se suma el de omitir y, en su caso, derogar las medidas que impidan el ejercicio de los derechos. Ejemplo de esto último se produce cuando la resolución de la Corte declara la inconvencionalidad de una norma general; por ejemplo, los casos de leyes de autoamnistía (caso

²⁴ Un buen análisis de los argumentos de la Corte lo ofrecen Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 397 y ss., y Sagüés, N., “El control de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 383 y ss.

²⁵ En específico, acerca de los artículos 1o. y 2o. de la Convención, *cf.* García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 146 y ss.

Almoacid Arellano y otros *vs.* Gobierno de Chile), e incluso de una constitucional (caso La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile, del 5 de febrero de 2001). Es el Estado legislador el que se ve sometido a control de convencionalidad.

Pero lo que impone la Corte no es solo que el Estado apruebe o derogue legislación para adaptar su ordenamiento a la Convención y a la interpretación que de ella hace la Corte, sino que reclama también que los jueces estatales efectúen ese control, porque ellos también son Estado, y este incumpliría su obligación si no activa mecanismos que permitan a sus jueces o a algunos de ellos, al menos, llevar a cabo esta tarea. La Corte no impone a los Estados las maneras concretas de esa activación, pero exige que se produzca de un modo u otro. Y en su auxilio, la Corte, además de los citados artículos 1o. y 2o. de la Convención, trae a colación otros de la Convención de Viena, los artículos 26, *pacta sunt servanda*, según el cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe, y el artículo 27 de la misma Convención, “el derecho interno en la observancia de los tratados”, según el cual “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. El juego de ambos preceptos favorece el efecto útil del tratado; es decir, su mejor cumplimiento.

Respecto al principio *pacta sunt servanda*, es obvio que conforma las relaciones internacionales cuya existencia sería impensable sin la buena disposición de las partes a cumplir sus compromisos. Y en este sentido la invocación de las normas internas para negarse sería la muestra más acabada de mala fe. Por su parte, el artículo 2o. de la Convención Interamericana deja clara la obligación de adoptar medidas legislativas y de otra índole para favorecer el cumplimiento de los compromisos convencionales mientras que el artículo 1o. concreta el *pacta sunt servanda*.

Claro está que pueden suscitarse controversias en torno al alcance de las obligaciones contraídas en un tratado internacional por sus firmantes, y los tribunales internacionales se ocuparán de ventilarlas. Cuando se trata de un pacto para la protección de derechos y se instituye un tribunal para hacerlo valer, a éste corresponde no solo proteger los derechos en los casos concretos que le lleguen, sino fijar también el alcance de sus propias competencias y, en paralelo, la extensión de las obligaciones que corresponden a las partes contratantes que hayan aceptado su jurisdicción. No hay duda de que con la fundamentación explicada, la Corte San José ha llegado muy lejos, por un lado conformando el control de convencionalidad como una de sus tareas y, sobre todo, al extenderlo a los Estados como una obligación derivada de la Convención. No tenía que haber llegado tan lejos, como no lo ha hecho el tribunal europeo, a pesar de su larga experiencia.

D. *Canon e intensidad del control de convencionalidad*

La rotundidad de la Corte de San José, al imponer a los Estados el control de convencionalidad, parte de la obvia inferencia de que si ella es la suprema intérprete de la Convención, el canon de enjuiciamiento de la convencionalidad no sólo viene integrado por la Convención y sus protocolos, sino asimismo por la interpretación que estas normas han recibido de la propia Corte.²⁶ Una vez más, la lógica del control de constitucionalidad —con las reservas ya apuntadas— se proyecta sobre el control de convencionalidad, y como en aquel, en este la opinión del supremo intérprete, su jurisprudencia, acaba integrándose con la norma interpretada para formar un todo inescindible.

La diferencia entre los dos tipos de control radica en que el orden interno prevé mecanismos enérgicos para hacer valer la interpretación del supremo intérprete de la Constitución, mientras que en un orden internacional, los tribunales encargados de hacer valer sus opiniones carecen de medios coercitivos para imponerlas, más allá de los argumentos convincentes y de la buena fe de los Estados afectados. Ambas circunstancias se han dado, al menos respecto a buena parte de los Estados, en el devenir del sistema interamericano. Aunque con resistencias (véase Venezuela),²⁷ las tesis de la Corte han cuajado y acabado estableciendo, por un lado, que los jueces nacionales han de efectuar el control de convencionalidad y, por otro, que el canon de tal control está integrado por las normas convencionales y por la interpretación que de ellas ha realizado la Corte de San José.

Solo la Corte interamericana puede cambiar su interpretación y alterar el canon, lo que hará cuando lo considere conveniente para adaptarlo a la evolución de la realidad. Los jueces nacionales están sometidos a ella, pues la Convención es lo que la Corte dice que es. Al convertir a los jueces nacionales en auxiliares suyos, la Corte reclama de ellos que efectúen el control de

²⁶ Acaso quien haya mejor explicado esta obviada es García Ramírez, S., “El control judicial interno de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 144 y ss.

²⁷ A propósito de Venezuela, *cf.* Ayala Corao, Carlos, *La inexecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela*, Caracas, Fundación García Pelayo, 2009. Del mismo autor, Ayala Corao, Carlos, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 20, 2012, pp. 45 y ss., y Brewer-Carías, Allan, *Sobre la “in” justicia constitucional. La Sala constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007. Más recientemente, Brewer-Carías, Allan, “El ilegítimo control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, 2012, pp. 335 y ss.

convencionalidad nacional, e insiste en ello desde el caso *Almoacid Arellano y otros vs. Chile*. Pidiendo lo más, el control de convencionalidad, no concreta lo menos: la interpretación conforme, que sería su consecuencia natural, como apunta Ferrer Mac-Gregor²⁸ en su voto razonado a la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010. El control de convencionalidad se desplegaría en la interpretación conforme o armonización y en la eventual declaración de inconvencionalidad.²⁹ La armonización consistiría en la interpretación conforme al bloque de la convencionalidad del derecho nacional,³⁰ si esta no fuera posible, habría que concluir en la declaración de inconvencionalidad de la norma nacional para inaplicarla o ponerla fuera del orden jurídico nacional; es decir, activando los mecanismos de control de constitucionalidad internos. En cierto modo el control de convencionalidad interno vampiriza los mecanismo internos de control de constitucionalidad aprovechándolos para hacerlo efectivo.

La armonización es la manera natural de acomodar normas disonantes a priori. La primera que hace interpretación conforme es la propia Corte Interamericana, ya que, como sucede con el control de constitucionalidad, debe partir de una presunción de convencionalidad; es decir, de compatibilidad del derecho nacional con la Convención. Por otra parte, el proceso contencioso que ante ella se sustancia tiene en principio naturaleza de amparo, no de control normativo —solo las opiniones consultivas se aproximarían al control abstracto—, así que solo incidentalmente se plantea la anticonvencionalidad de la norma nacional, incluso en virtud del principio *iura novit curia*. Ya es un hábito que la Corte se pregunte por la convencionalidad del derecho interno, y habrá de cargarse de razones para declarar su incompatibilidad con la Convención. Antes prefiere acomodar la interpretación de la norma nacional al tratado, en esencia a la interpretación que de él la propia Corte ha efectuado.

En este proceso es llamativo que no importe el rango de la norma nacional, ya que la Corte puede interpretar conforme a la Convención incluso normas constitucionales; es el caso, por ejemplo, del artículo 13 de la Constitución mexicana en el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*, del 23

²⁸ Que glosa Sagüés, N., “El control de...”, *cit.*, p. 391.

²⁹ Esta diferente intensidad en el despliegue del control de convencionalidad interno la analiza Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 386 y ss. Sagüés distingue, según sus resultados, entre control represivo o destructivo (cuando se concluye en una declaración de inconvencionalidad) y preventivo o constructivo (interpretación conforme), “El control de...”, *cit.*, pp. 384 y ss.

³⁰ Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *op. cit.*, pp. 3 y ss. Asimismo, Serna de la Garza, *op. cit.*, pp. 297 y ss. La armonización sería fruto de una convergencia de interpretaciones, según Góngora Mera, *op. cit.*, pp. 211 y ss.

de noviembre de 2009.³¹ Entre las posibles interpretaciones de este precepto, la de la Corte descarta aquella que imperaba en México, para desvelar otra significación que fuera conforme con la Convención. Sin embargo, sí declaró inconvenional la legislación infraconstitucional que desarrollaba el precepto constitucional citado.

De lo anterior se colige que los intérpretes supremos nacionales han dejado de serlo para serlo la Corte, que en último término fija no solo el sentido de la Convención, sino también la significación, a la luz de esta, de las normas constitucionales e infraconstitucionales nacionales. Y como los tribunales nacionales han de llevar a cabo también esa labor armonizadora, todos quedan sometidos a la interpretación de la Corte Interamericana. Véase, por ejemplo, la resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en el expedientes Varios, del 14 de julio de 2011,³² en la que se asume la interpretación hecha por la Corte Interamericana de preceptos constitucionales. El fenómeno es asombroso: ver cómo países antes tan apegados al nacionalismo constitucional cambian espectacularmente de rumbo.

