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

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

Itziar Gómez Fernández
Letrada del Tribunal Constitucional de España

1. El alcance del control de convencionalidad según la STC 140/2018

En los modelos de control concentrado de constitucionalidad, como el español, parece generar cierto vértigo entre una parte de la doctrina comprobar que, de un tiempo a esta parte, el Tribunal Constitucional ha venido cediendo parte del control de algunas normas con rango de ley a los órganos que integran la jurisdicción ordinaria. Se evoca, con manifiesto desagrado, la inseguridad jurídica, contraria al mandato del art. 9.3 de la Constitución Española (en adelante CE) que puede derivar de la facultad conferida a los jueces y tribunales, de cualquiera de los órdenes jurisdiccionales, de inaplicar normas con rango legal aprobadas por el órgano que detenta o bien la soberanía nacional (se piensa aquí en las Cortes Generales o en la facultad normativa derivada y atribuida al Ejecutivo), o bien la autonomía normativa propia de los entes territoriales infraestatales. De algún modo, a pesar de encontrarse otros ejemplos, que se analizarán en seguida, la integración europea ha forzado esa dinámica, al definir las relaciones entre la legislación nacional y el derecho de la Unión extramuros del control de constitucionalidad.

Pero el mecanismo que concentra la mayor parte de los actuales temores no es el eventual «control de comunitariedad», sino el mucho más reciente «control de convencionalidad», que ha asumido un cierto protagonismo, al menos en la reflexión doctrinal[1], tras la aprobación, el 20 de diciembre de

[1] Antes de la aprobación de esta sentencia, las dos obras de referencia clave, en relación con la cuestión, eran las monografías de Canosa Usera, R., *El control de convencionalidad,* Civitas-Thomson

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

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

2018, de la sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 140/2018[2].

1.1. El contexto para comprender el alcance de la sentencia

Este pronunciamiento resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista, contra la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, que introduce, en relación con la jurisdicción universal, una modificación de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio. El objeto principal del recurso era, por tanto, el modelo de jurisdicción universal diseñado en el año 2014, cuando la mayoría parlamentaria correspondía al grupo parlamentario popular y que suponía, a juicio de los recurrentes, una restricción contraría al art. 24 CE del principio de jurisdicción universal o extensión extraterritorial de la jurisdicción.

El modelo de 2014[3] suponía, en la práctica, una restricción del previamente existente. Sin referirnos a la cuestión de la aplicación del principio de subsidiarie-

---

Reuters, Pamplona, 2015 y de Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de tutela multinivel de derechos*. Aranzadi, Pamplona, 2013. La consulta de ambos trabajos resulta reveladora, porque ambos autores defienden posiciones contrapuestas en lo que hace a la configuración del control de convencionalidad y a la subsiguiente definición de la competencia jurisdiccional para abordarlo. La STC 140/2018 se alinea más con la posición de Jimena Quesada.

[2] Merece ser recordado que, en sede jurisdiccional ordinaria, el control de convencionalidad se había venido ejerciendo ya, de hecho, por algunos Tribunales antes de la aprobación de la STC 140/2018, en particular por las Salas de lo Social de los Tribunal Superiores de Justicia de Castilla León (STSJ 4707/2016, de 19 de diciembre), Canarias (en las SSTSJ 1598/2016, de 18 de abril, 829/2016, de 30 de marzo, y 1420/2016, de 28 de enero) y Cataluña (sentencias núm. 4090/2015 de 22 junio, 6721/2015, de 22 de junio, y 1978/2016 de 1 de marzo), o incluso por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en supuestos que tienen que ver precisamente con la aplicación de la reforma operada por la LO 1/2014, de 13 de marzo (Auto de la Audiencia Nacional 72/2014, de 17 de marzo y SSTS 3082/2014, de 24 de julio, 2046/2015, de 6 de mayo, 4621/2016, de 25 de octubre).

[3] Resulta oportuno recordar que la primera manifestación del principio de justicia universal en España se dio con el artículo 23.4 de la redacción originaria de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial. Este preveía un modelo de jurisdicción universal absoluta, sin exigencia de vínculos de conexión con el Estado español y con la sola restricción impuesta por el principio *non bis in idem*. En el año 2009, tras reformas previas ampliando los delitos a los que se aplicaba la extensión de jurisdicción (disposición final única de LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre,; el artículo único de Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina; y el artículo 1.1 de LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la Persecución Extraterritorial de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas), se introdujeron tres principios restrictivos del alcance de la jurisdicción universal (art. 23.4 y 5 de la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legisla-

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

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

dad, ni a la supresión de la acción popular, que también se planteaban en el recurso de inconstitucionalidad y centrándonos exclusivamente en la redefinición de los puntos de conexión, que justificarían la extensión extraterritorial de la jurisdicción de los Tribunales españoles, tal y como sintetiza Sánchez Legido «con la modificación se suprimen dos de los tres criterios de conexión operativos desde la reforma de 2009 (nacionalidad de la víctima y otra conexión relevante con España), mientras que el tercero (presencia) es sometido a un notable endurecimiento para su aplicación al exigir que además se haya denegado la extradición y —solo para tortura y desaparición forzada— que la víctima sea española en el momento de la comisión del delito»[4].

