

Inconstitucionalidad por omisión y responsabilidad internacional

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS SOBRE EL DISEÑO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL: EL MODELO DE INCONSTITUCIONALIDAD POR ACCIÓN

Como es sabido, nuestro constituyente de 1978 se decantó por el modelo kelseniano de jurisdicción concentrada ¹ y, de manera más específica, operó en materia de control de constitucionalidad una opción exclusiva a favor de la *inconstitucionalidad por acción*. Por consiguiente, en esta materia no secundó la vecina y entonces reciente experiencia constitucional de Portugal, cuya Constitución de 1976 había consagrado de manera nítida y diferenciada ² tanto la *inconstitucionalidad por acción* como la *inconstitucionalidad por omisión*, ³ pese a que la norma suprema portuguesa sí fue adoptada como modelo en otros diversos ámbitos.

Sentada esta premisa en el plano del Derecho constitucional positivo, tanto a tenor de las disposiciones de nuestra Constitución de 1978 como de las contenidas en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 1979, lo cierto es

(*) A Don Juan Ferrando Badía, quien siempre estuvo dispuesto a prestar su ayuda y magisterio como «viejo profesor».

¹ Así lo ha recordado Gregorio Peces-Barba Martínez: *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 80-81.

² En la redacción inicial de la Constitución portuguesa de 1976 se establecían la *inconstitucionalidad por omisión* y por acción en los arts. 279 y 280, respectivamente, siendo la numeración vigente tras diversas revisiones constitucionales los arts. 277 y ss. para la *inconstitucionalidad por acción* y el art. 283 para la *inconstitucionalidad por omisión*.

³ En la doctrina española, son referencia obligada las monografías de Ignacio Villaverde Menéndez: *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; y de José Julio Fernández Rodríguez: *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*, Civitas, Madrid, 1998. Aportaciones más breves, de lectura recomendable, son las de Luis Aguiar de Luque: «El Tribunal constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y la inconstitucionalidad por omisión», *Revista de Derecho Político* n° 24, (1987); y de Carlos Ruiz Miguel: «Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión», *Revista de las Cortes Generales* n° 51 (2001), también disponible en versión italiana: «L'inconstituzionalità per omissione», *Quaderni costituzionali* n° 4 (2003).

que la realidad constitucional resulta más compleja. En efecto, si nuestro ordenamiento constitucional no atribuye explícitamente al Tribunal Constitucional español competencia en materia de inconstitucionalidad por omisión ni, consecuentemente, se regula un procedimiento *ad hoc* de declaración de inconstitucionalidad por tal motivo, no por ello podemos dar la espalda a la problemática relativa a la fuerza normativa de la Constitución que, lógicamente, se halla condicionada en buena medida por «la posibilidad de realización de los contenidos de la Constitución»;⁴ o, lo que es lo mismo, no puede ignorarse la «voluntad de Constitución» (*Wille zur Verfassung* en la doctrina alemana) ni, por ello mismo, el proceso de realización o de necesaria «concretización» en la realidad de los mandatos contenidos en el texto constitucional.⁵

Así pues, la fuerza normativa de la Constitución ya nos ofrece un primer elemento de engarce con la problemática de la inconstitucionalidad por omisión en España. Por añadidura, si descendemos a un terreno más concreto, ha de quedar sentado que la Constitución no contiene solamente normas prohibitivas, organizativas o competenciales, o normas que exijan inhibición o abstención del Estado,⁶ sino igualmente normas que imponen acciones positivas y obligaciones precisas que, a su vez, exigen medidas precisas (legislativas o de otro tipo) cuya insuficiencia, inadecuación o mera inexistencia se traducen en una infracción de la Constitución, en una inconstitucionalidad por omisión. Por ceñirnos al tema que nos ocupa, la Constitución española de 1978 imparte numerosos mandatos al legislador, y no sólo un deber genérico de legislar, sino órdenes constitucionales precisas de desarrollo legislativo.⁷

Siguiendo con el anterior razonamiento, aun a falta de una competencia específica o de un procedimiento concreto de control de inconstitucionalidad por omisión, el caso es que también en España se plantea el problema fundamental (que, por lo demás, no es ajeno a ningún sistema constitucional) de resolver qué alcance y como actuar ante el incumplimiento de un deber jurídico-constitucional concreto de legislar y, sobre todo, cuándo esa omisión inconstitucional es susceptible de generar responsabilidad. En estas coordenadas, caería por su propio peso la afirmación según la cual en España no existirían mandatos constitucionales imponiendo semejante deber y dando relevancia a dicha omisión, para cuya verificación en la doctrina portuguesa se han señalado tres condiciones básicas: (a) que la Constitución establezca una orden concreta de legislar; (b) que el texto constitucional defina asimismo una imposición permanente y concreta dirigida al legislador (por ejemplo, la creación del Servicio Nacional de Salud, o de un sistema

⁴ Konrad Hesse: *Escritos de Derecho constitucional* (selección, traducción e introducción de Pedro Cruz Villalón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2ª ed., 1992, p. 26.

⁵ Konrad Hesse: *Escritos de Derecho constitucional*, cit., p. 27.

⁶ Una rica tipología de normas constitucionales es propuesta por Klaus Stern: *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 265 y ss.

⁷ Basta recordar el mandato de regular mediante ley la cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas establecido en el art. 20 de la Constitución.

de enseñanza básica, obligatoria y gratuita); y (c) que en la Constitución se consagren normas que presupongan, para obtener operatividad práctica, una mediación legislativa.⁸

La conclusión inicial de todo ello es simple: la irremediable verificación en algunos supuestos de estas tres condiciones básicas en el ordenamiento constitucional español, en ausencia de un procedimiento de control de constitucionalidad por omisión específico, está llamado a conducir inexorablemente a la utilización de remedios indirectos o alternativos, como pasa a analizarse a continuación.

2. EVOLUCIÓN Y DESARROLLO CONSTITUCIONAL: VÍAS INDIRECTAS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

2.1 El amparo constitucional

Sin lugar a dudas, el ejemplo más emblemático de la sanción de una inconstitucionalidad por omisión vino de la mano de la utilización del recurso de amparo con motivo de los pronunciamientos inaugurados con la STC 31/1994, de 31 de enero, y siguientes de ese mismo año (SSTC 47, 98, 240 y 307/1994), sobre libertad de antena en el ámbito del video comunitario y la televisión por cable.⁹ En dichas sentencias se otorgó el amparo a los recurrentes, reconociéndoseles su derecho a las libertades de expresión y comunicación garantizadas por los apartados a) y d) del art. 20.1 de la Constitución, lo que llevó aparejado restablecerles en la integridad de su derecho fundamental y anular las resoluciones gubernativas (y sentencias confirmatorias de ellas) por las que se les requería el cese de las emisiones de televisión local por cable y el desmontaje de sus instalaciones.