La obligación armonizadora que recae sobre los Estados³³ implica tener presente el entero bloque de convencionalidad, porque si bien las medidas de restitución de los derechos de las víctimas de cada caso afectan a las partes, la fijación de los contenidos de cada derecho convencional produce efectos generales. De aquí se sigue, como ha reiterado la Corte, que toda su doctrina vincula a los Estados, y en especial a sus tribunales, al conformar el bloque de convencionalidad que han de aplicar. Por eso mismo es criticable, como hace Ferrer Mac-Gregor,³⁴ la reducción del efecto señalado que, todavía con un atisbo de nacionalismo constitucional, acuerda la Corte Suprema de México en el expediente Varios, al resolver por mayoría de seis a cinco que los criterios interpretativos de la Corte Interamericana solo son obligatorios para las autoridades mexicanas si se han vertido en sentencias que cerrasen casos en los que México hubiera sido parte, mientras que los restantes; es decir, los sentados en otros casos sin participación mexicana, quedarían reducidos a meros criterios orientativos.

³¹ A propósito de este caso, *cf.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2011. También Cossío, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, 2012, pp. 31 y ss.

³² Sobre esta sentencia, *cf.* Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme.”, *cit.*, pp. 403 y ss.

³³ Un buen análisis de derecho comparado lo ofrece Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme.”, *cit.*, pp. 357 y ss.

³⁴ *Ibidem*, pp. 399-406. Ello a pesar del tenor literal del artículo 68.1 de la Convención.

La solución mexicana, que no es habitual en otras jurisdicciones nacionales, distingue entre criterios obligatorios y criterios orientativos, porque reduce, contra el parecer expreso de la Corte Interamericana, los efectos vinculantes de la doctrina interamericana sentada por su intérprete supremo. No tiene sentido aceptar el control de convencionalidad difuso, como hace la Corte Suprema de México, y no vincularse a la entera doctrina de la Corte de San José. El control de convencionalidad nacional no puede quedar al albur de la opinión de la jurisdicción nacional, ya que solo tiene sentido si sirve a la realización de la entera doctrina interamericana impuesta por la Corte de San José. Por lo demás, del artículo 1o., párrafo dos, de la Constitución mexicana, se infiere que el principio de armonización, en este precepto recogido, demanda con naturalidad tener siempre presente, para servirlo, el parecer de la Corte Interamericana,³⁵ pues no se distingue constitucionalmente entre los casos en los que México haya sido o no parte.

Cuando la interpretación conforme, la armonización, no permita compatibilizar la norma nacional con la Convención interpretada por la Corte Interamericana, será necesario declarar la inconvencionalidad de la norma nacional. El control de convencionalidad ha de tener en estos casos las mismas consecuencias, con independencia de quien lo efectúe (la Corte Interamericana o los tribunales nacionales). La primera, al declararla, no puede, sin embargo, anular la norma nacional, pero genera en el Estado afectado la obligación de proceder para hacer desaparecer la norma anticonvencional de su ordenamiento. Según sea el rango de la norma, así debería serlo el del legislador interno que la derogue o reforme. Si es norma constitucional, solo al poder de reforma corresponderá efectuarla (caso *La última tentación de Cristo vs. Chile*, del 5 de febrero de 2001).

Naturalmente, la reforma solo procederá tras una resolución de la Corte Interamericana, pues no cabe imaginar un control de convencionalidad nacional efectuado por un tribunal interno que concluya con semejante declaración de una norma constitucional propia. Sin embargo, el sistema judicial nacional, de acuerdo con sus propias competencias, tiene obligación de proceder, de oficio o a instancia de parte, según ha recalcado la Corte Interamericana, a llevar a cabo el control de convencionalidad de cualquier norma infraconstitucional. Bien es cierto que el legislador nacional puede adelantarse y operar la reforma pertinente para adecuar la legislación a la Convención, pero en todo caso los tribunales, según sus competencias, han de hacerlo como jueces del sistema interamericano.

³⁵ En este sentido, García Sayán, Carlos, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.

En la medida en que en el orden interno algún órgano jurisdiccional pueda anular leyes, deberá hacerlo cuando detecte la anticonvencionalidad, ya que el bloque de convencionalidad opera tanto como parámetro de la interpretación conforme cuanto canon de enjuiciamiento de las normas internas,³⁶ incluso de las constitucionales, aunque respecto a estas solo la Corte Interamericana pueda declararla. Solo cuando existe un control de constitucionalidad difuso puro (caso de la Argentina), la declaración de inconvencionalidad tendrá efectos *inter partes*, pero en la medida en la que potencialmente esa declaración pueda proyectarse a una generalidad de asuntos, equivale a una anulación. En resumidas cuentas, la declaración de inconvencionalidad ha de equivaler a una de inconstitucionalidad, pues al sometimiento a la Constitución se suma el equivalente al bloque de la convencionalidad.

Si no existiera un modo interno de efectuar esta declaración de inconvencionalidad, tras agotar la interpretación conforme, el Estado incumpliría, como resalta Ferrer Mac-Gregor,³⁷ su compromiso internacional (artículo 2o. de la Convención) e infringiría el Tratado.

¿Pueden equivocarse los jueces nacionales al evacuar el control de convencionalidad? Indudablemente, por muy bien dispuestos que estén, no hay que descartar los errores. En un sistema de control difuso de convencionalidad como el mexicano o el argentino, los tribunales superiores, y en último término la respectiva corte suprema, pueden corregir la errónea apreciación de los tribunales inferiores. Así se acabaría sentando una última palabra estatal acerca de la acomodación de derecho nacional a la Convención y se unificaría el entendimiento “convencional” del ordenamiento interno, como ocurre en el proceso gemelo de constitucionalidad.

Pero también los máximos tribunales nacionales podrían errar por no haber impuesto la doctrina de la Corte Interamericana o no haberlo hecho correctamente. Como no existe un tipo de cuestión prejudicial que permita a los jueces nacionales preguntar al alto tribunal internacional por el alcance de la Convención, en relación con una norma concreta (al modo de la cuestión prejudicial que pueden plantear ante el Tribunal de justicia de la Unión Europea los jueces nacionales de los Estados miembros), solo cabe verificar la adecuación de ese control en los casos que lleguen a la Corte Interamericana. Es lo que sucedió en el caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, del 26 de noviembre de 2010, en el que México opuso la excepción preliminar de que ya internamente se había efectuado el control de convencionalidad, y que el nuevo caso constituía una cuarta instancia incompatible

³⁶ Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, p. 389.

³⁷ *Idem.*

con el carácter subsidiario del recurso ante sistema interamericano. La Corte rechazó la excepción e impuso su obligación de llevar a cabo un control de convencionalidad sobre el control de convencionalidad efectuado por los tribunales nacionales.³⁸ Reforzó su papel de órgano de cierre en la interpretación de la Convención. Otra solución hubiera debilitado al sistema interamericano al descabezarlo.

E. *Ius commune interamericano en materia de derechos humanos*

Sorprende que con tan pocas resoluciones la Corte de San José haya impuesto en tan poco tiempo un entendimiento común de los derechos fundamentales³⁹ y revolucionado la relaciones entre tribunales nacionales y Corte internacional, mediante la conversión de los primeros en auxiliares de la segunda. Y a través del control de convencionalidad interno, la Corte acaba por cerrar el círculo de su supremacía. Porque en rigor puede hablarse de un principio de “supremacía convencional”,⁴⁰ fraguado en ese diálogo jurisprudencial.⁴¹ Se ha forzado la apertura del derecho constitucional al derecho internacional en su doble vertiente (procedimental y sustantiva). Por lo que atañe a la procedimental, en la medida en la que se conforma un sistema de jurisdicción interamericano del que los jueces nacionales son partícipes. Respecto a la segunda, porque la Corte ha cambiado el modo de interpretar los derechos, y al hacerlo acaba imponiendo un entendimiento común. En verdad ha necesitado de la aquiescencia de los máximos tribunales nacionales y de la apertura de los poderes constituyentes y de reforma constitucional

³⁸ *Ibidem*, pp. 421 y ss.

³⁹ Ese *ius commune* que teoriza Sagüés, N., “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, pp. 449 y ss. En la misma obra colectiva, *cf.* Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión evolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, pp. 403 y ss.

⁴⁰ Como lo llama Sagüés, N., “El control de...”, *cit.*, p. 390. Rey Cantor extrae conclusiones llamativas de lo que él llama “supraconstitucionalidad”, así como que el bloque de la convencionalidad es límite a la acción del poder de reforma constitucional e incluso a la del poder constituyente, *op. cit.*, pp. 193 y ss.

⁴¹ Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 425 y ss.; Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas...”, *cit.*, pp. 63 y ss. Acerca de lo que este diálogo significa, *cf.* García Roca, Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 190 y ss. Héctor Fix-Zamudio prefiere hablar de relaciones entre tribunales nacionales e internacionales, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas...”, *cit.*, pp. 583 y ss.

nacionales. Y mucho ha tenido que ver la labor de la doctrina científica continental que desde la cátedra o desde puestos en la judicatura, tanto nacional como internacional, ha alumbrado esta experiencia verdaderamente única, en cuya gestación el diálogo jurisprudencial no explica todo.

La Corte ha creado importantes conceptos que se han impuesto, el ya destacado del control de convencionalidad difuso como una obligación derivada de la Convención: si el legislador nacional incumple su obligación establecida en el artículo 2o. convencional y no adopta las medidas legislativas pertinentes para adaptar el orden jurídico al bloque de la convencionalidad, los jueces nacionales deben, en primer término, detectarlo y suprimirlo y, en último caso, será tarea de la propia Corte de San José.

Para semejante labor la Corte ha acuñado el canon del control, el bloque de la convencionalidad, integrado por la Convención, sus protocolos adicionales y la interpretación que de ellos ha hecho la Corte. Su recepción nacional, de diversas maneras, según los países, ha acabado modificando el modo de interpretar los derechos a escala continental. En rigor, se puede hablar, como hace Sagüés,⁴² de una constitución convencionalizada. La norma fundamental ya no es lo que diga el intérprete supremo nacional que es, porque la interferencia de la Corte Interamericana acaba condicionando el entendimiento de los derechos reconocidos constitucionalmente, más aún cuando la Convención es declarada norma de rango constitucional. Como en general, si no en términos idénticos, los derechos convencionales tienen sus gemelos en las Constituciones nacionales, sea o no declarado el rango constitucional de la Convención, la interpretación de ésta dada por la Corte acaba irradiando en interpretación de los derechos constitucionales.