Pero, además de limitar los supuestos en que los jueces y tribunales españoles tienen jurisdicción sobre determinados tipos delictivos, se prevé una entrada en vigor automática de la norma, sin previsión de *vacatio legis*, así como el sobreseimiento inmediato de todas las causas abiertas según el modelo anterior. Así, la disposición transitoria única de la ley establece que *«(l)as causas que en el momento de entrada en vigor de esta ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella»*. Este mandato obligó a los magistrados de la Audiencia Nacional que tenían procesos abiertos a tomar una decisión sobre la continuación o no de las causas y, a pesar de la existencia inicial de posiciones dispares[5], acabó imponiéndose de forma casi general el sobreseimiento de los asuntos abiertos[6]. Estas decisiones de sobreseimiento adoptadas por la jurisdicción ordinaria terminaron, por la vía del recurso de amparo, en sede constitucional[7].

---

ción procesal para la implantación de una nueva Oficina Judicial, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial.). Esos principios eran: la presencia de los presuntos responsables en España, que la víctima tenga nacionalidad española y la existencia de un vínculo de conexión relevante con España.

[4] Sánchez Legido, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 27, 2014.

[5] En este momento se pone de manifiesto la existencia de posiciones encontradas en relación con la aplicación del control de convencionalidad a estos supuestos, y la voluntad de algunos de estos magistrados de proseguir con la instrucción de las causas, amparándose en que el principio de persecución universal contenido en determinados tratados de cobertura debía aplicarse con preferencia sobre la reforma de la LOPJ. La primera de esas opiniones se refleja en el Auto de 17 de marzo de 2014, Sumario 27/2007, Juzgado Central de Instrucción núm. 1, Audiencia Nacional, dictado por el Juez Pedraz, en el asunto abierto por la muerte del periodista José Couso a mano de «fuego amigo» estadounidense, mientras cubría la Guerra de Irak.

[6] Véase, a este respecto, la fijación de doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) num. 797/2016 de 25 de octubre de 2016. Recurso de Casación num. 37/2016.

[7] Los recursos de amparo pendientes cuando se aprueba el juicio positivo de constitucionalidad eran los siguientes: RA num. 2769-2016, asunto bombardeo campo Ashraf (Irak)F; RRA núms. 3986-

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

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

Por tanto, cuando el ponente de la sentencia 140/2018, el magistrado Fernando Valdés, se enfrenta a la necesidad de dar respuesta a las dudas de constitucionalidad sobre la reforma de la LOPJ, es muy consciente de cuales son problemas interpretativos, de alcance constitucional, relevantes en el caso. Y asume que uno de los elementos principales de análisis debía ser la cuestión relativa al eventual conflicto entre la reforma legal y algunos tratados internacionales invocados por las partes como norma de contraste. Y, de modo complementario, la definición de la competencia para realizar ese tipo de análisis, que, en la práctica habían efectuado ya tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo en relación con el problema de la extensión de jurisdicción.

El recurso se basaba en tres ejes argumentales: i) la ley impugnada restringe el ámbito de la jurisdicción universal previamente previsto en la LOPJ, provocando un efecto de regresividad que menoscaba el principio de interdicción de la arbitrariedad y de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), el derecho al acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE), y el derecho a que ese acceso se garantice, en condiciones de igualdad, a todos los ciudadanos españoles (art. 14 CE); ii) la ley impugnada vulnera el art. 10.2 CE, por afectar al contenido de la jurisdicción universal que determinados tratados firmados y ratificados por España otorgan a esa noción; y iii) la ley impugnada vulnera el art. 96 CE por cuanto se modifican algunos tratados internacionales firmados por España, sin seguir el procedimiento previsto en tal precepto[8].

Si bien ninguno de estos argumentos utilizaba directamente los tratados como parámetro del juicio de constitucionalidad, tanto el segundo como el tercero acudían directamente a determinadas fuentes internacionales como referencia argumental conectando su vulneración con la de los arts. 10.2 y 96 CE. La idea subyacente era que, existiendo tratados que prevén un modelo más amplio de jurisdicción universal que el previsto en la reforma, esta venía a restringir el alcance de tales tratados y, por ello, contrariaba la previsión del art. 96 CE respecto de la imposibilidad de modificar mediante ley un tratado previamente ratificado por España, quebrantándose asimismo el mandato interpretativo del art. 10.2 CE.

La sentencia 140/2018, terminará por desestimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 3754-2014 partiendo del presupuesto de que la Constitución espa-

2015 y 4011-2015, asunto Tibet; RA núm. 4641-2015, asunto Secta Falung Gong; RRA núms. 6438/2016 y 6496-2016, asunto José Couso; y RA núm. 6615-2016, asunto Guantánamo.

[8] Además, se impugnaban subsidiariamente y de forma autónoma los siguientes preceptos: i) arts. 23.2.b) y 23.6 LOPJ, como lesivos de los arts. 24.1, 124 y 125 CE, por suprimir la denuncia y la acción popular como instrumentos de inicio de un procedimiento penal en los casos de extensión extraterritorial de la jurisdicción; y ii) disposición transitoria por vulneración del art. 117 CE, en su vertiente de exclusividad de la jurisdicción, en la medida en que prevé el sobreseimiento provisional de los procedimientos incoados merced a la regulación previa de la extensión de jurisdicción.