La concesión de los amparos de referencia se produjo por la vía de la inconstitucionalidad por omisión,¹⁰ esto es, como consecuencia de valorar el perjuicio sufrido por las entidades demandantes a causa de la actitud pasiva del legislador, que no había desarrollado la normativa constitucional en lo relativo a la creación de televisión local por cable como facultad dimanante de los derechos consagrados en el art. 20 de la Constitución. En síntesis, el Tribunal

⁸ José Joaquim Gomes Canotilho y Vital Moreira: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993 (3ª ed., rev.), p. 1047.

⁹ Con carácter general, puede leerse Francisco Bastida Freijedo: *La libertad de antena. El derecho a crear televisión*, Ariel, Barcelona, 1990. De manera particular respecto a esas sentencias constitucionales de 1994, léase Luis Jimena Quesada: «La libertad de creación de medios de comunicación en la jurisprudencia constitucional: el caso particular de la televisión por cable y el video comunitario», *Revista General de Derecho* n° 601-602 (1994).

¹⁰ Al respecto, Fernando Santaolalla: «Televisión por cable y control de omisiones del legislador (En torno a la STC 31/1994, de 31 de enero). Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/1994)», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 41 (1994).

Constitucional, sobre partir de que los derechos de información y comunicación no son absolutos y son consecuentemente susceptibles de limitación por la configuración que de ellos efectúe el legislador, entendió en su *ratio decidendi* que no obstante ello, éste no puede constreñirlos de tal forma que no respete su contenido esencial, lo que se produce si se suprime (como en los supuestos controvertidos), la posibilidad de su ejercicio.¹¹

Con la solución expuesta se produjo una inflexión en la jurisprudencia constitucional española precedente, que se había mostrado comedida o, al menos, exigente, respecto al reconocimiento –siquiera, indirecto– de la inconstitucionalidad por omisión.¹² Ciertamente, el Tribunal Constitucional no puede suplir al legislador creando él mismo la ley,¹³ aunque en el supuesto de la STC 31/1994 y análogas se haya llegado a un resultado semejante, como sucede en otros supuestos como el de las denominadas sentencias interpretativas,¹⁴ cuya emanación justifica el Tribunal Constitucional «haciendo una interpretación finalista de todo el ordenamiento jurídico; a saber: éste no puede querer lagunas jurídicas que puedan evitarse».¹⁵

2.2 El amparo internacional

En términos similares a la vía del amparo constitucional, y eventualmente agotado éste y todos los remedios judiciales internos, puede llegarse a una

¹¹ En el fto. jco. 7º de la STC 31/1994 se condensa el razonamiento básico del Tribunal Constitucional.

¹² Así, en la STC 24/1982 (fto. jco. 3º) se limitaba a señalar que «la inconstitucionalidad por omisión sólo existe cuando la Constitución española impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y éste no lo hace», mientras en la posterior STC 98/1985 (fto. jco. 3º) apuntaba que «es obvio que no resulta posible deducir la inconstitucionalidad de una norma por no regular una determinada materia, salvo que existiese un mandato constitucional expreso, dirigido además a tal norma y no a otra diferente».

¹³ De hecho, en la línea de la jurisprudencia anterior (nota a pie precedente), el Tribunal Constitucional se muestra así de reticente: «Declarar la inconstitucionalidad de una norma por lo que en ella 'no se regula' supondría, efectivamente, invadir competencias legislativas, completar lo regulado por la ley y [...] no es función que pueda asumir este Tribunal por corresponder al Legislador» (STC 26/1987, fto. jco. 14º).

¹⁴ En sentido estricto, las *sentencias interpretativas* constituyen una especie del género «sentencias normativas». En concreto, además de las *sentencias interpretativas* (que dejan indemne el texto de la Ley, pero cierran el paso a cualquier enunciado normativo que suponga una alternativa a la lectura impuesta por el Tribunal Constitucional), se suelen citar otras tres especies de sentencias normativas: las *sentencias reductoras* (que suprimen pura y simplemente un fragmento de la Ley por considerarlo inconstitucional, como si se tratase de una derogación); las *sentencias sustitutivas* (por las que se sustituye un fragmento inconstitucional por otro diverso para que sea adecuado a Derecho el conjunto de la disposición controvertida); y las *sentencias aditivas* (que añaden algún aspecto normativo que estaba ausente en la redacción originaria).

¹⁵ Antonio Torres del Moral: «Interpretación teleológica de la Constitución», *Revista de Derecho Político* n° 63 (2005), p. 25.

solución indirecta de inconstitucionalidad por omisión acudiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin perjuicio de profundizar acerca del carácter de remedio subjetivo de la demanda individual ante el Tribunal de Estrasburgo y su idoneidad indirecta como remedio de defensa objetiva o en abstracto de los derechos fundamentales (epígrafe 3.2, *infra*), no es ocioso traer a colación que la problemática de la libertad de creación de televisión local por cable ya había sido planteada ante la jurisdicción europea antes de que el Tribunal Constitucional diera el mencionado salto cualitativo mediante la STC 31/1994. Y, si no se alcanzó esa solución indirecta en Estrasburgo, fue porque el supuesto planteado a nivel europeo no fue exactamente el mismo que el resuelto mediante la reiterada STC 31/1994.

Concretamente, en el caso *Maldonado contra España*, de 5 de julio de 1993,¹⁶ la ya desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos declaró inadmisibile la demanda basada en la supuesta vulneración de la libertad de expresión garantizada por el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La queja se basaba en que la autoridad gubernativa española había denegado al demandante la solicitud de atribución de frecuencias para emitir por televisión de alcance local. El rechazo de la Comisión Europea no se basó en la limitación técnica (número de frecuencias), que de hecho no constituía un soporte válido de justificación, sino en la limitación financiera (poder económico a través de oligopolio televisivo), dado que la pretensión del actor consistía en obtener una red de autorizaciones de televisión local (en catorce provincias) que, unida a la pretendida por los parientes próximos (en otras veintiséis provincias), habrían cubierto una gran parte del territorio español, con vulneración del principio de igualdad entre operadores de televisión local.

En otras palabras, si la petición del recurrente ante la Comisión hubiera sido más modesta (sin potencial abuso de posición dominante), la demanda habría tenido grandes posibilidades de éxito ante la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos Humanos, con posible condena al Estado español a consecuencia de su legislación restrictiva (por inexistente) en la materia.¹⁷ De hecho, en este ámbito se han producido condenadas de gran envergadura por parte del Tribunal de Estrasburgo, como es el caso notorio de la *sentencia Informationsverein Lentia y otros contra Austria*, de 24 de noviembre de 1993, en donde se declaró la inconvencionalidad (contrariedad al art. 10 del Convenio Europeo) del monopolio público de televisión en Austria. En este marco, no está de más mencionar que en

¹⁶ Demanda nº 18353/91 formulada por el señor José Maldonado, tras agotar la vía judicial previa en España ante la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, que emitieron resoluciones desestimatorias en fechas 12 de junio de 1987, 12 de julio de 1988, y 17 de diciembre de 1990, respectivamente.