Por añadidura, el criterio *favor libertatis*, esencial en la interpretación de los derechos, y que todos los máximos tribunales emplean y algunas Constituciones contemplan (entre otras la mexicana, artículo 1o.) facilita la tarea de la Corte de San José, cuyas resoluciones, tan escasas como significativas, son ejemplo de máxima protección de la libertad, porque no se ha contentado con establecer mínimos de protección, sino que sus estándares son elevados, lo que ha obligado a los Estados a mejorar lo que internamente brindaban a los derechos.

Bien es cierto que los Estados pueden ofrecer mayor protección de la dispensada por la Corte de San José, pero suele ocurrir lo contrario. La Corte ha ejercido un sano activismo, como demuestran líneas interpretativas acerca de la desaparición forzada de personas o a propósito de las leyes de

⁴² “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad propósito de la constitución convencionalizada...”, *cit.*, pp. 143-152.

autoamnistía. Cuando ha abordado los problemas relativos a los derechos humanos más graves en la región, los ha resuelto con las interpretaciones más favorables al disfrute de los derechos, al tiempo que las acompañaba con enérgicos fallos para obligar a los Estados no solo a indemnizar a las víctimas, sino a adoptar medidas legislativas y otras de muy diversa índole. Estos fallos causan asombro, aún más comparados con las muy parcas partes resolutorias de las sentencias del TEDH.⁴³

II. LA SITUACIÓN EN EUROPA

Aunque más temprano, el sistema europeo de protección de los derechos humanos presenta similitudes, pero también notables diferencias con el interamericano. Para empezar, son más los países que lo integran (47) y más diversos entre sí, con culturas jurídicas muy diferentes. Por otro lado, desde hace años el acceso de las personas al alto tribunal es directa, sin mediación de la Comisión, y ello ha supuesto una multiplicación enorme del número de sentencias. Mientras que el amparo se ha objetivado en el sistema interamericano, donde todas las resoluciones de la Corte son ejemplares, canónicas, en el sistema europeo prevalece el componente subjetivo: el restablecimiento del derecho de la víctima.

En suelo europeo tiene lugar además un experimento sin parangón: la integración supranacional en la Unión Europea (28 Estados), que va más allá de la vinculación internacional, para entrar en tierra política ignota, pero que avanza y donde también comenzó pronto la preocupación por la defensa de la libertad frente al derecho comunitario.⁴⁴ La creación pretoriana de derechos fundamentales en el derecho comunitario concluye con su tardía proclamación en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 2000, que solo adquiere valor normativo con el Tratado de Lisboa (2007). Lo que algunos llaman “pluralismo constitucional”⁴⁵ tiene en

⁴³ La comparación entre el alcance de los fallos de las sentencias en ambos sistemas la ofrecen García Ramírez y Zanghi, *op. cit.*, pp. 424 y ss.

⁴⁴ Una visión general de la situación la ofrece Martín Retortillo, Lorenzo, *La Europa de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

⁴⁵ Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa-IMDPC, 2011. Antes el mismo autor ya había expuesto estas ideas en *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati, IVAP, 2005. Según Armin von Bogdandy, la concepción pluralista ha de sustituir a las concepciones monistas o dualistas, “Repensar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, pp. 563 y ss. Para Marcelo Neves, se trata de un transconstitucionalismo de niveles múltiples, “Transconstitucionalismo,

Europa expresión extrema de supranacionalidad, en la que el diálogo entre los diversos tribunales de los derechos no es solo vertical, sino paralelo.⁴⁶

Está todavía pendiente la incorporación de la Unión Europea al Consejo de Europa, prevista en el artículo 6.3 del Tratado de la Unión, y con ello la aceptación de la jurisdicción del TEDH; pero siempre ha sido estrecha la conexión entre la labor tuitiva de los derechos realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión y la doctrina del TEDH. El mismo Tratado de la Unión Europea (artículo 6.1), tras la reforma de Lisboa, dota de valor normativo a la Carta de derechos y se remite a lo dispuesto en ésta (artículo 52.3) para la interpretación y aplicación de los derechos reconocidos en ella; es decir, la asunción *in totum* de la doctrina del TEDH para fijar el alcance de los derechos de la Carta que tenga gemelos en el CEDH. La futura incorporación de la Unión al sistema europeo de protección permitiría que las sentencias del tribunal comunitario fueran recurribles directamente ante el TEDH, y se completará el sistema europeo de protección de la libertad en el que, ya sí, el TEDH diría la última palabra.

En este panorama complejo, donde se despliega la función jurisdiccional,⁴⁷ no es fácil que el TEDH pueda imponer, como ha hecho la Corte de San José, un control nacional de convencionalidad pleno, sino que, como hasta ahora, se profundizara en la paulatina armonización del entendimiento de los derechos.

1. *Una premisa: la diferencia entre la jurisdicción del TEDH y la comunitaria*

Sagüés⁴⁸ ha apuntado con inteligencia que el tribunal comunitario impuso a los Estados, desde el caso Simmenthal, del 9 de marzo de 1978, la obligación de aplicar el derecho comunitario en detrimento del derecho nacional, lo que supone que el juez nacional es juez comunitario y efectúa un control de “comunitariedad” de la norma nacional. Además, este control sería difuso, con independencia del tipo de control de constitucionalidad que existiera en el Estado miembro (en Europa el modelo es el control con-

con especial referencia a la experiencia latinoamericana”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, pp. 717 y ss.

⁴⁶ Como ha puesto de relieve Vergottini, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2010.

⁴⁷ En ese escenario de pluralismo constitucional analizado por Bustos Gisbert, en Sáiz Arnáiz, Alejandro (dir.) y Zelaia Garagarza, Maite (coord.), *Integración europea y Poder Judicial*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2006, pp. 216-230.

⁴⁸ Y advierte que lo hecho por el TJUE no lo ha repetido el TEDH, “El control de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 400 y ss.

centrado). De lo apuntado infiere el maestro argentino la posibilidad de que, en esquema análogo, los jueces nacionales europeos protagonicen un control de convencionalidad difuso parecido al de comunitariedad⁴⁹ descrito. La sentencia Simmenthal sería para Sagüés el equivalente al caso Almoacid Arellano, aunque la idea de primacía del derecho comunitario había quedado sentada en el no menos célebre caso Costa contra ENEL, del 15 de julio de 1964.

La idea es sugestiva y no imposible, aunque a mi parecer muy lejana. Además, hay que recordar algunas diferencias que complican la aceptación de paralelismo. Para empezar, la más importante: los tratados internacionales se integran en el derecho nacional, pasan a ser norma nacional de fuente internacional,⁵⁰ y cada ordenamiento nacional los ubica en una posición determinada dentro del propio sistema. Estos tratados, al no generar un sistema de fuentes propio, no prevén legislación derivada, y por lo tanto tampoco órgano legislativo; a lo sumo crean un tribunal internacional encargado de velar por el cumplimiento estatal del tratado. Es el caso del TEDH o de la Corte de San José.

Por el contrario, el ordenamiento comunitario es independiente de los estatales, por mucho que sus normas cimieras sean ratificadas por los Estados como tratados, aunque por lo general con procedimientos más rígidos, que llegan a veces al referéndum, y casi siempre con mayorías parlamentarias cualificadas. No puede hablarse de un bloque de la constitucionalidad integrado por un hipotético bloque de comunitariedad, como si fuera este último el de convencionalidad. Sin embargo, los tratados comunitarios no se limitan a regular una materia concreta, sino una generalidad, y estipulan un sistema de fuentes propio con órganos para crear el derecho derivado; este y el originario de los tratados conforman un ordenamiento jurídico autónomo; es decir, independiente de los ordenamientos estatales. Así lo dejó sentado para siempre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el citado caso Costa contra ENEL, que frenó el intento italiano de convertir el derecho comunitario en derecho nacional.

Así las cosas, y puesto que el orden comunitario es autónomo, tiene su propio sistema de fuentes que genera un derecho derivado, y un tribunal que lo hace valer, es condición existencial de este ordenamiento ser aplicado con carácter uniforme por todas las autoridades nacionales, pues si bien

⁴⁹ Acerca del “control de comunitariedad”, *cfr.* Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, t. I.

⁵⁰ Como recuerda Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, CNDH, 1999. También Fix-Zamudio, Héctor, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas...”, *cit.*, pp. 651 y ss.

hay autoridades estrictamente comunitarias que aplican ese derecho, por lo general corresponde tal operación a las autoridades nacionales, y, en último término, a los jueces nacionales. Éstos son con todo rigor jueces comunitarios.⁵¹ Ocurre que el ámbito espacial y personal de validez del Derecho comunitario se yuxtapone con la suma de los ámbitos espaciales y personales de validez de los ordenamientos nacionales, así que sería imposible admitir que fuera aplicado con preferencia el derecho interno, de haber norma comunitaria, porque entonces el derecho comunitario sería destruido. Su supervivencia —condición existencial— depende, pues, de que las autoridades nacionales lo apliquen, y de que, por ende, los jueces nacionales vigilen esa aplicación o la hagan por sí mismos cuando corresponda.