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

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

ñola no consagra un modelo inequívoco de jurisdicción universal, por lo que el margen del que dispone el legislador para regular la extensión extraterritorial de la jurisdicción es muy amplio[9]. Pero, la gran aportación dogmática de la sentencia tiene que ver con la teoría sobre el control de convencionalidad que se contiene en el fundamento jurídico sexto, que analiza el contraste entre la totalidad de la ley orgánica y el art. 96 CE[10].

1.2. El contenido del fundamento jurídico sexto de la STC 140/2018

Este fundamento, en síntesis, analiza el contraste entre la totalidad de la ley orgánica impugnada y el art. 96 CE, estableciendo como premisa que la invocación del art. 96 CE no lleva a analizar la compatibilidad entre los tratados internacionales concernidos y la regulación legal, sino que exige valorar si el análisis de constitucionalidad debe incluir «un examen sobre la compatibilidad entre tratados y ley interna, y si ese eventual juicio puede derivar en la declaración de inconstitucionalidad de una ley interna por oposición a un tratado, sobre la base de la previsión contenida en el artículo 96 CE».

A partir de esta consideración, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional asume que la Constitución no prevé el control de convencionalidad ni atribuye a ninguna jurisdicción, ordinaria o constitucional, competencia alguna al respecto. De modo que la única construcción posible del control de convencionalidad, con nuestra regulación constitucional, es una construcción jurisprudencial. Dice el Tribunal: *«Nuestro texto constitucional no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen dicho control de convencionalidad; y tampoco existe esta previsión en relación con el Tribunal Constitucional. Esta ausencia hace preciso verificar si, a pesar de esa constatación inicial, tal control tiene*

[9] En el momento de dictarse la sentencia, se encontraban en fase de tramitación parlamentaria, en el Congreso de los Diputados, dos proposiciones de Ley (una de ellas de Esquerra Republicana, y la otra del PSOE) cuyo contenido se refería a la modificación de los preceptos objeto del recurso de inconstitucionalidad. Ninguna de las dos proposiciones prosperó y la llegada al ejecutivo del partido político cuyo grupo parlamentario interpuso el recurso de inconstitucionalidad tampoco supuso una nueva modificación del modelo de jurisdicción universal. El contenido de la sentencia hace posible pensar en la posibilidad de desarrollar una regulación diversa de la jurisdicción universal, pero por el momento no ha concurrido la voluntad política para intentar una nueva reforma.

[10] Hace hincapié en la consideración de este pronunciamiento como sentencia paradigmática el trabajo de Jimena Quesada, L., «La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales: comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, julio 2019.

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

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

vinculación con algún precepto constitucional y expresa en su caso, cuál es el órgano jurisdiccional competente para formularlo y cuál debe ser su alcance».

Para descartar el vicio de inconstitucionalidad denunciado, se parte de los siguientes argumentos fundamentales:

i) *El control de convencionalidad en el sistema constitucional español es una mera regla de selección de derecho aplicable*[11].

La sentencia sostiene que la previsión del art. 96 CE[12], cuando establece que «*los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*», no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes[13]. Se limita a establecer un criterio de selección de la norma aplicable. Así «*la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario».* El control de convencionalidad en España, por tanto, no es un juicio de validez, sino un juicio de aplicabilidad de normas.

ii) *Esa selección debe ser formulada por los órganos de la jurisdicción ordinaria, de modo que se consagra un modelo de control difuso de convencionalidad*[14].

Una vez establecida la categorización previa sobre la naturaleza del control de convencionalidad, la consecuencia que se deriva sobre la competencia para aplicar este control es clara: la aplicación de esta regla de selección de derecho aplicable corresponde, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria, porque al juez constitucionalidad se le reserva el juicio sobre la validez de las normas.

Esta afirmación es, por lo demás, resultado directo de la jurisprudencia previa y consolidada que cita la propia sentencia. Esta doctrina precedente, de la que el

---

[11] Plantea una severa crítica a este planteamiento Perotti Pinciroli, I. G., «El control de convencionalidad en el Derecho español: ¿una importación defectuosa?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 41, junio 2021, p. 27.

[12] Que se reitera en los arts. 29 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

[13] La opción interpretativa opuesta es la que defiende en su trabajo Morón Pérez, M.C. «La eficacia interna del CEDH en el ordenamiento tributario español: análisis crítico de la doctrina del TC sobre el control de convencionalidad», en La protección de los derechos fundamentales en el ámbito tributario, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 747-780.

[14] Se debe la expresión a Luis Jimena en Jimena Quesada, L., *op. cit.* nota 10.

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

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

Tribunal ni ve la necesidad ni la conveniencia de apartarse[15], establece que la selección del derecho aplicable «*al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el artículo 117.3 CE*».