¹⁷ Un examen del panorama legislativo en materia de derecho a la información en España, a la luz del canon europeo, tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea, en Luis Jimena Quesada: *La Europa social y democrática de Derecho*, Dykinson, Madrid, 1997, en especial, el capítulo IX: «Marco común mínimo de libertad: la libertad de información y los medios de comunicación».

la misma STC 31/1994 los magistrados constitucionales manifiestan que «este Tribunal no puede dejar de ser sensible a las tendencias tanto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como a las de otros Tribunales Constitucionales europeos que han evolucionado en los últimos años estableciendo límites más flexibles y ampliando las posibilidades de gestión de la televisión privada» (fto. jco. 6º). Ni que, a mayor abundamiento, en la propia STC 31/1994 (fto. jco. 7º) nuestra jurisdicción constitucional razonó (como la Comisión Europea de Derechos Humanos) que la limitación técnica carecía de justificación para restringir la libertad de información.

3. EL CONTROL INTERNACIONAL COMO VÍA DE VERIFICACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

3.1 La vía de control por excelencia: los instrumentos internacionales sobre derechos humanos

De entrada, cabe apuntar que la idoneidad de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos como vía de verificación de inconstitucionalidad por omisión ya fue evocada en cierta medida durante nuestro debate constituyente de 1978, puesto que en la Ponencia constitucional se barajó incluso la posibilidad de que la referencia a los tratados básicos en la materia sirvieran como «programa constitucional» o «voluntad constituyente» para el respeto de los derechos y libertades.¹⁸ Desde luego, pese a la innegable virtualidad de las normas internacionales en dicho ámbito, es evidente que dicha opción se perfilaba *a priori* como restrictiva, dado que el estándar supranacional es considerado como mínimo, por más que en ocasiones ni siquiera llegue a respetarse y, precisamente por ello, pueda llegar a hablarse de una inconstitucionalidad por omisión al incumplirse ese mandato constitucional de respeto mínimo internacional.

Por lo demás, esa inconstitucionalidad deviene tanto más acentuada cuanto que, a la postre, esos tratados llegaron a ser utilizados como patrones para la redacción de nuestras disposiciones constitucionales, que adicionalmente diseñaron un catálogo de derechos y libertades más avanzado que el existente en aquellos momentos a escala supranacional. El caso es que la Constitución española de 1978 introdujo cláusulas de apertura internacional nada despreciables en esta materia, señaladamente el art. 10.2¹⁹ y, en esa misma línea, nuestra Norma

¹⁸ Gregorio Peces-Barba Martínez: *La elaboración de la Constitución de 1978*, cit., pp. 45-46, 110 y 119.

¹⁹ De manera exhaustiva, la obra de Alejandro Sáiz Arnáiz: *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

Suprema introdujo un relevante elemento iusinternacionalista que combina con una toma de postura iusnaturalista y una dosis de iuspositivismo no desdeñable.²⁰ En este escenario, al margen de la vía indirecta suministrada por el recurso de amparo en el sentido reseñado más arriba, en el Derecho comparado se ha evocado la legitimidad y el interés invocados por el Poder Ejecutivo para recurrir ante la más alta jurisdicción interna frente a una inconstitucionalidad por omisión por responsabilidad internacional. Concretamente, respecto al llamado caso *Felicetti* (un problema de doble instancia penal deducido contra Argentina ante la Comisión interamericana de derechos humanos –informe 55/1997–, por vulneración del art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica de 1969), se ha argumentado que el Presidente de la Nación, como Jefe del Estado «tendría el deber constitucional de recurrir ante el Poder Judicial a fin de obtener otras medidas, enderezadas a evitar aquella responsabilidad internacional, con mucha mayor razón ante la inactividad legislativa», pues el Poder Legislativo «no proporcionó la norma procesal adecuada para hacer viable la revisión».²¹

3.2 El presupuesto básico: el control *in abstracto*

Ya fue un avance que la persona, y no sólo los Estados y las organizaciones internacionales, deviniera sujeto del Derecho internacional, reconociéndole la posibilidad de demandar a su Estado o a otros Estados bajo cuya jurisdicción se encontrara ante una instancia supranacional mediante una petición o un recurso individual, evolución especialmente ostensible y aleccionadora en foros como el Consejo de Europa.²² Efectivamente, este extremo ya comportaba una reconsideración nada insignificante de la clásica soberanía estatal.²³ Ahora bien, *la fuerza de las cosas* había de conducir inexorablemente a una objetivación de ese control *in concreto* para convertirlo a veces en control *in abstracto*, y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya presentó ejemplos tempranos de esta circunstancia.²⁴

²⁰ Así lo advierte, de nuevo, Antonio Torres del Moral: «Interpretación teleológica de la Constitución», cit., p. 25.

²¹ M^a Angélica Gelli: «Matices de la legitimación, el agravio y el interés del Estado por su responsabilidad internacional en materia de derechos humanos», *Revista de Derecho Político* n° 63, (2005), p. 283.

²² Ello desde el inicio en el caso del Convenio de Roma, que ha conocido una evolución ulterior en sentido positivo: sobre tal punto, Luíis Jimena Quesada y Fabio Omar Salvioli: «The individual, human rights and international instruments: focus on the Council of Europe», *The ELSA Law Review* n° 2 (1994).

²³ Juan Antonio Carrillo Salcedo: *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995.

²⁴ Léase Christian Tomuschat: «Quo Vadis Argentoratum? The success story of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Journal* vol. 13 (1992), p. 405: al referirse al *general amendment of legislation*, señala este autor que «el Tribunal Europeo no tiene

De hecho, y al hilo de lo anterior, si trasladamos el razonamiento precedente a la configuración de nuestro modelo de justicia constitucional, comprobaremos que, de un lado, no sólo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha afirmado la proyección objetiva del recurso de amparo, esto es, su condición de mecanismo de defensa subjetiva y, al tiempo, objetiva de la Constitución.²⁵ De otro lado, y además como manifestación positiva de esa potencial objetivación, la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional prevé en su art. 55.2 la autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad con motivo de la sustanciación de un recurso de amparo.²⁶ Dicho en otros términos, la resolución de un caso concreto a través de la vía del recurso de amparo puede conducir a un control general de constitucionalidad de la ley aplicada a dicho caso, del mismo modo que la solución dada a una demanda individual ante una instancia supranacional como el Tribunal de Estrasburgo es susceptible de ofrecer un reproche genérico a la legislación nacional aplicada al caso.

