

CANOSA USERA, Raúl, *El control de convencionalidad*, Navarra, Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, 134 pp.

Tras su trabajo monográfico *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, y su contribución con el artículo “¿Es posible el control pleno de convencionalidad en España?”, Raúl Canosa Usera nos presenta el estudio *El control de convencionalidad*. El libro que aquí se reseña ofrece una exposición de teoría y práctica del control convencional en el ámbito interamericano para, posteriormente, proponer la forma en que podría implementarse en España la revisión judicial de la norma interna a la luz de las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos que vinculan al Estado.

Un elemento que aporta fortaleza a la obra es el cuidado del autor en acudir a doctrinistas y operadores jurídicos que han contribuido de forma importante en el desarrollo del tema. Se resalta la opinión del doctor Sergio García Ramírez, forjador de la teoría del control de convencionalidad en su papel como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ y las aportaciones del doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, actual vicepresidente del Tribunal de San José, quien es, quizás, uno de los principales impulsores en América Latina de la doctrina en comento.

Desde el inicio de la monografía, el autor nos centra en su tesis, la conveniencia de que en España, en caso de pretender llevarse a la práctica, el control de convencionalidad se efectúe de forma concentrada por el Tribunal Constitucional. Como introducción al estudio, en el capítulo I se describen y distinguen brevemente los sistemas europeo y americano para la protección de los derechos humanos. Según Canosa Usera, la diferencia esencial radica en que en Europa se ha actuado con mayor cautela, pues el control se deja en manos de los máximos tribunales nacionales, a diferencia del

¹ En adelante también Tribunal o Corte de San José, Corte IDH, Corte Interamericana, Corte de Costa Rica, tribunal o contencioso interamericano.

caso interamericano, en donde refiere que se “ha preferido imponer a los jueces nacionales la tarea de evacuar el control de convencionalidad sobre las leyes internas” (p. 17).

Con el fin de situarnos en el contexto interamericano, el capítulo II expone los factores que influyeron para el desenvolvimiento de la revisión interna de la norma a la luz de los estándares convencionales. Además, explica los tipos de control (el concentrado y el difuso), los grados de intensidad (la expulsión, ya sea por declaración de inconvencialidad o inaplicación de las normas contrarias al *corpus iuris* internacional, o bien, su interpretación conforme), así como el fundamento internacional que lleva a hacer posible este ejercicio.

Luego de ello, en el capítulo III Canosa considera las complejidades del sistema europeo, como la diversidad de culturas jurídicas que lo integran, la posibilidad de acceder de manera directa al Tribunal Europeo de Derechos Humanos² —recordando que desde la entrada en vigor del Protocolo 11 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³ desaparece la Comisión— y la existencia de la Unión Europea que añade una vía para la protección de los derechos, la del derecho comunitario. El autor refiere que el problema que la Corte IDH ha tratado de resolver a través de la adopción del control de convencionalidad, ha sido afrontado por el legislador supranacional europeo de manera distinta, a través de la objetivación (pp. 72-82).

Una vez contextualizados ambos sistemas de protección de derechos, en el capítulo IV nuestro autor nos adentra en el caso español. En esta parte de la obra, Canosa Usera resalta la importancia del criterio hermenéutico previsto en el artículo 10.2 de la Constitución de España, consistente en armonizar, a través de la interpretación, las normas interna e internacional (p. 92). Tras el estudio de las determinaciones del Tribunal Constitucional, pone en evidencia que este órgano no puede apartarse de la doctrina del TEDH pues correría el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional, además de infringir el artículo 10.2 de la Constitución, por lo que sólo podría dejarla de lado para ampliar la protección del derecho (p. 100).

² En el presente trabajo se hará referencia a él como TEDH o Tribunal de Estrasburgo, indistintamente.

³ Mejor conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos o CEDH por sus siglas en español.

Para finalizar su trabajo, el autor nos ofrece, en el capítulo V, las conclusiones alcanzadas acerca de la forma en que podría implementarse el control de convencionalidad en España. Entre ellas, puntea las reformas normativas que propone realizar para que el ejercicio de revisión del orden jurídico interno a la luz de la norma convencional pueda llevarse a cabo satisfactoriamente (p. 134).