Conclusión esta que sustentan también algunos autores como Luis Jimena: «*Por supuesto, el carácter supralegal o prevalente supone discernir entre aplicación y validez, puesto que la potestad de la jurisdicción nacional ordinaria se concreta en una inaplicación inter partes de la norma nacional contraria al canon internacional, sin que esa potestad jurisdiccional comporte una consecuencia anulatoria erga omnes a través de una declaración de invalidez del canon nacional controvertido (lo cual configura una prerrogativa concentrada en manos de la jurisdicción constitucional)*»[16].

El Tribunal es aún más claro cuando establece la consecuencia directa de esta función jurisdiccional. Así establece que «*en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto*».

El núcleo del problema a resolver en este caso, frente a lo defendido por autores como Alonso García[17], no parecía ser la definición del juez competente para ejercitar el control de compatibilidad del derecho interno con los tratados. Desde luego era una cuestión relevante en la medida en que determinaba los propios límites del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, pero también una cuestión derivada de la respuesta que se diera a la primera, a la relativa al tipo de antinomia que se presenta y a la naturaleza del control a realizar.

iii) *Será competencia del TC controlar la selección de la norma a la luz del art. 24.1 CE.*

En último término el Tribunal se reserva una competencia residual en este ámbito. A pesar de reconocer que la selección de derecho aplicable queda extra-

[15] Véase la descripción que hace de la misma Morón Pérez, M.C., *op. cit,* nota 13. Esta autora, que defiende la idea de que si un tratado (en su reflexión el CEDH) es contrario a la ley «cabría pensar que la misma sería inconstitucional por infracción del principio de jerarquía normativa que consagra el art. 9.3 CE, en relación, en este caso, con el art. 96.1 de la misma norma fundamental y que, por lo tanto, el juez, que no parece facultado por el precepto citado de la LOPJ para inaplicarla, debería plantear la correspondiente cuestión al Tribunal Constitucional (…) Sin embargo, no es este el parecer del máximo intérprete de la Constitución»(Morón Pérez, M.C., *op. cit,* nota 13, p 765).

[16] Jimena Quesada, L., *op. cit.* nota 10, p. 441.

[17] Alonso García, R., «El control de convencionalidad: cinco interrogantes», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 119, mayo-agosto 2020, pp. 11-52, aquí. p. 22.

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

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

muros de su competencia, el Tribunal asume que podrá *«por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza «que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia»».*

Ahora bien, a pesar de la reserva sin reservas, la aplicación práctica de este canon por el propio Tribunal Constitucional ha sido desigual[18], y no hubo de esperarse mucho para comprobarlo. De todas las sentencias que resuelven los recursos de amparo pendientes que contestaban los sobreseimientos decididos en aplicación de la reforma impugnada de la LOPJ, apenas una hace una aplicación evidente y explícita de ese canon.

Se trata de la STC 80/2019, de 17 de junio, en el asunto de la muerte de José Couso. Esta sentencia detalla por qué se aplica el canon fijado en la STC 140/2018, independientemente de su invocación previa que, obviamente, era imposible, y concluye descartando *«que el Tribunal Supremo haya llevado a cabo una interpretación de la legalidad interna e internacional susceptible de ser considerada irrazonable, arbitraria o incursa en error patente, sin que tampoco sea fruto de un injustificado decisionismo judicial, al argumentar que ni el art. 23.4 a) LOPJ ni la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, al exigir que los responsables de crímenes de guerra no españoles residan o se encuentren en España, entran en conflicto con los mandatos de la IV Convención de Ginebra de 1949 y su protocolo adicional I»*. Es decir, en esta sentencia la Sala Segunda del Tribunal Constitucional ejerce plenamente la competencia que para sí reservase en la STC 140/2018, analizando en detalle la argumentación sobre el juicio de compatibilidad realizado en la instancia entre la LOPJ reformada y el tratado internacional de referencia, esto es la IV Convención de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949) y su protocolo adicional.

[18] Del resto de recursos de amparo a los que se refiere la nota al pie anterior, la STC 15/2019, de 11 de febrero, asunto bombardeo campo Ashraf formula un juicio de inadmisión por falta de agotamiento. Y las SSTC 10/2019, de 28 de enero, asunto secta Falung Gong; SSTC 23/2019 de 25 de febrero y 35/2019, de 25 de marzo, en el asunto del Tibet; y la STC 36/2019, de 25 de marzo, asunto Guantánamo, no aplican el canon reservado al TC, a pesar de servirse de la argumentación de la STC 140/2018 para descartar los vicios de inconstitucionalidad imputados a la aplicación de los nuevos preceptos reguladores de la jurisdicción universal. Pero ninguna de ellas formula un análisis en relación con la argumentación realizada en la instancia sobre la compatibilidad entre los tratados de referencia en cada caso, y la norma doméstica.