De todos modos, no debe pensarse exclusivamente en esa vía de *inducción* consistente en extraer una solución abstracta del tratamiento de uno o varios casos particulares, pues en el terreno internacional es más frecuente la fiscalización genérica. En efecto, aun cuando se perfile paradójico, el control *in abstracto*, que aparentemente afectaría en mayor grado a la soberanía estatal (control sobre los actos emanados del Parlamento *soberano*) y que, por ello mismo, se descarta formalmente de mecanismos de fiscalización jurisdiccional, es la vía normal de verificación (no jurisdiccional y, a lo sumo, cuasijurisdiccional) en los tratados sobre derechos humanos. Piénsese en el mecanismo de control sobre la base de informes establecido en el marco de la Carta Social Europea de 1961, e incluso en el otro sistema de fiscalización basado en reclamaciones *colectivas* (no individuales) introducido mediante el Protocolo de 1995 (apartado 4, *infra*).

En suma, el control *in abstracto*, tanto directo o indirecto en función de la opción fiscalizadora operada en los respectivos tratados internacionales, constituye el presupuesto básico para que podamos hablar de *inconstitucionalidad por leyes insuficientes o por vacíos legislativos*, al tratarse la ley de un instrumento general y abstracto y, por consiguiente, presentar un carácter general y abstracto esa insuficiencia o laguna legislativa.

la facultad de revisar el Derecho interno *in abstracto* como, por ejemplo, la función del Tribunal Constitucional Federal alemán en el proceso de *Normenkontrolle*. Sin embargo, los Estados vienen obligados a llevar a cabo reformas legislativas si la violación puesta de manifiesto por el Tribunal en el caso concreto es el resultado directo de disposiciones inconsistentes con el Convenio, no obstante el hecho de que el Tribunal no puede impeler a ello directamente a los Estados en el fallo».

²⁵ Por todas, ya la STC 1/1981, de 26 de enero, fto. jco. 2º.

²⁶ Sobre este mecanismo, véase Luís Javier Mieres: *El incidente de constitucionalidad en los procesos constitucionales* (especial referencia al incidente en el recurso de amparo), Civitas, Madrid, 1998; y P. Uriás Martínez: *La cuestión interna de inconstitucionalidad*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

4. SUPUESTOS EMBLEMÁTICOS DE INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN POR VÍA INTERNACIONAL

4.1 Naciones Unidas

Un problema, que desafortunadamente ya se puede catalogar de «clásico» suscitado por el control internacional efectuado desde Naciones Unidas (en particular, por parte del Comité de Derechos Humanos instituido por el Pacto de derechos civiles y políticos de 1966), tiene que ver con la ausencia de previsión legislativa (e, incluso, constitucional en algunos supuestos) de la doble instancia penal; un problema que afecta a buen número de países y al que España no es ajeno.

Efectivamente, España ya recibió una primera llamada de atención por parte del citado Comité con motivo del *caso Gómez Vázquez contra España*, de 20 de julio de 2000, pese a lo cual el Tribunal Constitucional avaló posteriormente esa ausencia de doble grado de jurisdicción en el caso de los aforados con motivo de las SSTC 64, 65 y 66/2001.²⁷ Así, esta suerte de inconstitucionalidad por omisión derivada de responsabilidad internacional ha perdurado y, como se ha recordado,

«En la reunión de Ginebra, del 18 de octubre al 5 de noviembre [de 2004], el Comité de Derechos Humanos de la ONU aprobó un Dictamen en el que considera vulnerado por España el derecho a la doble instancia penal en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por entender que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo no cubre esas exigencias al no permitirse la revisión de las pruebas.»²⁸

Para completar este epígrafe, merece la pena aludir a otro supuesto planteado frente a España ante el Comité de Derechos Humanos (*caso Ruiz Agudo contra España*, Dictamen de 11 de noviembre de 2002, comunicación núm. 864/1999), con resultado igualmente condenatorio para nuestro país, por vulneración de la tutela judicial efectiva al obligar al justiciable a sufrir un peregrinaje judicial con una injustificada prolongación del proceso para obtener una compensación equitativa que también le fue rechazada por el Tribunal Constitucional. Precisamente, el problema de inconstitucionalidad por omisión se referiría en este caso al no otorgamiento de indemnización por parte de la jurisdicción constitucional, obligando ésta a la víctima a iniciar un nuevo proceso al efecto ante la jurisdicción ordinaria. En rigor, en este supuesto, más que una

²⁷ Una crítica sobre el particular en Yolanda De Lucci López-Tapia: «Nuevas consideraciones sobre el derecho al recurso penal (El dictamen del Comité de Derechos Humanos y la jurisprudencia constitucional en el caso Segundo Marey)», *Revista de Derecho Procesal* n° 1-3, (2002), en especial, p. 349.

²⁸ Miguel Ángel Presno Linera: «Crónica constitucional del año 2004», *Revista de Derecho Político* n° 63 (2005), p. 270.

inconstitucionalidad por omisión nos encontraríamos ante un problema de interpretación constitucional, pues entiendo que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional ofrece base suficiente para conceder dicha indemnización en el proceso de amparo y que nuestro intérprete supremo de la Carta Magna elude el problema reconduciéndolo en nuestro texto constitucional a la legalidad ordinaria (art. 121) en lugar de a la tutela judicial efectiva (art. 24).²⁹

4.2 El Consejo de Europa

Al hilo del último supuesto recién mencionado en el anterior epígrafe, es preciso traer a colación que la solución alcanzada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ya había sido puesta de manifiesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Miragall Escolano y otros contra España* de 25 de enero de 2000. En él, los magistrados sedentes en Estrasburgo habían llegado asimismo a la conclusión de que la indemnización no podía quedar al margen del derecho a un proceso equitativo bajo el pretexto de que ello consistiría en una cuestión de legalidad ordinaria en el ámbito interno.

De todos modos, seguramente el supuesto más emblemático de inconstitucionalidad por omisión por vía internacional deducido ante la Corte de Estrasburgo, en lo que afecta a España, haya sido el caso *Valenzuela Contreras contra España* de 30 de julio de 1998, en donde se declaró que la legislación española (en concreto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal) que permitía prorrogar indefinidamente las escuchas telefónicas (incluso con autorización judicial) infringía el derecho al respeto de la vida privada y familiar y al secreto de las comunicaciones consagrado en el art. 8 del Convenio de Roma de 1950. Por ende, indirectamente, ello constituía una infracción del art. 18 de la Constitución española, como el propio Tribunal Constitucional vino a declarar con posterioridad (STC 184/2003, de 23 de octubre) haciéndose eco de la sentencia europea y ante la pasividad del legislador español para cubrir esa laguna normativa.³⁰

Si el Tribunal de Estrasburgo efectúa un control abstracto de manera indirecta con motivo de la resolución de demandas individuales, en el caso del Comité Europeo de Derechos Sociales su fiscalización sí reviste un alcance

²⁹ Vid. Luis Jimena Quesada: «La introducción del derecho a indemnización en el proceso de amparo constitucional», en Pablo Pérez Trepms (coord.): *La reforma del recurso de amparo* Tirant lo Blanch/Instituto de Derecho Público Comparado Manuel García-Pelayo, Valencia, 2004, pp. 137-159.