El estudio es novedoso y atinado, sin lugar a dudas necesario por el escaso tratamiento del tema en España. Con todo, vale la pena realizar ciertas observaciones y precisiones, las cuales se efectuarán —en su mayoría— con especial énfasis en el terreno interamericano, ámbito en el que podría ampliarse el avance y alcance de la doctrina objeto de estudio.

Al exponer los tipos de control de convencionalidad (pp. 27-32) el autor concluye que la forma en la que los países podrían realizar este ejercicio, es decir, de manera concentrada o difusa, dependerá del tipo de control de constitucionalidad instaurado. La práctica, no obstante, ha demostrado que el control convencional puede ser efectuado por los juzgadores, con independencia del tipo de control de constitucionalidad adoptado internamente. Por ejemplo, en México el control concentrado de constitucionalidad y de convencionalidad puede ser ejercido exclusivamente por el Poder Judicial de la Federación, su efecto es la declaración de inconvenencialidad de la norma y su expulsión del sistema jurídico, en caso de encontrar que la disposición interna contraviene la internacional. El control difuso de convencionalidad, por su parte, se ejerce por el resto de juzgadores, tribunales administrativos, así como por toda autoridad, en sus respectivas esferas de competencia, y tiene como efecto la inaplicación de la norma impugnada, es decir, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sin poderse pronunciar sobre su inconstitucionalidad ni tener un efecto *erga omnes*.⁴ Se debe añadir que, incluso, antes de la inaplicación de la norma, los poderes públicos están obligados a llevar a cabo un control débil de convencionalidad, es decir, armonizar la norma a través de la interpretación conforme.⁵ Lo señalado demuestra que, sin tener facultad de controlar la constitucio-

⁴ Así lo determinó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su tesis 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, octubre de 2015, p. 1647.

⁵ Ello, en virtud de la obligación impuesta por el artículo 1o. constitucional, pfo. 2o., el cual dispone que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favo-

nalidad de las disposiciones normativas, las autoridades pueden y deben enjuiciar la norma interna a la luz de la norma convencional. Empero, ello no quiere decir que sea pretexto de un nuevo paradigma en la protección de los derechos humanos, el órgano de control puede separarse de su propio ámbito de competencia, y en esto ha sido cautelosa la Corte Interamericana al señalar que las autoridades deben actuar en el marco de sus respectivas competencias, las cuales le son conferidas por el derecho interno.⁶

A propósito de la observación anterior, debo comentar que, aunque es cierto que hace referencia de forma velada a la obligación de las autoridades nacionales (p. 28) o de los poderes públicos (p. 31) de participar en el control de convencionalidad, el autor enfoca su estudio en el control que deben realizar los tribunales nacionales (pp. 16, 17, 19, 21, 27, 28, 30, 32 y 36). Canosa Userra centra su comentario en el juicio de convencionalidad a efectuarse por instancias judiciales sin explicitar que otras autoridades, incluso ejecutivas o legislativas, deberían realizarlo, conforme a sus atribuciones, según los estándares que hasta el momento de la publicación del estudio había fijado la Corte Interamericana en su jurisprudencia. Si bien en sus orígenes, cuando aún se hablaba de una “especie” de control de convencionalidad,⁷ la Corte de Costa Rica ciñó su decisión exclusivamente al deber de los órganos judiciales, actualmente el Tribunal de San José ha determinado extender la obligación a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias.⁸ Es así que desde el caso *Cabrera García* y

reciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia y de la mano con los estándares que sobre la materia ha fijado el Tribunal de Costa Rica.

⁶ Como reconocen González, Pablo *et al.*, la doctrina del control de convencionalidad en principio no altera la facultad exclusiva de los Estados de decidir la forma en que organizan los poderes y atribuciones del Poder Judicial o cualquier otra autoridad estatal, por lo que no es posible afirmar que el control de convencionalidad otorga competencias o atribuciones a autoridades estatales. González, Pablo *et al.*, *La doctrina del control de convencionalidad y su aplicación en algunas experiencias nacionales*, Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2016, p. 25.

⁷ Me refiero aquí al emblemático caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, en el cual la Corte utilizó por primera vez el término *control de convencionalidad*, pfo. 124.