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

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

2. La crítica en relación con la cita de la sentencia CIDH Almonacid Arellano y otros c. Chile

Algunos autores han llegado a criticar un inadecuado recurso al derecho comparado por parte de la STC 140/2018, que invoca la sentencia de 26 de septiembre de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el asunto *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, como el pronunciamiento que incorpora al sistema jurídico universal la noción de control de convencionalidad[19]. Ricardo Alonso García señala «lo poco afortunado que estuvo el TC en esta incursión, por primera vez en su jurisprudencia, en la doctrina de la Corte IDH, habida cuenta de que no se desprende de esta lo que el TC le atribuye y que constituye el núcleo del problema que resolver, a saber, el del juez competente, si ordinario o constitucional, para ejercitar en el ámbito nacional el control de compatibilidad del derecho interno con los tratados internacionales» [20]. E incluso Luis Jimena, que asume la pertinencia de la alusión a la *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, argumenta que hubiera sido adecuado acudir al ejemplo del modelo francés de control de convencionalidad, mucho más próximo al que define la propia sentencia del Tribunal Constitucional[21].

Ciertamente, si admitimos que el problema esencial a resolver por la sentencia constitucional, en este punto, era la definición de la jurisdicción competente para proceder al control de convencionalidad, habría que reconocer la pertinencia de la crítica. Y es que la sentencia *Almonacid Arellano y otros c. Chile*, no determina qué jurisdicción interna es la competente, limitándose a establecer la obligación de la jurisdicción nacional de velar porque los efectos de las disposiciones de un tratado «no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad'». Sin embargo, la Decisión num. 75-54, fechada el 15 de enero de 1975, y concerniente al control previo de constitucionalidad de la «Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse», si establece que la competencia para efectuar el control de convencionalidad es de los jueces ordinarios y no de la jurisdicción constitucional, aplicando un razonamiento muy parecido al que formula en su pronunciamiento el Tribunal Constitucional español[22].

---

[19] Si bien esta es la sentencia que incorpora el concepto al acerbo jurisprudencial interamericano, la noción aparece mencionada por vez primera en el voto particular concurrente del magistrado García Ramírez, en el asunto Mack Chang v. Guatemala, 25 de noviembre de 2003.

[20] Alonso García, R., *op. cit.,* nota 17, p. 22. Frente a esta posición la de Jimena Quesada, L., *op. cit.*, nota 10, p. 446.

[21] Jimena Quesada, L., *op. cit.*, nota 10, p. 448.

[22] Así, vino a establecer que aunque la Constitución francesa confiera en el art. 55 una autoridad a los tratados superior a la de las leyes, ello no supone que el respeto a este principio de jerarquía deba

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

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

Efectivamente, la definición del control de convencionalidad previsto por la CorteIDH es más abierta y, por ello difiere de la que conforma la sentencia del TC español. Pero, como ha sucedido en otras ocasiones y en relación con otros conceptos, como el de bloque de constitucionalidad, muy vinculado al tema que nos ocupa, los pronunciamientos jurisdiccionales pueden llegar a adoptar un *nomen iuris* conocido, estudiado por la doctrina y con una carga connotativa determinada ajustándolo a un sistema jurídico con determinados matices que le dan un contenido propio, y en parte distinto al de la noción de referencia. Dicho en otros términos, el Tribunal no acude a jurisprudencia de la Corte para resolver el problema que le plantean los recurrentes en el recurso de inconstitucionalidad, sino que evoca la noción elaborada por la CorteIDH porque es esta la que se ha popularizado, porque había sido invocada por los recurrentes y porque desde la expansión del concepto en los ordenamientos jurídicos de la América Latina, es desde donde nuestra propia doctrina, así como los abogados de las partes que han invocado su aplicación intentaron rescatar la noción para nuestro propio sistema.

Seguramente el ponente de la STC 140/2018 pensaba, al citar la sentencia de la CorteIDH, en la identidad jurídico-cultural con el sistema interamericano cuando evocó el concepto. Pero no lo copió, sino que lo adoptó para adaptarlo a las condiciones marcadas por el ordenamiento constitucional español, concretamente por lo dispuesto en los artículos 96 y 10.2 de la Constitución española. Lo mismo que han hecho, por lo demás los países sujetos a la jurisdicción de la CorteIDH, no existiendo un concepto único sobre la naturaleza, alcance, procedimiento o modalidad —concentrada o difusa— que debe adoptar el control cuando se efectúa dentro de cada sistema constitucional.

Y, además, el Tribunal Constitucional español, del mismo modo que hace la CorteIDH, se reserva una facultad última de revisar el juicio de convencionalidad en el ámbito que le es propio. Y el ámbito que le es propio al TC español, descartada la identidad entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad (de validez relativa al ajuste constitucional de la norma), es de la garantía de los derechos fundamentales. Así, la facultad revisora se reconduce al procedimiento de amparo, cuyo objeto serán las resoluciones judiciales de instancia que hayan efectuado el control de convencionalidad, y que se sujetarán a un juicio

garantizarse en el marco del control de la conformidad de las leyes con la Constitución previsto en su artículo 61 CF. Entiende el Conseil que las decisiones adoptadas en virtud del artículo 61 de la Constitución son absolutas y definitivas, mientras que la superioridad de los tratados sobre las leyes tiene un carácter relativo y contingente, en la medida en que se limita, por una parte, al ámbito de aplicación del tratado y, por otra, está sujeta a una condición de reciprocidad, cuyo cumplimiento puede variar en función del comportamiento del Estado o de los Estados signatarios del tratado y del momento en que deba apreciarse el cumplimiento de esta condición. En suma, el modelo francés parte de la consideración de que la relación entre tratados y ley se resuelve a través de una regla de vigencia y no de validez, por lo que no compete a la jurisdicción constitucional.