Esta labor del juez nacional ¿es equiparable al control de convencionalidad difuso tal y como se ha desarrollado en el sistema interamericano y podía desarrollarse en el europeo del Consejo de Europa? La primera diferencia se ha apuntado ya: el ordenamiento jurídico comunitario es autónomo; además, el juez nacional cuando aplica derecho comunitario no hace en primera instancia un control de comunitariedad de la norma nacional, se limita a comprobar si hay norma comunitaria en la materia, y si la hay, desplaza la aplicación de la nacional. No es un juicio de validez, sino de aplicación. Entre dos normas con pretensión de aplicación ha de preferir la comunitaria. En esto consiste la primacía del derecho comunitario, que no equivale a supremacía, pues de ésta se deriva la invalidez de la norma contradictoria, y es propia de la relación entre dos normas que se remiten a un mismo sistema de fuentes. La relación entre normas comunitarias y estatales responde al insólito mundo de las relaciones entre dos ordenamientos que yuxtaponen sus respectivos ámbitos de validez. Pero hay dos cánones de validez: el comunitario y el estatal.

En el ámbito comunitario existen, pues, normas derivadas de los tratados con pretensión de aplicación directa, lo que no sucede con los tratados sobre derechos, cuyo desarrollo queda por entero al albur del legislador nacional.

En definitiva, el juez nacional, al descartar la norma nacional, no efectúa un control de fondo sobre ésta para detectar su contradicción con la norma comunitaria, sino que aplica la comunitaria en virtud del principio de preferencia en la aplicación. Es verdad que en ocasiones el juez nacional puede verse en la tesitura de aplicar una norma nacional que es desarrollo

⁵¹ Cfr. Ruiz Jarabo, Dámaso, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Fundación Universidad Empresa-Civitas, 1993. También Alonso García, Ricardo, *El juez nacional como juez europeo a la luz del tratado constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

de los tratados o de directivas comunitarias. En principio, ni las primeras ni las segundas nacen para ser aplicadas directamente, solo los reglamentos gozan de eficacia directa. Sin embargo, el tribunal de justicia comunitario desarrolló la tesis del efecto directo de tales disposiciones de los tratados o de las directivas si su textura normativa lo permitía y si los Estados no cumplían su obligación de desarrollarlas en normas nacionales. Así pues, el juez nacional puede encontrarse en la posición de no disponer de una norma comunitaria directamente aplicable, pero apreciar que la norma nacional no se ajusta a la comunitaria ¿puede entonces el juez nacional dejar de aplicar la norma nacional para aplicar la norma comunitaria infringiendo de esta un efecto directo del que formalmente carece? En primer término, debe tratar de acomodar la norma nacional al derecho comunitario, y si no puede, dispone de una salida que no existe en los sistemas internacionales de derechos: la cuestión prejudicial, un formidable instrumento procesal que ha venido permitiendo al tribunal comunitario fijar el alcance de las normas comunitarias y, por reflejo, controlar la “comunitariedad” de las normas internas. Por esta vía se descarga al juez nacional, obligado en principio a aplicar la norma interna cuando no hay norma comunitaria de efecto directo, de la tarea de hacer un control de “comunitariedad” del derecho nacional para transferirlo al tribunal comunitario. Será éste el que por esta vía incidental, al determinar la validez e interpretación del derecho comunitario, aprecie la conformidad o no con él del derecho interno. El juez nacional no asume en solitario la tarea de efectuar un control de “comunitariedad” completo, ya que puede, y debería cuando duda, descargar en el tribunal comunitario la tarea de apurarlo. Solo si el juez nacional tiene claro que la norma nacional es contraria al derecho comunitario, puede dejar de aplicarla en el caso concreto.

Las solución es idónea, porque, en general, los jueces nacionales están obligados a aplicar la ley interna, ya que en sistemas de control de constitucionalidad concentrado, solo el tribunal constitucional puede anularla. Esta sumisión a la ley y la consiguiente obligación de aplicarla sólo tiene la excepción comentada en la postergación de la ley nacional para aplicar la ley comunitaria, dotada de efecto directo o en la apreciación de anticomunitariedad de la norma nacional. Pero siempre queda al juez nacional la posibilidad de plantear la cuestión prejudicial ante el tribunal comunitario.

La posición del juez nacional respecto al derecho comunitario es diferente a la que mantiene en relación con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. No puede dejar de aplicar la ley nacional en el caso concreto por apreciar su inconvencionalidad, y tampoco tiene posibilidad de plantear cuestión prejudicial ante el TEDH, aunque esto cambiará con la entrada en vigor del Protocolo 16 al CEDH, que contempla la posibilidad de que un

alto tribunal interno pregunte al TEDH, en el curso de un proceso, acerca del alcance de los preceptos convencionales. En todo caso, al juez nacional solo le quedará interpretar la norma nacional a la luz de la doctrina del TEDH y aguardar a que el máximo intérprete de la Constitución haga suya esa doctrina y anule la ley nacional contraria a ella. Lo curioso por lo que respecta a España es que los derechos fundamentales de la Unión Europea llegan al derecho español por dos vías: la prevista en el artículo 10.2 de la Constitución española y la vía comunitaria, que implica que el juez español actúa como juez comunitario;⁵² esta última es de vinculación más enérgica por todo lo que hemos explicado. En la esfera de su actividad, el TEDH promueve la armonización, mientras que el TJUE hubo de imponer desde el primer momento la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario.⁵³

2. *El sistema del Consejo de Europa y el proceder del TEDH*

Varias diferencias se aprecian entre el sistema europeo y el sistema interamericano, que han impedido hasta la fecha una evolución del europeo tan enérgica como la verificada en el interamericano.⁵⁴ Para empezar, la diversidad en Europa es mayor que en Iberoamérica, lo que dificulta el entendimiento común de los derechos, y desde luego, la aceptación del control de convencionalidad nacional. Por ejemplo, tribunales constitucionales como el español han rechazado categóricamente que el CEDH integre su canon de enjuiciamiento. Como mucho se acepta que los criterios interpretativos empleados por el TEDH sirvan en la interpretación de los derechos constitucionales. La validez de las normas internas no depende, pues, de su con-

⁵² Sobre esto, *cf.* Ugartamendía Eceizabarrena, Juan Ignacio, “¿Quién es el juez de los derechos fundamentales frente a la ley en el ámbito comunitario? (Reflexiones sobre el control iusfundamental del derecho interno a la luz de la recepción nacional de los derechos fundamentales de la Unión europea)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 417 y ss.

⁵³ Queralt Jiménez, Argelia, “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 437. De la misma autora, Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008. Asimismo, Ferreres Comella, Víctor, “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos: algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”, en Carrillo López, Marc y López Bofill, Héctor (coords.), *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 55 y ss.

⁵⁴ Una interesante mirada al sistema europeo desde la perspectiva de un iberoamericano la ofrece Fix-Zamudio, Héctor, “La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional”, en Varios autores, *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-Fundación Konrad Adenauer, 2001, pp. 1105 y ss.

formidad con el CEDH. Ello sucede porque a este no se le reconoce rango constitucional ni el TEDH se ha atrevido a colegir del Convenio la obligación estatal de efectuar control de convencionalidad del derecho interno.

Por otra parte, el artículo 1o. del CEDH está lejos de la expresividad y concreción de la suma de los artículos 1o. y 2o. de la Convención Interamericana,⁵⁵ ya que se limita a disponer que “las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

Resulta muy difícil, si no imposible con tan poca base inferir la obligación de realizar internamente un control de convencionalidad; para ello, además el TEDH tendría que imponer tal obligación a los Estados directamente en el fallo de sus sentencias, lo que ha hecho la Corte Interamericana. En el sistema europeo la vigilancia general de la actividad estatal de protección de los derechos, incluyendo la ejecución de las sentencias del alto tribunal, queda en la órbita del Comité de Ministros. Así que en los casos contenciosos al TEDH le queda la posibilidad de establecer una sanción equitativa, de conformidad con el artículo 41 del CEDH. Es verdad que desde el caso *Slawomir contra Polonia*, del 20 de enero de 2009,⁵⁶ el TEDH ha derivado del artículo 46 del CEDH, “fuerza obligatoria de la sentencia”, la obligación de adoptar en el ordenamiento interno las medidas generales e individuales que resulten apropiadas para poner fin a la violación señalada por el Tribunal y reparar sus efectos tanto como sea posible. Pero queda a la discrecionalidad de los Estados disponer la manera de su ejecución. Aunque de la supervisión no se encargará el TEDH, como sucede con la Corte Interamericana, sino al Comité de Ministros. El TEDH parece evolucionar hacia una restitución integral que incluya medidas legislativas, en especial en los llamados casos piloto, cuya fuerza canónica permite detectar un problema estructural; por ejemplo, la situación carcelaria polaca (citado caso *Slawomir*).

A pesar de este reciente proceder del TEDH, estamos lejos del riguroso sistema interamericano, que pone manos de la Corte la supervisión del cumplimiento íntegro de las sentencias, y cuyos fallos imponen tareas legislativas o de otra índole, y que incluso han impuesto el control de convencionalidad interno, tras entender que el bloque de la convencionalidad ha de ser de directa aplicación, como canon de enjuiciamiento de las normas internas.

⁵⁵ Acerca de las similitudes y diferencias, *cf.* Fernández, Pablo Antonio y Méndez Silva, Ricardo, “El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en García Roca, Javier (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos...*, *cit.*, pp. 109 y ss.

⁵⁶ Sobre la importancia de este caso, *cf.* García Ramírez, Sergio y Zanghi, Claudio, “Las jurisdicciones regionales sobre derechos humanos...”, *cit.*, pp. 429 y ss.