⁸ Véase, *inter alia*, Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, pfo. 225; caso *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, pfo. 239; caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones, sentencia del 30 de

Montiel Flores vs. México, y con una claridad determinante en la sentencia de fondo y reparaciones, así como en la Resolución de Supervisión de Cumplimiento en el caso *Gelman vs. Uruguay*, el Tribunal dio un paso adicional en el desarrollo de su doctrina, aclarando que la obligación de ejercer un control de convencionalidad no sólo estaba dirigida al Poder Judicial. En efecto, siguiendo la lógica de que las obligaciones de respeto y garantía plasmadas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹ (disposición a la que nos referiremos en líneas posteriores) obligan al Estado como un todo, y por lo tanto, su cumplimiento no está sujeto a la división de atribuciones que señala el derecho interno, se ha afirmado ya que el control de convencionalidad “alcanza a todas las autoridades del Estado, sin importar si éstas pertenecen al Poder Ejecutivo, al Legislativo o al Judicial”,¹⁰ aunque el cumplimiento de dicha obligación recaiga principalmente en órganos jurisdiccionales.¹¹ Los pronunciamientos más recientes del Tribunal Interamericano al tema, podrían tomarse en cuenta para plantear nuevas críticas en torno al alcance que pretende darse al control de convencionalidad.

En lo que concierne al canon de enjuiciamiento para llevar a cabo el control convencional en América, Canosa refiere, en primer término, la Convención Americana (p.16), posteriormente menciona también los Protocolos (p. 32), y luego agrega la interpretación que de ellos ha hecho la Corte (p. 42). Además de los aludidos, cabría añadir que, según la interpretación realizada por el propio Tribunal Interamericano, puede ser parámetro para el control cualquier ordenamiento del *corpus iuris* interamericano, dependiendo de la materia del asunto en cuestión y, claro está, la obligatoriedad

noviembre de 2012, serie C, núm. 259, pfo. 142; caso *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, pfo. 66; caso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de agosto de 2014, serie C, núm. 282, pfo. 471; caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 14 de octubre de 2014, serie C, núm. 285, pfo. 213.

⁹ En adelante también se le referirá como CADH, Convención Americana o Pacto de San José.

¹⁰ González, Pablo *et al.*, *La doctrina del...*, cit., p. 21.

¹¹ A ellos les corresponde como tarea fundamental, en atención a los artículos 1.1 y 25 del Pacto de San José, la salvaguardia de los derechos humanos contenidos en el orden jurídico interno.

en su aplicación para el Estado parte.¹² También ha ampliado el parámetro de convencionalidad a las opiniones consultivas, es decir, lo que determine en ejercicio de su competencia no contenciosa; a las interpretaciones que lleva a cabo al resolver sobre medidas provisionales, y a aquellas que realiza en la supervisión de cumplimiento de sentencias.¹³

En lo que atañe a las comparaciones que realiza entre los sistemas americano y europeo, Canosa señala en múltiples ocasiones que es la Corte de San José quien ha *impuesto* el control en los tribunales nacionales (pp. 27, 30, 34) mientras que en el caso europeo la facultad de controlar la interpretación del CEDH —control que se realizaría a través de los altos tribunales nacionales— no ha sido impulsada por el Tribunal de Estrasburgo, sino por el Protocolo 16 del Convenio referido. No obstante, cabe aclarar que el artículo 2o. de la Convención Americana establece la obligación de armonizar el derecho interno e internacional, a la vez que el dispositivo 1.1 del referido instrumento normativo impone la obligación de respetar los derechos y libertades allí reconocidos, así como de garantizar su libre y pleno ejercicio.¹⁴ En este sentido, siguiendo a González, se puede sostener que a pesar de no encontrarse explicitado en la Convención, el control de convencionalidad encuadraría en las medidas de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por el Pacto de San José.¹⁵ Es decir, fue en virtud del pacto realizado y no bajo determinación de la Corte IDH que los Estados se comprometieron a adoptar medidas en la legislación interna para adecuar el derecho nacional con el supranacional a fin de respetar y garantizar los derechos humanos. En mi opinión, dicha obligación importa que se realice mediante control convencional ante la presencia de normas incompatibles, si bien ha sido una doctrina desarrollada por la Corte IDH, los fundamentos jurídicos se lo han permitido. Esto debe

¹² Cfr., por ejemplo, Corte IDH, caso *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, fondo reparaciones y costas, sentencia del 20 noviembre de 2012, serie C, núm. 253, pfo. 330.