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

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

sobre la razonabilidad y ausencia de error en la selección del derecho aplicable (con arreglo al canon ampliamente desarrollado en relación con el art. 24.1 CE, respecto del derecho a la motivación adecuada de las resoluciones judiciales).

No cabe, por tanto, la identificación entre el modelo del control de convencionalidad previsto por la CorteIDH y el modelo español. Como no puede obviarse que el contenido de la STC 140/2018 ni es ajeno a la jurisprudencia previa, ni es indiferente al asunto concreto que da lugar al recurso que resuelve, ni es omnicomprensivo, en el sentido de que no contiene una doctrina completa y cerrada sobre el alcance del control de convencionalidad en el sistema jurídico español.

3. La crítica relativa a la «dejación de funciones» del Tribunal Constitucional

La atribución de competencias sobre el control de convencionalidad a los órganos integrantes de la jurisdicción ordinaria, supone una auto exclusión de la jurisdicción constitucional que ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales, empeñadas en afirmar que los jueces constitucionales no eran conscientes del poder de inaplicar normas internas que estaban dando a los jueces ordinarios.

Pero yo no estoy de acuerdo con esta consideración. Entiendo que la jurisdicción constitucional no hizo más que sacar las conclusiones oportunas de su jurisprudencia previa[23], asumiendo que, dentro de un modelo de jurisdicción constitucional concentrado, existen elementos o procedimientos propios y más próximos al control difuso de constitucionalidad[24]. En el sistema de justicia constitucional española esa posibilidad de desplazar la aplicación de normas con rango de ley, sin necesidad de acudir a procesos constitucionales para ello, no se inaugura con la doctrina sobre el control de convencionalidad.

Se inicia, bien al contrario, en el año 1981, cuando se trata de evaluar el ajuste constitucional de las normas preconstitucionales. Si bien la sentencia principal (*leading case*) a este respecto es la STC 4/1981, de 29 de abril, no se ha dejado de aplicar este criterio en sentencias mucho más recientes[25] en la medida en que siguen persistiendo en nuestro ordenamiento normas aprobadas antes de la entra-

[23] Ya se ha citado, en este sentido, el trabajo de Morón Pérez, M.C., *op. cit,* nota 13, que extrae de la jurisprudencia previa las mismas conclusiones a las que llega la sentencia.

[24] En este sentido plantea sus reflexiones en torno a la ST 140/2018 el profesor Fondevila Marón, M., «El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles: a propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* 23, 2, julio-diciembre 2019, pp. 439-458.

[25] Por ejemplo, las SSTC 10/2002, de 17 de enero; 10/2005, de 20 de enero; 224/2006, de 6 de julio.

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

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

da en vigor de la Constitución, respecto de las cuales igual puede actuar el principio de eficacia derogatoria de la norma fundamental, que la supremacía constitucional. El criterio jurisprudencial es claro: los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria pueden aplicar la eficacia derogatoria de la Constitución respecto de las normas preconstitucionales que se opongan a ella, pero solo el Tribunal Constitucional puede formular un juicio de constitucionalidad basado en la noción de supremacía constitucional. El primer criterio de solución de antinomias es un criterio de vigencia, en que se aplica la regla de la sucesión temporal de las normas, asumiendo que la más reciente en el tiempo, la Constitución, desplaza a la más antigua, pero sin expulsarla del sistema de fuentes. Se trata por tanto de un juicio de aplicabilidad, y no de validez. El segundo criterio, en cambio, si formula un juicio de validez que, de no superarse, supone la exclusión de la disposición contraria a la Constitución del ordenamiento jurídico, su declaración de nulidad sobrevenida.

También se ha reconocido la facultad de control jurisdiccional de los excesos —el ultra vires— de la legislación delegada. Lo deja claro el art. 1.1 de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cuando afirma que «Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con (...) con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación. Facultad esta reconocida también por el propio Tribunal Constitucional desde el auto 69/1983, de 17 de febrero, hasta pronunciamientos más recientes como la STC 166/2007, de 4 de julio.

Mas recientemente la STC 102/2016, de 25 de mayo, introduce una nueva cesión de facultades de control de la ley en favor de los jueces ordinarios. Este pronunciamiento, así como varios que le seguirán[26], reconoce la posibilidad de que el juez ordinario aplique el principio de prevalencia de las leyes básicas sobre las leyes autonómicas que se opongan a aquellas, siempre que se cumplan determinados requisitos en los que no me detendré ahora.

Y, por supuesto, desde la STC 28/1991, de 14 de febrero, el Tribunal Constitucional viene reconociendo la posibilidad de que los jueces nacionales, en tanto jueces encargados de aplicar el derecho de la Unión Europea, y de observar los principios de primacía y efecto directo, puedan inaplicar normas internas con rango de ley cuando las mismas entren en oposición con el derecho de la Unión, y ello con o sin obligación de plantear previamente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión, en los términos que sintetiza la STC 37/2019, de 26 de marzo[27].