Hay que advertir, sin embargo, que el TEDH se vio obligado a efectuar un control de convencionalidad desde muy pronto, cuando la hipotética vulneración de algún derecho convencional provenía inequívocamente de la misma norma nacional. Es lo que ocurre por ejemplo en el célebre caso Régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, del 23 de julio de 1968, en cuyo fallo el TEDH señala que el artículo 7.3 de la Ley belga del 2 agosto 1963, “no se conforma a las exigencias del artículo 14 del Convenio”.

El TEDH ha llegado incluso a sancionar la omisión legislativa, entendiéndola como falta de protección debida al derecho convencional. Véase el caso X e Y contra Holanda, del 26 de marzo de 1985, en el que el Tribunal considera la ausencia de protección penal de una menor mentalmente disminuida, que fue obligada a mantener relaciones sexuales, lesiva de su derecho a la vida privada y familiar en su dimensión de derecho a la integridad física; o el caso Siliadin contra Francia, del 26 de junio de 2005, en el que la protección penal insuficiente es causa, entre otras, de la lesión de la prohibición de esclavitud recogida en el artículo 4.1 del CEDH.

En casos como los señalados se ponen de manifiesto los límites del margen de apreciación nacional.⁵⁷ En principio, a los Estados corresponde adoptar las medidas que consideren pertinentes para proteger los derechos convencionales, desde luego incluyendo las legislativas. Pero éstas no están exentas del control del TEDH si son insuficientes (omisiones) o directamente contravienen el Convenio. En este último supuesto el TEDH no ha eludido proclamarlo en el fallo de sus sentencias, lo que ha obligado al Estado afectado a cambiar su legislación, bajo la supervisión del Comité de Ministros.

Se ha colegido, pues, del Convenio, la obligación estatal de modificar la legislación, derogando la norma inconventional o colmando la omisión detectada por el TEDH. Sin embargo, el TEDH no ha dado el paso de imponer otras medidas de restitución del derecho más allá de la satisfacción equitativa o de retrotraer actuaciones procesales. Tampoco, por supuesto, ha dado el paso de exigir que los jueces nacionales realizaran un control de convencionalidad de las normas internas. En la medida en lo que esto ha sucedido parcial e indirectamente ha sido fruto de la buena disposición de las autoridades nacionales.

Y lo que ha venido ocurriendo es que los criterios interpretativos del TEDH han sido tenidos en cuenta, con mayor o menor intensidad, por los tribunales nacionales para fijar el alcance de los derechos reconocidos en las normas nacionales, en especial en las constitucionales. Muy lentamente

⁵⁷ Al respecto, *cf.* García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Soberanía e integración*, Madrid, Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters, 2010.

y con intensidad variable, los Estados se han abierto a la interpretación del TEDH. Como los justiciables pueden acudir directamente al TEDH, ya sin la intermediación de la Comisión, los Estados corren el riesgo de ser condenados si se apartan del canon interpretativo fijado por el TEDH. Ha sido, por tanto, esa posibilidad, nada remota de condena, lo que ha estimulado, por un lado, la adopción de medidas legislativas (casos de condenas en cadena a un solo país por deficiencias en su legislación), y por otro, la acogida del sentido de los derechos recibido del TEDH. Así se ha ido produciendo una armonización.

El TEDH ha ido fijando el alcance de los derechos, gracias al sinfín de sentencias dictadas, que le han permitido adentrarse en las más variadas circunstancias de la vida donde los derechos estaban en juego. Lejos de contentarse con establecer mínimos de protección de las libertades, el TEDH —como la Corte Interamericana— ha asentado una jurisprudencia evolutiva justificada en la misma evolución de las sociedades. En rigor, su doctrina marca los mínimos de protección que los Estados pueden mejorar (artículo 53 del Convenio), pero nunca rebajar. Aunque con el TEDH ha ocurrido lo mismo que, por otras vías, ha conseguido la Corte Interamericana: que los mínimos convencionales constituyan en realidad una avanzada comprensión de los derechos que se imponga a los Estados para obligarlos a evolucionar y mejorar la protección que brindan a los derechos fundamentales.⁵⁸

En especial, el TEDH ha interpretado evolutiva, extensivamente, los derechos convencionales y ampliado su radio de acción. En los miles de casos resueltos, el Tribunal ha podido mejorar el ejercicio de los derechos al ampliar su contenido (véase entre otros el artículo 8o., derecho a la vida privada y familiar). Mientras que la Corte Interamericana, sin posibilidad de resolver tantos casos, también ha ampliado el contenido de los derechos interpretados (véase su doctrina de la desaparición forzada de personas) y sobre todo la Corte Interamericana se ha atrevido a llegar, imponiéndolo en sus fallos, donde no ha llegado el TEDH, a exigir de las autoridades nacionales, en particular de los jueces, la realización del pleno control de convencionalidad interno.

¿Podría el TEDH extraer del poco expresivo artículo 1o. del Convenio y de las disposiciones de la Convención de Viena empleadas por la Corte Interamericana, la obligatoriedad para los Estados de evacuar un control de convencionalidad difuso? Tal vez no lo necesite para ir creando un entendimiento común en Europa de los derechos fundamentales, ya que para este fin le basta la posibilidad de pronunciarse en último término al resolver

⁵⁸ Como explica Queralt Jiménez, *op. cit.*, pp. 462 y ss.

los miles de recursos que le llegan. No necesita objetivar el amparo europeo hasta el punto en el que lo ha hecho la Corte de San José ni convertir a los jueces nacionales en servidores suyos, como ha necesitado hacer la Corte interamericana.

En Europa,⁵⁹ por lo general, los tribunales nacionales han acogido la doctrina del TEDH, ya que si no lo hacen corren el riesgo de ser corregidos por el Tribunal europeo en la resolución de los recursos que contra las decisiones nacionales pueden directamente interponerse y que se fundarían en la contradicción entre la interpretación de los derechos recibida de la jurisdicción nacional con la sustentada en la instancia internacional. En esta tesitura, los tribunales nacionales europeos acaban interpretando los derechos constitucionales y la legislación nacional a la luz de la doctrina del TEDH; es decir, efectúan una parte del control de convencionalidad, la armonizadora. Así va lográndose ese *ius commune* europeo.⁶⁰

Sin embargo, al no imponer el TEDH el control de convencionalidad pleno que convirtiera el bloque de la convencionalidad (Convenio, protocolos y doctrina del TEDH) en canon de enjuiciamiento de las normas nacionales y que supusiera, en último término, la inaplicación o anulación de la norma nacional inconveniente, el control de convencionalidad resulta en Europa mucho más modesto que en el sistema interamericano y, por supuesto, que en el ordenamiento comunitario.⁶¹ Es verdad que la puesta en vigor del Protocolo 16 al CEDH, que prevé una suerte de cuestión prejudicial, reforzaría la interacción entre el TEDH y los poderes judiciales nacionales. En efecto, se prevé en el citado protocolo que al menos una alta instancia judicial nacional pueda, en el curso de un proceso, preguntar al TEDH acerca del alcance de las disposiciones convencionales. De este modo se evitaría la posterior condena al dar ocasión de que la jurisdicción nacional eluda cometer el error de resolver el caso en contra del parecer del TEDH, por mucho que el Protocolo establezca que la opinión vertida por el TEDH no sea vinculante. En realidad, la nueva cuestión prejudicial

⁵⁹ Sagüés ofrece una interesante síntesis de lo acontecido en Europa, “El control de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 403 y ss.

⁶⁰ Porque las sentencias del TEDH son las “herramientas hermenéuticas” de la armonización, Queralt Jiménez, *op. cit.*, p. 439.

⁶¹ Explica Queralt Jiménez que la armonización no es uniformización; esta viene exigida por el TJUE y deriva de la naturaleza del derecho comunitario, *op. cit.*, p. 437. En el mismo sentido Ferreres Comella, *op. cit.*, p. 236. En sentido parecido, Alejandro Sáiz Arnáiz explica la interpretación conforme como ausencia de contradicción, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 220 y ss.

aproximaría el sistema del TEDH al comunitario, en el que el mecanismo procesal semejante juega un extraordinario papel.

¿Qué sucederá cuando la UE se adhiera al Consejo de Europa y esté ligada formalmente a la jurisdicción del TEDH?⁶² Los fallos de la jurisdicción comunitaria podrían ser recurridos ante el TEDH, y podría llegar a enjuiciarse el derecho comunitario a la luz del CEDH, y eventualmente ser declarada su inconventionalidad. Hasta ese momento el TJUE está obligado a asumir la interpretación del TEDH de aquellos derechos del CEDH que tienen sus gemelos en la Carta de derechos fundamentales de la UE. En otras palabras, el entendimiento de los derechos fundamentales comunitarios viene marcado por el TEDH. Así que no me parece que hubiera novedades en lo que atañe a la irradiación del control de convencionalidad a los jueces nacionales. Seguirá sucediendo lo que hoy sucede, que tanto estos como el TJUE se sienten ligados a los criterios del TEDH, el TJUE además porque, desde el Tratado de Lisboa, que dota a la Carta de Niza de valor normativo, muchos de los derechos comunitarios significan lo que el TEDH ha determinado que significan sus gemelos en el CEDH.

III. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Como es notorio, España integra tanto el Consejo de Europa, tras ratificar el CEDH y aceptar la jurisdicción del TEDH; además, es miembro de la Unión Europea. Desde el primer momento el Tribunal Constitucional español tuvo presente la jurisprudencia del TEDH para construir los derechos fundamentales que la Constitución de 1978 vino a reconocer. Aunque el Estado español ha sufrido algunas condenas del TEDH no es ni mucho menos de los países más sancionados. Era previsible, en la medida en la que el Tribunal Constitucional español edificó su entendimiento de los derechos sobre la doctrina del TEDH,⁶³ para lo que contaba con el auxilio normativo del artículo 10.2 de la Constitución, verdadero acierto del constituyente, que mediante él abría la puerta a la recepción de la jurisprudencia del TEDH. Cabe imaginar un control difuso de convencionalidad nacional⁶⁴ con posible inaplicación, pero no me parece próximo.