¹³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 725-727.

¹⁴ Las mencionadas reglas especiales en materia de derechos humanos han de complementarse con las reglas generales previstas por el derecho de los tratados. Al respecto, cabe resaltar lo contemplado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según los cuales los tratados han de cumplirse por las partes de buena fe (*pacta sunt servanda*) y una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

¹⁵ González, Pablo *et al.*, *La doctrina del...*, cit., pp. 19 y 20.

leerse conjuntamente con las obligaciones previstas en el artículo 68.1 de la CADH para los Estados que sean parte del caso en cuestión, así como con la obligación de las autoridades de regirse bajo el principio *pro personae* que encuentra su base normativa en el dispositivo 29 del referido ordenamiento interamericano.

Ahora bien, a diferencia de lo que opina el autor, a mi juicio, las decisiones que en la materia ha adoptado la Corte IDH no deben interpretarse como si fuera una corte suprema o una cuarta instancia,¹⁶ pues ha optado por abrir un diálogo jurisprudencial en el que, en ocasiones, se sirve de las decisiones que se toman en el ámbito interno. Recordemos que se ha percibido a la Convención Americana como el *piso mínimo* de protección de los derechos humanos *ex artículo 29*, por lo que, si existe una disposición de carácter interno que resulte más beneficiosa, no habría razón por la cual no fuera a aplicarse esta última, aun siendo norma interna. Se llegaría a una conclusión distinta si se pretendiese aplicar una norma que no cumpla los estándares internacionales a los que se ha obligado el Estado parte, en cuyo caso se tendría que apartar de la disposición normativa nacional. La supremacía, entonces, no debe verse desde el órgano decisor o la norma, sino desde la perspectiva de la mejor protección del derecho en cuestión.

Por lo que hace al ámbito europeo, en el apartado dedicado a la objetivación del sistema de derechos humanos, en particular al reforzamiento de la subsidiariedad que se ha dado con los protocolos 14 y 15 al CEDH, Canosa Usera considera que, como el margen de apreciación nacional fortalece la presunción de convencionalidad de las normas internas, el reforzamiento del principio “parece desvanecer la posibilidad de que el TEDH imponga a los Estados el control de convencionalidad interno” (p. 75). Aunque es cierto que el Tribunal Interamericano se ha mostrado reticente en emplear el margen de apreciación en sus resoluciones, considero que dicho principio

¹⁶ Sobre el tema, el antiguo juez Sergio García Ramírez señaló que “[l]a Corte Interamericana, que tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal Interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos”. Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 155, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, pfo. 6.

no obstaría la aplicación del control de convencionalidad. Por ejemplo, la interpretación conforme (control débil de convencionalidad) exige que el operador jurídico interprete la norma de forma tal que exista una conformidad con el *corpus iuris* internacional, considerando, claro, su presunción de constitucionalidad y convencionalidad. En este ejercicio hermenéutico, como señala Sagüés, “en caso de duda, conforme a tal presunción, habrá que optar por la validez, y no por la invalidez, del derecho nacional”.¹⁷ Así lo ha reconocido el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en el expediente Varios 912/2010 (cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla Pacheco*) al señalar que las normas no pierden su presunción de constitucionalidad, sino hasta que el resultado del control así lo refleje. Ello implica que las normas que son controladas puedan incluso salvar su presunción de constitucionalidad mediante su interpretación.

También es cierto que el margen de apreciación nacional no excluye la posibilidad de que una norma pueda ser considerada inconveniente cuando, tras un análisis en el caso concreto, se concluya que no existe posibilidad de aplicar el precepto en cuestión, incluso tomando en cuenta las particularidades del Estado, sin que con dicha aplicación se transgreda irremediablemente una disposición internacional. Considerando, como afirma Canosa, que el propósito del margen de apreciación es el de “concretar el modo interno de protección de los derechos convencionales” (p. 84) lo que debería enjuiciarse en un caso es si la forma de concretarla es acorde a las obligaciones internacionales en materia de derecho humanos. Ahora bien, lo cuestionable sería plantear un supuesto margen de apreciación respecto de una norma violatoria de un derecho a la luz de la norma supranacional.