---

[26] SSTC 116/2016, 127/2016, 204/2016, AATC 167/2016 y 27/2019.

[27] Jimena Quesada entiende que este es el mejor elemento de parangón con el control de convencionalidad Jimena Quesada, L., *op. cit.*, nota 10, p. 442.

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

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

En todos estos supuestos, las reglas de solución de antinomias han sido reglas relativas a la aplicabilidad de las disposiciones normativas, y no a su vigencia, de modo que se ha calificado el control de la ley como un mero juicio de aplicabilidad de la norma, y no de validez de la misma. Esa categorización justificaba el hecho de que la facultad de control se atribuyera a los jueces y tribunales, descargando al Tribunal Constitucional de una labor que no le compete, en la medida en que se le reserva el monopolio del control de validez de las normas y su eventual expulsión del sistema de fuentes. La reserva del papel de legislador negativo, le exime de formular juicios de aplicabilidad que se califican como juicios de legalidad ordinaria.

Exactamente la misma lógica ha funcionado a la hora de definir el modelo de control de convencionalidad en el sistema español, y por eso la STC 140/2018 es coherente con la jurisprudencia expuesta y con la definición previa del modelo de reparto de funciones entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria[28].

En suma, la calificada, de manera más o menos explícita, como dejación de funciones constitucionales solo es el efecto inmediato de la aplicación de un mecanismo de control difuso de constitucionalidad, que no resulta en absoluto extraño a nuestro modelo de jurisdicción constitucional, y que se explica de manera lógica y objetiva desde la apreciación de que el control de convencionalidad actúa como un criterio de selección de derecho aplicable.

Y, en todo caso, es necesario insistir en dos ideas que refutan el argumento de que el Tribunal se ha desentendido del control de convencionalidad: 1) la facultad jurisdiccional de formular el control de convencionalidad no priva al Tribunal Constitucional de sus propias competencias en materia de control de constitucionalidad, cuando ambas puedan llegar a confluir; y 2) la facultad jurisdiccional de formular el control de convencionalidad no priva al Tribunal Constitucional de

[28] De hecho, en el FJ 6 de la STC 140/2018, se citan todos estos supuestos en los términos siguientes: «La admisión de la posibilidad de que una norma con rango legal sea inaplicada por órganos de la jurisdicción ordinaria ha sido admitida por este Tribunal en aplicación del principio de prevalencia (SSTC 102/2016, de 25 de mayo; 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio), en lo que hace al control de constitucionalidad de normas preconstitucionales (STC 11/1981, de 8 de abril), y a la hora de determinar las relaciones entre las fuentes internas de rango legal y las normas de derecho comunitario derivado (por todas SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 145/2012, de 2 de julio, FJ 2, y 118/2016, de 23 de junio, FJ 3). Incluso, en un obiter dictum contenido en el FJ 3 de la STC 118/2016, de 23 de junio, se dijo expresamente que «es a los órganos judiciales ordinarios a quienes corresponde el control, entonces, tanto de la eventual contradicción entre una norma foral fiscal y una disposición de un tratado o convenio internacional firmado y ratificado por España (SSTC 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 5, y 29/2016, de 18 de febrero, FJ 5), como de la adecuación de las normas forales fiscales a las normas de armonización fiscal de la Unión Europea [SSTC 64/2013, de 14 de marzo, FJ 4, y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5 b)]».»

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

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

revisar que la selección de la norma es razonable, y no arbitraria o errónea, haciendo uso de la aplicación del canon de motivación propio del art. 24.1 CE.

4. La crítica relativa a los problemas de inseguridad jurídica

La STC 140/2018 no cierra el modelo de control de convencionalidad y eso permite plantear preguntas que aún no tienen respuesta[29]. Pero ello no significa que la introducción del concepto genere inseguridad jurídica. Simplemente supone que es necesario ir perfilando jurisprudencialmente las condiciones de este tipo de control, en espera de una reforma constitucional que despeje desde la raíz todas las dudas que pueden llegar a surgir de la atribución de esta competencia a los jueces de la jurisdicción ordinaria.

Una de las dudas tiene que ver con el tipo de tratados que pueden ser utilizados como parámetro del control de convencionalidad. Podría llegar a sostenerse que los tratados incorporados al ordenamiento español según el procedimiento previsto en el art. 94.2 CE solo serían parámetro de control de convencionalidad de las leyes posteriores, pero no de las anteriores[30]. Pero lo cierto es que ninguna jerarquización entre los diferentes tipos de tratados —según su modalidad de incorporación al ordenamiento interno—, establece el art. 96 CE. De modo tal que, el único requisito sine *qua non* para que se proyecte el control de convencionalidad sobre una ley, usando como parámetro un tratado es que este, según la definición del art. 2.1 de la Ley de tratados haya sido válidamente celebrado en España.