³⁰ Este es un caso ilustrativo, adicionalmente, que engarza con «la tendencia de buena parte de los Tribunales Constitucionales a utilizar como argumento de autoridad en la interpretación de los derechos de sus correspondientes Constituciones la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en Latinoamérica) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en Europa)», como ha señalado Guillermo Escobar Roca: *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama editorial, Madrid, 2005, p. 34-35.

genérico (tanto en el marco del sistema de informes como con ocasión de las reclamaciones colectivas), pues uno de sus cometidos consiste justamente en confrontar la legislación nacional con las disposiciones de la Carta Social Europea de 1961 (o la revisada de 1996). Con tal proceder, podría argüirse que el control internacional operado por ese Comité Europeo llega a soluciones indirectas de inconstitucionalidad por omisión que radicarían en el no respeto por parte del legislador español del desarrollo constitucional –sobre todo– de los principios rectores de la política social y económica.

Así, aunque España no se haya obligado por el momento por el sistema de reclamaciones colectivas, la jurisprudencia emanada de dicho sistema puede resultar aplicable a nuestro país por la vía del sistema de informes: a título de ejemplo, en la Reclamación nº 17/2003 (*Organización mundial contra la tortura contra Grecia*, decisión de fondo de 7 de diciembre de 2004), el Comité Europeo de Derechos Sociales, con relación a la protección de la infancia (art. 17 de la Carta Social, comparable al 39 de la Constitución española) sostuvo que

«Las nociones de ‘medidas correctoras’ y de ‘atentado contra la dignidad’ en el sentido del artículo 1518 [del Código civil griego] se ven rodeadas de tal grado de imprecisión que podrían dar a entender que se requeriría un cierto umbral de gravedad para que una medida correctora fuera considerada como atentatoria contra la dignidad del niño. Lo cual, por lo demás, vendría corroborado por las observaciones del Departamento de derechos humanos de la Oficina del Defensor del Pueblo griego, que propugna la introducción, en el Código civil, de una disposición explícita que precise que los actos constitutivos de castigos corporales no entran en el ámbito de las medidas correctoras admisibles contempladas en el artículo 1518. Por tanto, el Comité considera que ni las disposiciones constitucionales o penales anteriormente examinadas, ni las disposiciones del Código civil, constituyen una base jurídica adecuada a los efectos del artículo 17 tal como éste ha sido interpretado. El Comité declara, en consecuencia, que ha habido violación del artículo 17 de la Carta». ³¹

4.3 La Unión Europea

Hasta ahora me he referido especialmente a los tratados sobre derechos humanos como vía supranacional más idónea para verificar una inconstitucionalidad por omisión, a tenor de las cláusulas constitucionales de apertura internacional en la materia (de nuevo, los arts. 10.2, en conexión con los 94 y 96.1 de la Carta Magna española). Sin embargo, desde el punto de vista cuantitativo, la internacionalización es mayor desde la perspectiva de nuestra pertenencia a la Unión Europea, merced a la cláusula cualificada de habilitación establecida en el art. 93 de nuestra Ley de leyes. En este caso, además, la propia Constitución es explícita, como lo es la propia normativa de la Unión Europea, al consagrar la limitación de soberanía o, si se prefiere, la cesión de competencias

³¹ Apartado 41 de la decisión.

soberanas o de derechos soberanos (según el clásico *asunto Van Gend & Loos* de 5 de febrero de 1963, del Tribunal de Justicia comunitario).

Y, situados en este contexto, el problema no radica sólo en haber transferido materias que, por el hecho de esa transferencia, han comportado lógicamente el traslado a la Unión de la competencia para legislarla, esto es, el recorte de la potestad soberana de dictar leyes. Cabalmente, desde la perspectiva de este estudio, la problemática consiste ante todo en la omisión o inactividad de los poderes públicos españoles (en este caso, el legislador –sea el estatal o el autonómico– o el Ejecutivo –sea el estatal o el autonómico– en su cometido de elaborar leyes o normas con fuerza de ley, respectivamente) para incorporar o transponer los mandatos normativos impuestos por la Unión Europea. Así las cosas, esa falta de incorporación o transposición, o sea, esa inactividad, comportaría una especie de inconstitucionalidad por omisión, lectura que vendría avalada justamente por el mencionado art. 93 de la Constitución cuando impone de manera clara y expresa que «corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión». ³² Por cierto, sobre esta base, el Tribunal Constitucional español ha avalado que el Estado pueda legislar en lugar de la Comunidad Autónoma competente (en virtud de la fase descendente de la ejecución del Derecho comunitario europeo) si ésta se inhibe de hacerlo, para lo cual la jurisprudencia constitucional (sobre todo, en el terreno de la agricultura) ³³ entiende que el juego de la cláusula de supletoriedad (art. 149.3 de la Constitución) en combinación con la competencia estatal de coordinación general de la economía (art. 149.1.13^a de la Constitución) permite salvar esa omisión legislativa y, con ello, eludir la responsabilidad internacional. ³⁴

Hasta cierto punto, cuando entre en juego la Unión Europea la inconstitucionalidad por omisión sería más acentuada que en el supuesto de las normas emanadas de otras organizaciones internacionales. Por una parte, porque si en el caso de estos otros foros su acción es complementaria de la acción estatal, en el supuesto de la Unión ha habido una cesión y, por ende, una sustitución de la

³² Con respecto a lo consignado en el art. 93 de la Constitución, en el ámbito objeto de estudio ni siquiera habríamos de reparar en la crítica, por lo demás acertada, relativa al carácter incompleto de dicha disposición por no referirse al Poder Judicial; sí, en cambio, tiene fundamento la crítica para extenderla a la ausencia de mención a las Asambleas Legislativas autonómicas y a los Consejos de Gobierno regionales, a tenor del principio de autonomía institucional que rige el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea. Se podría aprovechar la reforma del art. 93 (en caso de verificarse ésta) no sólo para mencionar a la Unión Europea en dicha disposición constitucional, sino para mejorarla técnicamente en el sentido reseñado.