⁶² Al respecto, García Roca plantea las incógnitas de esa futura adhesión, *El margen de apreciación...*, cit., pp. 347 y ss.

⁶³ Así lo entiende Martín Retortillo, Lorenzo, “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del TEDH”, *Revista de Administración Pública*, núm. 137, 1995, pp. 12 y ss.

⁶⁴ Como sugiere Jimeno Quesada, Luis, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad, un desafío para los tribunales constitucionales de la Unión Europea”, *Actas*,

1. *Posición de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español*

Como dispone el artículo 96.1 de la CE, “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”. Es patente que los tratados se integran en el orden jurídico interno aunque sean de fuente internacional, y despliegan los efectos previstos en ellos.

La Constitución distingue diversos tipos de tratados, a saber: en primer lugar, aquellos que “atribuyen a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, y que han de aprobarse mediante ley orgánica (artículo 93 de la CE). Este precepto ha sido interpretado como reserva para la aprobación de los tratados comunitarios. En segundo lugar, el artículo 94.1 de la CE dispone la previa autorización de las Cortes Generales para ciertos tratados de carácter político, militares, que afecten a la integridad territorial o que supongan obligaciones financieras para la hacienda pública o exijan modificaciones legislativas. De la conclusión del resto de los tratados serán informados el Congreso y el Senado (artículo 94.2 de la CE). No se mencionan los tratados reconocedores de derechos en esta parte de la Constitución, y su alusión, recogida en el artículo 10.2 de la CE, la examinaremos después.

La Constitución Española establece en definitiva tres procedimientos distintos para prestar el consentimiento internacional según la índole de los tratados, pero no aclara cuál es su posición dentro del ordenamiento jurídico interno. Al margen de la problemática de los tratados comunitarios, tan mal resuelta por el artículo 93 de la CE (uno de los más necesitados de reforma constitucional), la Constitución no aclara la ubicación de los tratados en el ordenamiento interno. Desde luego no se les declara suprema ley del país como hace el artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos o el artículo 133 de la Constitución mexicana. Solo queda claro que carecen de rango constitucional, toda vez que el artículo 95 de la CE contempla su control previo de constitucionalidad si lo reclaman del TC el gobierno o cualquiera de las cámaras de las Cortes Generales, y ningún precepto constitucional les dota de tal condición. Y en la medida en la que tengan aplicación directa podrían sufrir control incidental por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

El cumplimiento de los tratados depende, por lo general, del quehacer de los poderes públicos internos, y los eventuales incumplimientos se sustanciarán en los tribunales internacionales que correspondan. Son especiales en exigibilidad, como también es especial su gestación, reforma o denuncia.

2010, pp. 3 y ss. Y del lado iberoamericano, Sagüés, N., “El control de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 408 y ss.

En el marco constitucional español los tratados internacionales no ocupan un lugar específico ni están equiparados a las normas constitucionales; luego, no integran el bloque de la constitucionalidad, y no puede el Tribunal Constitucional hacerlos valer, ni tampoco se equiparan a la ley, y, por lo tanto, tampoco integran el bloque de legalidad que podrán hacer valer los tribunales ordinarios. Así las cosas, los tratados carecen, en principio, de aplicabilidad directa, porque ninguna autoridad jurisdiccional, ni el Tribunal Constitucional ni los jueces ordinarios, pueden exigirla. La única excepción es la de algunos tratados relativos a derechos, el CEDH y sus protocolos, que tienen la puerta abierta del TEDH, y cuya problemática es distinta, porque, al reconocer derechos, colocan a sus titulares en la posición de exigirlos ante las autoridades nacionales.

2. *El principio de armonización incluido en el artículo 10.2 de la Constitución Española*

El artículo 10 de la CE,⁶⁵ tras proclamar, en su apartado uno, la “dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad”, en el apartado segundo establece un criterio interpretativo según el cual “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 este precepto encontramos la distinción de los documentos internacionales sobre derechos que no se halla en los artículos 93 a 96 de la Constitución, ya analizados. En el artículo 10.2 se reserva a este tipo de tratados un papel especial en el ordenamiento español, en aquel momento novedoso, que solo después ha ido repitiéndose en otros ordenamientos constitucionales, recientemente en Iberoamérica, y que ha venido a denominarse “principio de armonización” o de interpretación de las normas internas sobre derechos conforme a los tratados internacionales sobre la misma materia.

⁶⁵ Acerca de este precepto, que se suele considerar un acierto del constituyente, *cfr.*, entre otros, Delgado Barrio, Javier, “Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, 1989, pp. 233 y ss.; García de Enterría, Eduardo, “El valor en derecho español de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *BICAM*, núm. 1, 1987; Rey Martínez, Fernando, “El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a las normas internacionales (análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, núm. 537, 1989, pp. 3611 y ss.; Sáiz Arnáiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional europeo de los derechos humanos, El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, CGPJ, 1999.

Hay que destacar, antes de analizar las consecuencias de la inclusión de este precepto, que en ningún caso supone el encumbramiento de tales tratados a rango constitucional. Hemos visto que ningún tratado internacional suscrito por España recibe semejante equiparación, tan común en el constitucionalismo iberoamericano. No obstante lo cual, es obvio que si una norma debe interpretarse conforme a otra, esta última parece tener, respecto a la interpretada, una cierta preferencia. Esta composición de lugar evoca los tratados internacionales sobre derechos como norma común de protección de la libertad que todos los Estados debe respetar, reproducir y desarrollar en sus ordenamientos internos. Nada más lógico entonces que las normas derivadas, las nacionales, se interpreten conforme a la matriz, las internacionales, de la que estas derivan. Lo dicho no significa que esa cierta superioridad implique aplicación directa de los tratados, pues lo que el artículo 10.2 CE establece es un criterio interpretativo,⁶⁶ no una regla de aplicación de la norma internacional que imponga el desplazamiento de la interna. Presupuestas las normas nacionales que, en cumplimiento de los tratados, han de existir, deben aplicarse interpretadas “de conformidad” con los tratados.

Ningún tratado sobre derechos ratificado por España es excluido, ni siquiera la Declaración Universal, que en rigor no reviste la forma de tratado, pero que es asimilada al canon interpretativo creado por el artículo 10.2 CE. El intérprete español habrá de considerarlos todos, y, en consecuencia, conocerlos, pues conforman su canon interpretativo. Y los intérpretes concernidos son todos, tanto el Tribunal Constitucional como los jueces ordinarios. Para todos se modifica el modo de entender los derechos proclamados internamente, al exigirse una interpretación de los mismos abierta al derecho internacional de los derechos humanos.

En su mayor parte, los tratados carecen de un órgano jurisdiccional que los interprete y aplique a casos concretos, aunque existan en Naciones Unidas o en otros organismos internacionales comités u otros entes que se ocupan de su promoción. Así que, respecto a la mayoría de los tratados, la interpretación conforme a ellos de las normas internas reclama de los intérpretes españoles una interpretación previa de la norma internacional, del mismo modo que la interpretación conforme con la Constitución exige primero su propia interpretación, cuyo alcance condicionará la interpretación conforme a ella de las normas infraconstitucionales. Toda interpretación conforme a otra norma exige la previa interpretación de esta última. Así que el Tribunal Constitucional español, cuando impone a todos los operadores jurídicos una interpretación de las normas internas conforme los

⁶⁶ Un “parámetro interpretativo” como explica Sáiz Arnáiz, A., *La apertura...*, *cit.*, pp. 87 y ss.

tratados sobre derechos, ha de realizar con carácter previo la interpretación de estos, salvo que alguno de ellos disponga de su propio intérprete, lo que provoca con naturalidad que el Tribunal Constitucional español se deba someter a la interpretación dada por el otro. Es lo que ocurre con el CEDH, que dispone de un órgano interpretativo supremo, el TEDH, al que el Estado ha reconocido jurisdicción. Y aunque el artículo 10.2 CE no mencione la interpretación de este tipo de organismos jurisdiccionales internacionales, el Tribunal Constitucional reconoció con naturalidad que la interpretación del Convenio efectuada por el TEDH, por ser su intérprete supremo, le vinculaba como vinculaba a los órganos judiciales ordinarios españoles. Negar esta vinculación a la jurisprudencia del TEDH hubiera sido, desde la perspectiva constitucional, desvirtuar el sentido pleno del artículo 10.2 de la CE, y, desde el punto de vista del derecho internacional, incumplir las obligaciones asumidas con el reconocimiento de la jurisdicción del TEDH. Solo si España hubiera ratificado el Convenio, pero no reconocido al Tribunal encargado de aplicarlo, la interpretación del CEDH habría quedado por entero al albur del Tribunal Constitucional.

La diferencia definitiva que detectamos entre el CEDH y otros tratados es que solo el primero cuenta con un órgano jurisdiccional encargado de interpretarlo y aplicarlo. Se produce así una situación en verdad insólita: un órgano internacional irradia interpretaciones de los derechos fundamentales, superponiéndose y vinculando a los máximos intérpretes nacionales de los derechos, e incluso al mismo poder judicial comunitario.