Trasladándonos al caso de España, para proponer la concertación interna del control convencional, Canosa apunta que al fundarse el control difuso en los artículos 96 y 9.3 de la Constitución Española “si la inconveniencia infringe estos preceptos entonces puede reducirse a inconstitucionalidad y ésta sólo puede apreciarla el TC” (p. 115). Sin embargo, dicha afirmación realiza un salto importante respecto de la norma que podría fundamentar el actuar de la autoridad —los señalados preceptos constitucionales— y las

¹⁷ Sagüés, Néstor Pedro, “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 ¿hacia un ius constitucionalis commune en América Latina?*, México, UNAM, 2010, t. II, p. 466.

normas que establecen cuestiones contrapuestas —la norma nacional y la disposición convencional— para reconducir la posibilidad de un control de convencionalidad difuso a un necesario control concentrado. Es decir, el problema no surge entre la Constitución y el tratado internacional cuya inconvenencialidad se esté alegando, sino la disposición legal que en el caso concreto se considere contraria a aquella de carácter internacional, lo cual no determina, necesariamente, la competencia del órgano que deba conocer el caso.

En cuanto a la preocupación por los valores democráticos resaltada por el autor (p. 118), es de enfatizar que una característica de los derechos humanos es que son antimayoritarios, por lo que no pueden quedar al arbitrio del escrutinio público. Si bien puede cuestionarse el control de convencionalidad so pretexto de la “mayoría democrática”, cuando están implicados los derechos fundamentales el argumento debería perder su fuerza. En este sentido, el contencioso interamericano, en observancia de lo dispuesto por la Carta Democrática Interamericana,¹⁸ ha reconocido que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del derecho internacional de los derechos humanos. Expresando así que la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.¹⁹ La democracia, entonces, tiene límites y uno de ellos se halla en el respeto a los derechos humanos.

Ante lo reseñado, cabe aclarar que comparto la preocupación del autor por el riesgo que representa para la seguridad jurídica el posible “caos en el que incurriríamos si se generaliza un control de convencionalidad que en rigor

¹⁸ *Cfr.* Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01), 11 de septiembre de 2001.

¹⁹ Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, pfo. 239.

convertiría todos los tratados internacionales en canon del enjuiciamiento difuso de todos los órganos judiciales” (p. 118). Aunque esta preocupación podría matizarse, pues la propuesta de la Corte Interamericana no trata, a mi parecer, de incorporar a los tratados internacionales en cada una de las decisiones de todos los órganos, sino en procurar que *en observancia de los tratados en materia de derechos humanos* no se lesionen a los titulares argumentando la sujeción a una norma que, por su inconvencialidad, debería apartarse del orden jurídico nacional.

Las señaladas son cuestiones polémicas que en todo caso nada quitan al valor del libro de Canosa que constituye, desde luego, una relevante aportación al tema. Aunque no son la única opción para llevar a la práctica el control de convencionalidad en el orden nacional —como bien lo reconoce nuestro autor, quien ha tenido el cuidado de exponer algunas alternativas²⁰ que, a su parecer, no son las más adecuadas— por su cuidado y moderación, podrían ser aceptadas con menores fricciones en España. Las propuestas encuentran una forma de alcanzar el fin perseguido de forma equilibrada, es decir, la protección de los derechos fundamentales en el ámbito interno, cuidando, entre otros, los principios de división de poderes y seguridad jurídica. Estamos, en todo caso, ante una publicación recomendable que los estudiosos en la materia deberán tomar en cuenta al plantearse la cuestión sobre la posibilidad de llevar a la práctica un control nacional de convencionalidad en España.

Marcela Cecilia RIVERA BASULTO*



* La presente reseña fue elaborada en el seno del máster en derechos humanos de la Universidad de Navarra, España, el cual me fue posible cursar gracias al apoyo brindado por la Universidad de Guadalajara, México.

²⁰ La más representativa es la ofrecida por Jimena Quesada, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad: a propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi Thomson Reuters, 2013.