³³ La crítica a esta circunstancia en Jasone Astola Madariaga: «Un Estado autonómico en la Unión Europea», *Cuadernos de Alzate* n° 25 (2001), p. 129.

³⁴ A este respecto, se ha llamado la atención sobre el posible abuso en el recurso estatal a la cláusula de supletoriedad: Javier Tajadura Tejada: *La cláusula de supletoriedad del Derecho estatal respecto del autonómico*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, p. 173.

acción nacional por la acción supranacional, lo que podría equivaler a una dejación (en última instancia, una inactividad u omisión) de cumplimiento de mandatos constitucionales (es decir, una inconstitucionalidad por omisión). Y por otra parte, porque pese a la existencia de competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros, el reparto de competencias proyecta un celo especial en el ejercicio de la respectiva esfera de acción, y un correlativo recelo en las interferencias mutuas.

Lo acabado de reseñar tampoco habría de llevarse a la exageración, dado que el Derecho es un instrumento perfectible y, por supuesto, las zonas de fricción y los conflictos competenciales entre la Unión Europea y los Estados miembros se revelan inevitables en la práctica;³⁵ de ahí la importancia de la tarea del jurista al afinar la interpretación para evitar esas fricciones y conflictos. Por añadidura, lo expuesto admite un grado de complicación mayor cuando entra en escena, no ya tanto un conflicto directo entre la Unión Europea y los Estados miembros,³⁶ sino una divergencia entre dos foros internacionales (pongamos por caso la Unión Europea y el Consejo de Europa) que no ofrece una solución conciliable en el ámbito interno.

A raíz de lo reseñado, ya he tenido ocasión de referirme al problema de las «dos verdades europeas», esto es, a cuando en supuestos análogos aflora o puede aflorar una solución divergente o contradictoria entre el Tribunal de Justicia de Luxemburgo y el Tribunal Europeo de Estrasburgo, o entre el Tribunal de Justicia comunitario y el Comité Europeo de Derechos Sociales.³⁷ Claro que, entonces, en semejantes supuestos, si ello significara que una solución revela una inconstitucionalidad por omisión y la otra no, ¿a cuál de ellas habría que estar? En mi opinión, no habría que aplicar el parámetro según el cual, habiendo una solución interpretativa posible, no cabría hablar de inconstitucionalidad, si la otra solución pone de manifiesto una vulneración derechos fundamentales; en otros términos, no habría que estar al principio de conservación de la norma legislativa insuficiente o de conservación de la laguna legislativa teóricamente inocua, sino al principio *favor libertatis*.

³⁵ Luis Jimena Quesada: «The distribution of competences between the European Union and the Member States in the light of the new Constitutional Treaty: the Spanish experience», en Herm.-Josef Blanke y Stelio Mangiameli (eds.): *Governing Europe under a Constitution. The Hard Road from the European Treaties to a European Constitutional Treaty*, Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York, 2005.

³⁶ Por ejemplo, Eduardo Vírgala Foruria: «Tribunal Constitucional, recurso de amparo y Unión Europea», en Javier Corcuera Atienza (coord.): *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson/Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid, 2002.

³⁷ Luis Jimena Quesada: *Sistema europeo de derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2006, en especial, los epígrafes «La necesaria, aunque parcial e insuficiente, adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos» y «La necesaria adhesión de la Unión Europea a la Carta Social Europea», pp. 171-174.

5. LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y DE LA INTERPRETACIÓN INTERNACIONAL

El proceso de realización de la norma constitucional o su concretización –en la terminología utilizada por Hesse, según se dijo– puede, consiguientemente, precisar medidas legislativas que, en caso de no adoptarse, comportan una inconstitucionalidad por omisión. Con semejante orientación, esa concretización presupone una «concretización» previa, consistente en la interpretación por parte del Tribunal Constitucional constatando esa inconstitucionalidad.³⁸

Por supuesto, la interpretación constitucional posee límites,³⁹ de forma que el vacío normativo es susceptible de reclamar no sólo la intervención de legislador, sino un ejercicio del poder constituyente, como mantuvo el Tribunal Constitucional español en la Declaración nº 1/1992, de 1 de julio, sobre la necesidad de reforma constitucional (del art. 13.2) para reconocer en nuestro ordenamiento el derecho de sufragio pasivo de extranjeros en elecciones municipales introducido en el Tratado de Maastricht de 1992. Diversamente, según la Declaración nº 1/2004, de 13 de diciembre, no resultaba preciso reformar la Constitución española para ratificar el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa de 2004.⁴⁰ En cualquier circunstancia, el máximo intérprete de nuestra Ley Suprema, por el hecho de serlo, tampoco puede situarse por encima de ella en su labor exegética.⁴¹

³⁸ De nuevo, Konrad Hesse: *Escritos de Derecho constitucional*, cit., pp. 40-41:

«La interpretación constitucional es ‘concretización’ (*Konkretisierung*). Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la ‘realidad’ cuya ordenación se trata. En este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma.»

³⁹ Véase Roberto Blanco Valdés: «Vigilar al legislador, vigilar al vigilante (legitimidad del control de constitucionalidad y *self-restraint* judicial en los orígenes del sistema norteamericano: un breve apunte histórico», en Eduardo Espín Templado y Francisco J. Díaz Revorio (coords.): *La justicia constitucional en el Estado democrático*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

⁴⁰ Una crítica a la formulación genérica del requerimiento efectuado al Tribunal Constitucional en virtud del art. 95 de la Constitución y a la necesidad de retocar algún aspecto de nuestra Carta Magna en Luis Jimena Quesada: «La necesaria reforma de la Carta Magna española de 1978: requisito para la asunción de determinados compromisos constitucionales europeos», *Nomos. Le attualità nel diritto* nº 3 (2003), así como Luis Jimena Quesada: «La actualización de la Constitución española ante la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en Javier Tajadura Tejada y Santiago Roura Gómez (dirs.): *La reforma constitucional*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2005.

⁴¹ Una crítica en Luis Jimena Quesada: «¿Sentencias constitucionales inconstitucionales? Una fractura en el sistema de fuentes», *Revista General de Derecho* nº 652-653 (1999).

Con un proceder análogo, la interpretación realizada por los órganos internacionales de control queda sometida a límites, lógicamente a los derivados del propio texto del tratado que los ha establecido y que les sirve de parámetro hermenéutico. Por tanto, esas instancias internacionales deben ejercer un cierto *self-restraint*, respetando en su caso el «margen de apreciación nacional»: verbigracia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aunque haya podido llegar a la conclusión de insuficiencia en la ley nacional reguladora del instituto de la expropiación recordando que «el principio de legalidad significa la existencia de normas de Derecho interno suficientemente accesibles, precisas y previsibles», «no ha estimado útil juzgar *in abstracto* si el papel que un principio jurisprudencial, como el de la expropiación indirecta, desempeña en un sistema de Derecho continental, es asimilable al que ocupan las disposiciones legislativas». ⁴².