Es verdad que los supremos intérpretes nacionales no aplican directamente el CEDH, pero sí lo hacen indirectamente por su interpretación de los derechos convencionales efectuada por el TEDH, que acaba, de la suerte u otra, conformando el contenido de los derechos constitucionales. Así se labra el entendimiento común de los derechos en Europa. La interpretación conforme debe ser entonces entendida como ausencia de contradicción, como armonización, no como uniformización.⁶⁷

En efecto, el Tribunal Constitucional español y otros altos tribunales europeos van recibiendo con mayor o menor intensidad la jurisprudencia del TEDH sobre disposiciones reconocedoras de derechos incluidas en el CEDH, más o menos parecida a los equivalentes en los ordenamientos nacionales. Estos, para cumplir el compromiso internacional, deberán proteger todos los derechos convencionales. La tendencia, sin duda en la doctrina del Tribunal Constitucional español, ha sido enmarcar las posiciones iusfundamentales identificadas por el TEDH en los enunciados constituciona-

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 220 y ss.

les que reconocen derechos. Ello ha llevado en ocasiones a cambiar el sentido recibido en un primer momento por los preceptos constitucionales, bien alterando la interpretación de las facultades de cada uno de los derechos o lisa y llanamente incluyendo nuevas facultades, nuevas situaciones, que se sumaban a las ya reconocidas, ambas cosas siguiendo la audaz interpretación del TEDH, que de su catálogo de derechos clásicos ha ido extendiendo su protección a situaciones de la vida antes no consideradas.⁶⁸ La ampliación ha ido, pues, en una doble dirección: por un lado, cambiando la significación de ciertos derechos (por ejemplo, ampliando lo que debe considerarse tortura o tratos inhumanos o degradantes), y por otro, ha incorporado nuevas facultades a ciertos derechos (por ejemplo, fragmentos del derecho al ambiente en el derecho a la vida privada y familiar).

Alguna duda pudo suscitarse al principio, a propósito de cuáles derechos venían afectados por la cláusula del artículo 10.2 de la CE, que menciona “los derechos fundamentales y las libertades”. Este rótulo se reserva a la cabecera de la sección primera del capítulo II del título I. Sin embargo, el concepto de derecho fundamental que la doctrina española ha colegido del artículo 53.1 de la CE⁶⁹ abarca todos los derechos constitucionales reconocidos en el capítulo II del título I⁷⁰ y abarcaría también a los proclamados en la sección segunda, “derechos de los ciudadanos”, entre los que hallamos algunos que también reconoce el CEDH, y acerca de los cuales hay por tanto jurisprudencia del TEDH. Tal es el caso del derecho de propiedad o del derecho a contraer matrimonio.

3. *Posición del Tribunal Constitucional español y su recepción de la doctrina del TEDH*

Ya he explicado que el Tribunal Constitucional se halla sometido al principio de armonización, como lo están todos los órganos judiciales ordinarios, *ex* artículo 10.2 de la CE. Todos pueden, y lo hacen, invocar la interpretación del TEDH, pero el TC, al decir la última palabra en materia de garantías constitucionales (artículo 123 de la CE), la dice también a propósito de la vinculación a la jurisprudencia del TEDH.

El TC, según su ley orgánica (artículo 1o.), “está sometido sólo a la Constitución y a la presente ley orgánica”. Y ejerce las funciones que le encomien-

⁶⁸ Una clasificación de estos supuestos se encuentra en Queralt Jiménez, *op. cit.*, pp. 447 y ss.

⁶⁹ *Cfr.* al respecto, entre otros, Martín Retortillo, Lorenzo y Otto Pardo, Ignacio de, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Cívitas, 1988; Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

⁷⁰ Así lo entiende Sáiz Arnáiz, A., *La apertura...*, *cit.*, pp. 66 y ss.

da la Constitución (artículos 161 y 163) y la citada ley orgánica. De ninguno de los preceptos aludidos se desprende que el CEDH ni ningún tratado se integre en el canon de enjuiciamiento del TC ni, como hemos visto, del artículo 10.2 de la CE se infiere tal cosa, porque no es una cláusula aditiva que permita ampliar el listado de derechos fundamentales que solo son los expresamente reconocidos en la Constitución.⁷¹ De este último precepto el TC ha deducido lo que era natural e inevitable: que la interpretación del TEDH, como intérprete supremo del CEDH, se habría de convertir en parámetro de la interpretación conforme exigida. El TC se ha sentido vinculado a la interpretación del TEDH y ha impuesto esa vinculación propia a los órganos judiciales españoles.

La rotunda negación, hecha por el TC, de que el CEDH integre su canon de enjuiciamiento, resulta paradójica, al advertir que, sin embargo, se vincula a la interpretación del CEDH hecha por el TEDH. En otras palabras, el TC se siente preocupado por la jurisprudencia del TEDH, pero no por el mismo Convenio del que el TEDH extrae su interpretación. ¿No es acaso el TC parte del Estado español y por ello no está obligado por el CEDH? ¿No debería entonces el TC dar el paso de considerar el CEDH parte de su canon de enjuiciamiento? Si así lo hiciera, el Convenio adquiriría rango constitucional, sin que la Constitución lo dispusiera expresamente y el TC había ido demasiado lejos.

La aporía se resuelve potenciando el efecto del artículo 10.2 de la CE y concluyendo en lo que Sagüés llama “Constitución convencionalizada”. El grado de “convencionalización” es desde luego menor que la presente en aquellos ordenamientos cuya Constitución declara que los tratados sobre derechos ostentan rango constitucional. Con todo, parece legítimo emplear el hallazgo terminológico del doctor Sagüés en el caso español, toda vez que en materia de derechos el TC ha asumido la doctrina del TEDH para fundar en ella su comprensión de los derechos reconocidos en la Constitución española,⁷² pero son estos y no los convencionales los que hace valer el alto tribunal español.

El problema entonces se avoca al grado de “convencionalización” de los derechos constitucionales. Si estos deben interpretarse de conformidad con la interpretación dada a los derechos convencionales por el TEDH, ¿hay algún límite a esa convencionalización? El profesor Aragón, magistrado en su

⁷¹ Sáiz Arnáiz advierte que el artículo 10.2 de la CE no permite crear nuevos derechos fundamentales desconectados de los enunciados en la Constitución. *Ibidem*, pp. 79 y ss.

⁷² Protagonismo del Tribunal Constitucional que resalta Queralt Jiménez, *op. cit.*, pp. 440 y ss.

momento del Tribunal Constitucional español, razonó sobre esos límites en su voto particular a la STC 150/2011, del 29 de septiembre, en el que discrepa de la mayoría por mantener la doctrina vertida en la STC 119/2001, del 25 de mayo. Esta última sentencia adoptó la doctrina del TEDH acerca del derecho a la vida privada frente a contaminación (una de las más audaces interpretaciones del artículo 8.1 del CEDH).⁷³ Para Aragón, esa adopción fue un error que no se rectifica en la sentencia de la que discrepa. El error consistió, a su juicio, en utilizar indebidamente el artículo 10.2 de la CE para ampliar la lista de derechos constitucionales o, al menos, para desfigurar los declarados concluyendo en la existencia de los derechos a la integridad y a la inviolabilidad de domicilio frente a contaminación. En su opinión, la CE no protege la vida privada (lo que hace el CEDH), sino su núcleo, la intimidad, y la protección de la salud es un principio rector (artículo 43.1 de la CE), y no un derecho fundamental. Se produjo por tanto una encubierta incorporación de nuevos derechos fundamentales o al menos una radical alteración de los declarados. Para Aragón, los derechos convencionales han de ser protegidos, si no tienen sus gemelos en la Constitución, por la jurisdicción ordinaria, en la medida en la que el CEDH integra el ordenamiento nacional ex artículo 96.1 de la CE.

¿Cómo ha quedado convencionalizada la Constitución Española? El artículo 53.1 CE establece que la regulación legal de los derechos constitucionales “deberá respetar su contenido esencial”, de suerte tal que una ley contraria a ese contenido esencial sería inconstitucional. No cabe ahora extenderse en explicaciones a propósito de la expresión “contenido esencial”, pero a grandes rasgos éste se identifica con el mínimo indispensable que debe ponerse a disposición de los titulares de cada derecho para permitir que sea reconocible. La interpretación del TEDH se identifica con ese contenido mínimo, cuya infracción no solo acarrearía un incumplimiento internacional del Estado español, sino, asimismo, un infracción constitucional.⁷⁴ Aquí tenemos el principal efecto de la “convencionalización” de la Constitución, porque convierte la jurisprudencia del TEDH no solo en criterio interpretativo para modificar la interpretación nacional de los derechos, sino también en canon de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las

⁷³ Al respecto, *cf.* Canosa Usera, Raúl, “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en García Roca, Javier *et al.* (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 79-112.

⁷⁴ Esta conexión entre los artículos 53.1 y 10.2 de la Constitución la pone de manifiesto Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos en México y España*, México, Porrúa, 2009, p. 340. También Ferreres Comella, *op. cit.*, p. 551.

leyes. Los tratados se convertirían así en una suerte de parámetro indirecto de constitucionalidad.⁷⁵

En rigor, el TC no puede apartarse la doctrina del TEDH, porque correría el riesgo de ser condenado en un hipotético recurso ante el TEDH. Solo podría apartarse para ampliar la protección del derecho brindada por el tribunal internacional y mejorar esa protección,⁷⁶ en virtud del criterio interpretativo *favor libertatis* que no se halla expresamente recogido en la Constitución española, como sí lo está, por ejemplo, en la carta mexicana en la forma de principio pro persona (artículo 1o.), pero que conforma el acervo interpretativo de todos los tribunales constitucionales.