Por su parte, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha mostrado igualmente autocontención al interpretar el orden constitucional de los Estados miembros, pongamos por caso, con relación a la legislación sobre libertad sindical. Así, en la Reclamación n° 25/2004 (*Central general de los servicios públicos contra Bélgica*, decisión de fondo de 9 de mayo de 2005), declaró que

«La deliberación de una asamblea parlamentaria elegida, en particular mediante sufragio universal, en efecto, en la tradición jurídica de los Estados democráticos es considerada como un mecanismo adecuado para subsanar el defecto de respeto de una obligación de consulta previa de autoridades o de instancias que no posean una fuente de legitimidad tan amplia. Y ello es tanto más cierto cuanto que el acceso a los miembros de las asambleas elegidas queda abierto a los grupos de interés, los cuales pueden influir en los debates. Por tanto, el Comité estima que, pese a su amplio alcance, el artículo 6.1 de la Carta no puede considerarse que obligue a los Estados a proveer un régimen de consulta de las organizaciones sindicales con respecto a las enmiendas introducidas en el curso de los debates en sus asambleas parlamentarias». ⁴³

⁴² Sentencia dictada en el caso *Belvedere Albergiera S.r.l contra Italia*, de 30 de mayo de 2000, apartado 57

⁴³ Apartados 39 y 40 de la decisión. Con similar orientación, STC 156/2005, de 9 de junio de 2005, fto. jco. 3°:

«Se trata, por tanto, de una omisión del legislador que no puede ser resuelta mediante la anulación del precepto cuestionado sino con la actividad del legislador: La inconstitucionalidad apreciada exige que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, fto. jco. 6), el que trace de forma precisa, en aras de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) el *dies a quo* del plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial prevista en el art. 136 CC, dentro de cánones respetuosos con el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 138/2005, de 26 de mayo, fto. jco. 6).»

6. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO BLOQUE DE CONSTITUCIONAL INDIRECTO

El conocido como «bloque de la constitucionalidad»⁴⁴ alberga normas que juegan, a semejanza de la Constitución, como parámetro de constitucionalidad de las leyes y disposiciones con fuerza de ley, y que en lo que atañe a España tienen su soporte o base habilitante –según la jurisprudencia constitucional– en el art. 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.⁴⁵ En esta línea, nuestra jurisprudencia constitucional ha incluido como parte de ese bloque los Estatutos de Autonomía o las leyes de reparto competencial previstas en el art. 150 de la Constitución,⁴⁶ los reglamentos parlamentarios⁴⁷ y algunas leyes orgánicas –relativas a la financiación de las Comunidades Autónomas, al Poder Judicial, al régimen electoral general o a las fuerzas y cuerpos de seguridad–.⁴⁸ Ello no significa que haya quedado cerrado en la jurisprudencia constitucional el posible círculo de normas integrantes de dicho bloque, como lo demuestra que algunos autores incluyan en él con un criterio excesivamente laxo toda la legislación orgánica, mientras otros no comparten dicho criterio. Hasta tal punto es polémica esta cuestión que, para ensanchar ese bloque, desde una postura más flexible se ha llegado a formular la propuesta del «bloque constitucional».⁴⁹

En cualquier caso, si la jurisprudencia constitucional no ha cerrado ese círculo normativo integrante del bloque de constitucionalidad en cuanto a las normas de producción nacional, correlativamente sí ha excluido del citado bloque las normas de producción internacional, tanto la normativa de la Unión Europea (el Derecho primario u originario y el Derecho secundario o institucional) como los tratados internacionales clásicos, de cuya categoría participan, por cierto, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y sus reformas a la luz del Derecho internacional (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969), por más que aquella normativa responda a la función de habilitación del art. 93 y estos tratados se acomoden a la función de incorporación del art. 96, ambos

⁴⁴ Vid. la obra de Louis Favoreu y Francisco Rubio Llorente: *El bloque de constitucionalidad (Symposium franco-español de Derecho Constitucional)*, Civitas, Madrid, 1991. Véase asimismo Francisco Rubio Llorente: «El bloque de constitucionalidad», *Revista Española de Derecho Constitucional* n° 27 (1989).

⁴⁵ Así, por todas, STC 137/1986, fto. jco. 4°.

⁴⁶ Por ejemplo, STC 149/1991, fto. jco. 1°.

⁴⁷ Verbigracia, STC 99/1987, fto. jco. 1°.

⁴⁸ Así, SSTC 181/1988 (fto. jco. 3°), 56/1990 (fto. jco. 2°), 154/1988 (fto. jco. 3°), y 25/1993 (fto. jco. 1°), respectivamente.

⁴⁹ Paloma Requejo Rodríguez: *Bloque constitucional y bloque de la constitucionalidad*, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997.

de la Carta Magna española.⁵⁰ A mi modo de ver, esa exclusión efectuada por nuestro Tribunal Constitucional resulta problemática, por disfuncional, no sólo porque en algunos ordenamientos los tratados internacionales sí se integren en el bloque de constitucionalidad,⁵¹ sino atendiendo a diversos motivos perfectamente predicables del ordenamiento español:

a) En primer lugar, en cuanto a la normativa de la Unión Europea, recuérdese que ésta goza de primacía sobre las normas nacionales,⁵² de suerte que la no utilización de aquélla como parámetro de constitucionalidad, si bien encierra una loable motivación de respeto a la interpretación última del Derecho de la Unión por parte del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, en la práctica puede dar lugar a contenciosos paralelos entre éste y el Tribunal Constitucional español⁵³ que, por cierto, no ha renunciado en cambio a enjuiciar las normas europeas.⁵⁴

b) Y, en segundo término, los tratados internacionales clásicos previstos en el art. 94 de la Constitución merecen una consideración similar, especialmente si se pone en conexión el mandato aplicativo del art. 96.1 con el mandato interpretativo establecido en el 10.2 de nuestra Norma Suprema (tratados en materia de derechos humanos). A este respecto, si bien los Tratados internacionales quedan formalmente fuera del bloque de la constitucionalidad según el Tribunal Constitucional español y según igualmente la jurisprudencia clásica del Consejo Constitucional del país del que hemos importando esta categoría jurídico-doctrinal,⁵⁵ no han faltado

⁵⁰ La distinción entre función de incorporación y función de habilitación es utilizada por Javier Pérez Royo: *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid (4ª reimpr.) 1995, pp. 143 y ss.

⁵¹ Por ejemplo, entre otros, en los ordenamientos panameño y colombiano, como ha estudiado Arturo Hoyos: *La interpretación constitucional*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1993.

⁵² Sobre supremacía constitucional y primacía europea, véase Luis Jimena Quesada y Miguel Ángel Alegre Martínez: *Fundamentos constitucionales de la Unión Europea*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, en particular el epígrafe «¿Cabe hablar de una supremacía 'constitucional' europea... al menos con relación a España?» del capítulo de conclusiones («La razón de ser del Tratado constitucional: ¿Un orden constitucional europeo sin Constitución europea?»).

⁵³ Sobre este particular, puede verse Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Alejandro Valle Gálvez: «El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos y los tribunales constitucionales nacionales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n° 2 (1997).

⁵⁴ Véase la controvertida STC 58/2004, de 19 de abril, en donde nuestra Jurisdicción Constitucional ha encontrado en la protección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva una vía alternativa para interferir en la tarea final reservada al Tribunal de Luxemburgo para verificar la contradicción entre la norma comunitaria y la norma interna.

⁵⁵ En la jurisprudencia constitucional francesa puede leerse, en cambio, una postura más restrictiva en la Decisión 93-335 DC del Consejo Constitucional, según la cual el Derecho Comunitario no forma parte del bloque de constitucionalidad, como tampoco lo integran los tratados internacionales clásicos. Con esta visión, más restringida, asimismo Louis Favoreu: «El bloque de constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n° 5 (1990), pp. 45-

voces que han apostado por ubicar aquéllos en dicho bloque.⁵⁶ En ambos casos se pone especial énfasis no sólo en el conjunto normativo encuadrado en el Tratado de la Unión Europea, sino asimismo en la proyección del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁵⁷

Con estos parámetros, y especialmente el reseñado en segundo lugar, lo bien cierto es que, por más que formalmente no se consideren integrados en el bloque de la constitucionalidad por nuestro intérprete supremo de la Carta Magna, al menos los tratados de derechos humanos juegan análoga función a la hora de enjuiciar leyes y disposiciones con fuerza de ley que afecten a los derechos y libertades. Y esto tanto si ese enjuiciamiento lo lleva a cabo el Tribunal Constitucional como si es efectuado indirectamente por una instancia judicial supranacional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

7. REFLEXIONES FINALES: LA RETROALIMENTACIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Llegados a este punto, puede afirmarse que la norma internacional y la norma nacional (incluida la constitucional) se retroalimentan, y, paralelamente, se propende a una acción de sinergia entre las jurisdicciones internacionales y las nacionales (incluida la constitucional), especialmente en el ámbito de los derechos humanos.⁵⁸ Así, el Tribunal de Justicia comunitario empezó a elaborar su jurisprudencia en la materia basándose en criterios utilizados por el Tribunal Constitucional Federal Alemán.⁵⁹ También se ha producido esa acción de cooperación mutua entre los tribunales constitucionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁰, o entre otras jurisdicciones nacionales y el Comité Europeo de Derechos Sociales.⁶¹

68. Cfr. la aportación favorable a tal inclusión en el bloque de la constitucionalidad de Dominique Rousseau: «L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité», en Dominique Rousseau y Frédéric Sudre (dirs.): *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, éd. STH, Nancy, 1990.

⁵⁶ En España, puede leerse Juan M. Bandrés Sánchez-Cruzat: *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas/Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, p. 134.

⁵⁷ Cfr. en este sentido, nuevamente, la postura de Juan M. Bandrés Sánchez-Cruzat: *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 136.

⁵⁸ Véase Antônio Augusto Cançado Trindade: «Reflexiones sobre la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos», *Colección 'Cuadernos de derechos humanos' de Guatemala*, 1995.

⁵⁹ Así lo ha recordado A. Chueca Sancho: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, (2ª ed.) 1999.

⁶⁰ Léase el trabajo «Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité? Rapport présenté par la délégation française à la

Claro que, en ocasiones, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Comité Europeo de Derechos Sociales llegan a actuar como jueces de constitucionalidad, verificando directa o indirectamente esa inconstitucionalidad por omisión con el alcance que se viene estudiando en esta contribución. Ahora bien, estas instancias supranacionales a veces superan esa función, y más que inconstitucionalidad por omisión (es decir, contradicción de la ley con una norma supranacional y por ello mismo, con la Constitución, al constituir esa norma internacional un mandato constitucional indirecto –o prácticamente directo, para los países que integran las normas internacionales en el bloque de constitucionalidad–) lo que se opera es una fiscalización de la propia Constitución nacional.⁶²

En definitiva, la retroalimentación apuntada comporta, en mi opinión y desde la perspectiva que anima este trabajo, incidir en la tarea de colaboración mutua entre las jurisdicciones constitucionales y las jurisdicciones internacionales y, en este supuesto, entender la recepción del *control de convencionalidad* que constata una inconstitucionalidad por omisión como un servicio prestado en sentido positivo a los órganos nacionales encargados del control de constitucionalidad de las leyes y normas con fuerza de ley. Bajo tal óptica, ese *control de convencionalidad* se erigirá en una especie de elemento que coadyuvará a una mejor técnica legislativa en el ámbito doméstico.⁶³

IXème conférence des cours constitutionnelles européennes (Paris, 10-13 mai 1993)», *Revue française de droit administratif* n° 9/5 (1993), pp. 849-869.

⁶¹ Puede consultarse al respecto la decisión de fondo de 10 de octubre de 2000 del Comité Europeo de Derechos Sociales dictada en la *reclamación colectiva Reclamación n° 6/1999 (Sindicato nacional de profesiones del turismo contra Francia)*, en donde el Comité se hace eco de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés.

⁶² En el ámbito europeo, podría leerse el *caso Cordova contra Italia n° 2*, de 30 de enero de 2003, en donde la Corte de Estrasburgo considera contrario a la tutela judicial efectiva que la prerrogativa de inmunidad ex art. 68 de la Constitución italiana degenera en un privilegio injustificado para evitar el procesamiento de un parlamentario. En el sistema interamericano, ha subrayado Luis M. García (coord.): *Los derechos humanos en el proceso penal*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002, pp. 131-132: en el marco del art. 64.2 del Pacto de San José de Costa Rica, la Corte Interamericana opinó que el término «leyes internas» debe ser entendido por referencia a toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo las disposiciones constitucionales (OC-4/84 de 11 de enero de 1984), «lo que es comprensible –apunta el citado autor– cuando se trata de emitir una opinión sobre la compatibilidad entre una ley interna y un instrumento internacional concerniente a la protección de derechos humanos».

⁶³ Para ilustrar esta afirmación con ejemplos concretos, puede acudir a Luis Jimena Quesada: «La técnica legislativa a la luz del ordenamiento constitucional uruguayo», *Foro Constitucional Iberoamericano* n° 7 (2004), en especial pp. 39-40.