4. *La posición de los jueces ordinarios españoles*

El modelo de control de constitucionalidad concentrado que, en la línea europea, establece la Constitución de 1978, no permite a los órganos judiciales ordinarios dejar de aplicar en el caso concreto una ley contraria a la Constitución. Los jueces están “sometidos únicamente al imperio de la ley” (artículo 117.1 de la CE) y en especial, como todo poder público, están vinculados a los derechos constitucionales (artículo 53.1 de la CE), además de estarlo también a la Constitución (artículo 9.1 de la CE). ¿Cómo resolver esta aparente antinomia? La resuelve el artículo 163 de la CE, cuando obliga a los órganos judiciales ordinarios a plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el TC si consideran que una “norma con rango de ley aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución”. Antes del planteamiento el órgano judicial habrá de intentar la interpretación conforme a la Constitución de la norma dudosa (artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En esta actuación judicial sucintamente trazada ¿cómo juega el CEDH y la doctrina del TEDH? A mi juicio, de una manera parecida a como lo hace en el proceder del TC, ya que los órganos judiciales ordinarios también deben interpretar las normas internas sobre derechos de conformidad con los tratados sobre la materia y la doctrina del TEDH (exartículo 10.2 de la CE). Así ha sucedido en muchas ocasiones, y las sentencias del Tribunal Supremo lo demuestran. Véase, por ejemplo, la dictada en el caso Barajas, donde la sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, del 13 de noviembre de 2008, aplica una doctrina del TEDH que no había tenido

⁷⁵ Sáiz Arnáiz, A., *La apertura...*, *cit.*, pp. 266 y ss.

⁷⁶ Queralt Jiménez advierte que el TEDH fija los mínimos que pueden superar los tribunales nacional, pero que no pueden rebajar, *op. cit.*, p. 438. En parecido sentido Ferreres Comella, *op. cit.*, pp. 406 y 407.

ocasión todavía de ser recibida por el TC, a propósito de la apreciación formalista de la prueba. En otras palabras, la jurisdicción ordinaria no está obligada a que sea el TC quien reciba la doctrina del TEDH, y puede ella recibirla por su propia autoridad. Ahora bien, esta recepción, convencionalización de las disposiciones constitucionales sobre derechos, efectuada por la jurisdicción ordinaria, puede sufrir la revisión del TC, que podría corregirla o revocarla.

Cabe preguntarse también si los tribunales ordinarios podrían, por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, plantear al TC sus dudas acerca de cómo interpretar la normativa interna a la luz de la doctrina del TEDH. A mi parecer, es perfectamente posible. Lo curioso es que el órgano judicial ordinario puede no plantear cuestión y acometer la interpretación de la Constitución y de las normas de desarrollo a la luz de la doctrina del TEDH sin recurrir al TC, como puede hacerlo también cuando interpreta conforme a la Constitución. Esto ocurre precisamente en el citado caso Barajas, cuyo origen es una sentencia del TC, la STC 119/2001 donde, si bien se recibió solemnemente, en el Pleno del TC, la doctrina del TEDH, se desestimó el amparo. Luego los recurrentes acudieron al TEDH, que estimó su demanda censurando algunos de los argumentos del TC y ampliando su doctrina acerca del derecho a la vida privada frente a contaminación (caso Moreno Gómez contra España, del 16 de noviembre de 2004). La recepción de esta importante jurisprudencia no la lleva a cabo el TC, sino el Tribunal Supremo en la citada sentencia del caso Barajas.

Los tribunales ordinarios están obligados a proteger los derechos constitucionales “convencionalizados”, bajo la última supervisión interna del Tribunal Constitucional. Pero podría suceder que algunos de los derechos convencionales, tal y como han sido interpretados por el TEDH, no hubieran sido acomodados en el contenido de los derechos fundamentales. En este supuesto subsistiría la obligación del Estado español de protegerlos (ex artículo 96.1 de la CE), y ya no sería misión del Tribunal Constitucional ocuparse de ello, sino que la tarea correspondería a los tribunales ordinarios a través de las vías procesales previstas en el ordenamiento interno. Es el caso del derecho de propiedad o del derecho a contraer matrimonio.

5. Inexistencia de una instancia nacional que declare la inconvencionalidad y posible revisión del proceder nacional por parte del TEDH

Como hemos visto, en Europa en general y en España en particular, se ha desarrollado una intensa aplicación del principio de armonización, de la interpretación conforme al CEDH, que es interpretación conforme a la

interpretación hecha del Convenio por el TEDH. En cierto modo el bloque de la constitucionalidad se ha ampliado, por vía interpretativa, para incluir como supremo canon de enjuiciamiento la interpretación de los derechos dada por el TEDH. Sin embargo, tal bloque no incluye el Convenio mismo, porque ni las Constituciones nacionales le reconocen rango constitucional ni el TEDH lo ha impuesto, como sí lo ha hecho la Corte Interamericana. Tampoco el TC español ha llegado tan lejos para inferir del artículo 10.2 de la CE, lo que éste no contempla expresamente.

En el ordenamiento jurídico español ningún órgano tiene la facultad de declarar formalmente la inconvencionalidad de una norma nacional, solo indirectamente el Tribunal Constitucional podría declarar su inconstitucionalidad, entendida como discrepancia con la interpretación de los derechos constitucionales interpretados según la doctrina del TEDH. Esta incardinación viene favorecida por la similitud entre ambas declaraciones, la constitucional y la convencional. Si la primera es desarrollada, interpretada y aplicada según el sentido recibido por la segunda, la inconvencionalidad no se producirá, y cuando se produzca siempre el TEDH tendrá ocasión de declararla ya en las normas generales o en la aplicación que de ellas se haga, gracias a la posibilidad que todos los justiciables tienen para llegar directamente ante el TEDH. No es indispensable, pues, que un órgano nacional declare solemnemente la inconvencionalidad cuando el TEDH tiene tantas posibilidades de hacerlo. Por ello, tal vez no ha forzado la máquina como lo hizo en su día la Corte Interamericana, imponiendo ese control a los Estados, de manera tal que, de no cumplirlo, infringirían la Convención. En Europa, a grandes rasgos, tenemos un control concentrado de convencionalidad de origen incidental, pero que brinda muchas, miles de oportunidades al TEDH para pronunciarse.⁷⁷ No era necesario forzar a los ordenamientos nacionales para que sus tribunales constitucionales se vieran obligados a declarar con efecto general la inconvencionalidad de las leyes.

IV. CONCLUSIÓN

El control de convencionalidad nacional es quizá la innovación más asombrosa del reciente constitucionalismo iberoamericano. Aúna lo constitucional con lo internacional en el fértil campo de la protección de los derechos fundamentales, para encumbrar a la Convención Interamericana y a la Corte encargada de aplicarla a una posición dominante, que, con alguna

⁷⁷ Con el riesgo de congestionar al tribunal, por lo que acaso haya que plantearse la objetivación del amparo europeo, como apunta García Roca, evocando los casos de los amparos alemán y español, “El diálogo entre...”, *cit.*, pp. 208 y ss.

reserva, ha venido siendo aceptada por los Estados nacionales. Esta auténtica revolución jurídica ha convertido a los jueces nacionales en auxiliares de la Corte, al imponerles la tarea de efectuar un control de convencionalidad pleno: interpretación conforme y declaración de inconvencionalidad. Se ha edificado así un sistema de control difuso de convencionalidad, donde la Corte oficia como una suerte de tribunal supremo.

El sistema europeo es más bien de control concentrado, porque solo el TEDH ha realizado en rigor control de convencionalidad pleno, ya que muy tempranamente hubo de efectuarlo cuando resultaba evidente que la lesión del derecho convencional provenía directamente de la ley o de su omisión. Sin embargo, no ha impuesto a los Estados la tarea de declarar la inconvencionalidad de las propias normas; ha sido, pues, más respetuoso con el principio de subsidiariedad, inspiración primera de la protección internacional.⁷⁸ Como el TEDH puede potencialmente pronunciarse en miles de ocasiones, los Estados no han tenido más remedio, para eludir sucesivas condenas, que modificar sus leyes y cambiar la interpretación de los derechos para acomodarse, armonizarse con el parecer del TEDH. La puesta en vigor del Protocolo 16 daría a la jurisdicción nacional ocasión de armonizarse antes de resolver los casos.

Así que en ambos sistemas regionales, por vías diferentes, se han ido conformando Constituciones más o menos convencionalizadas,⁷⁹ el punto de encuentro entre ordenamientos nacionales e internacionales en defensa de la libertad, servidas por jueces constitucionales cosmopolitas⁸⁰ que interpretan y aplican el derecho con una perspectiva muy distinta a la del pasado, y que se funda, a la postre, en una teoría común de los derechos fundamentales.⁸¹

El Tribunal Constitucional español no ha asumido un control de convencionalidad que hubiera supuesto la conversión del CEDH en canon de su enjuiciamiento, pero ha interpretado (exartículo 10.2 de la CE) los derechos constitucionales conforme a la doctrina del TEDH, tarea en la que le han seguido los tribunales ordinarios. España es buen ejemplo de la modesta proyección del control interno de convencionalidad en Europa, ceñido al principio de armonización.

⁷⁸ Acerca de la subsidiariedad, *cf.* García Roca, J., *El margen de apreciación...*, *cit.*, pp. 93 y ss.

⁷⁹ Que son expresión de la “globalización jurídica”, a la que se refiere García Roca, J., “El diálogo entre...”, *cit.*, pp. 183 y ss.

⁸⁰ Calificativo atribuido por Zagrebelsky, “El juez constitucional en el siglo XXI”, *Revista Internacional de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, 2008, p. 249.

⁸¹ Como recuerda García Roca, respecto a la teoría europea de los derechos fundamentales, *El margen de apreciación...*, *cit.*, pp. 41 y ss.