Sin duda alguna los tratados de derechos humanos tienen una singular posición que deriva del mandato interpretativo obligatorio contenido en el art. 10.2 CE. Pero si nos encontramos ante este tipo de tratados, quizá el órgano judicial deberá formular un razonamiento más complejo que el del mero control de convencionalidad y plantearse la alternativa entre elevar una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional o aplicar el control de convencionalidad[31]. Alternativa, por cierto, que también se plantea en los supuestos en que una norma interna pueda llegar a entrar en conflicto con una de la Unión Europea en la que se contemplen materias, como los derechos fundamentales, con reflejo constitucional[32].

Una segunda cuestión que plantea la doctrina se refiere a la disparidad de criterios aplicativos que pueden surgir entre distintos órganos jurisdiccionales.

---

[29] En este mismo sentido Jimena Quesada, L. *op. cit.*, nota 10, p. 436.

[30] Alonso García, R., *op. cit.,* nota 17, p. 24, nota al pie 16.

[31] En este sentido Perotti Pinciroli, I. G., *op. cit.* nota 11.

[32] Véase, a este respecto, el trabajo de Cruz Villalón, P., Requejo Pagés, J.L, «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 19-50, 2015, pp. 173-194

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

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

Efectivamente este riesgo existe, como existe respecto de cualquier otro criterio pretorio de solución de antinomias. En estos supuestos la ausencia de criterios legales orientativos concretos no ayuda, y la falta de un desarrollo más exhaustivo de la noción jurisprudencial tampoco, de manera que resulta deseable profundizar en la mejora de esos criterios, existiendo el recurso de casación para la unificación de doctrina como instrumento procesal útil para ello. Y, en último extremo, la supervisión constitucional por las dos vías previamente descritas, cuestión de inconstitucionalidad y recurso de amparo.

Y, un tercer problema, tiene que ver con el eventual conflicto entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción constitucional a la hora de examinar el ajuste convencional de una ley. Un ejemplo práctico de este potencial conflicto se identifica al leer el contenido de la STC 118/2019, de 16 de octubre, y el de la STSJ de Cataluña 274/2020, de 17 de enero[33].

La sentencia constitucional desestima una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 52 d) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, que preveía el despido en caso de absentismo laboral, incluso en los supuestos en que las faltas al trabajo tuvieran justificación médica, siempre y cuando se sobrepasara un determinado número de ausencias en un período de tiempo concreto. Excediendo lo previsto en la STC 140/2018, el Tribunal formula en este caso un juicio implícito de convencionalidad, en un *obiter dicta* contenido en el FJ 6. A pesar de reconocer en un párrafo que la presunta contradicción del art. 52 d) LET y el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT planteada en el auto que eleva la cuestión de inconstitucionalidad, sería objeto de un control de convencionalidad que no le compete hacer, en el párrafo subsiguiente afirma: «Sin perjuicio de cuanto acaba de indicarse, valga advertir que no apreciamos que la regulación contenida en el art. 52 d) LET contradiga lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT». E, inmediatamente, se justifica tal posición formulando un juicio positivo de convencionalidad respecto de la norma objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia[34], posterior en el tiempo, mantiene un criterio contrario al que se estableció en el *obiter dicta* constitucional, al entender que la norma del Estatuto de los Trabajadores necesaria

[33] Véanse, en relación con esta cuestion, los comentarios de Cialti, P.H., «Extinción del contrato de trabajo: el despido del artículo 52 d) ET no supera(ba) el control de convencionalidad: STSJ Cataluña 17 de enero de 2020», en Temas Laborales, 152, 2020, pp. 301-317.

[34] En la misma línea STSJ CLM 327/2022, de 8 de febrero; STSJ CLM 1829/2021, de 1 de diciembre; STSJ CAT 5336/2021, de 28 de abril; STSJ CAT 1709/2021 de 18 de febrero; STSJ EXT 95/2020 de 23 de enero; STSJ CAT 1/2020, de 17 de enero; STSJ CL 475/2020, de 29 de enero; STSJ CL 5230/2019, de 20 de diciembre.

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

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

para resolver el caso concreto, era contraria al párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT, por lo que, en aplicación del control de convencionalidad, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña desplazó la aplicación del ET, aplicando directamente el tratado de la OIT, y considerando nulo el despido de una empleada por absentismo laboral reiterado aunque justificado por razones médicas. Este conflicto interpretativo será resuelto por el legislador que deroga la letra d) del art. 52 ET, por el art. único de la Ley 1/2020, de 15 de julio.

Concuerdo con Ricardo Alonso cuando manifiesta su preocupación sobre la posibilidad de que se reproduzcan «en el terreno de la convencionalidad los episodios de confrontación, en ocasiones muy tensos, vividos al hilo de la delimitación fronteriza entre la constitucionalidad y la legalidad ordinaria»[35]. Pero, sin embargo, no creo que sea adecuado atajar ese riesgo suprimiendo un control de convencionalidad atribuido a los órganos jurisdiccionales, cuando la derivación de este al Tribunal Constitucional no me parece posible, habida cuenta de la dicción literal del art. 96 CE, y de la jurisprudencia previa que define su alcance. Creo que la alternativa a un control de convencionalidad atribuido a los jueces no es un control de convencionalidad atribuido al Tribunal Constitucional en el estado actual de las cosas. Porque no me parece posible, con el entramado normativo que tenemos, dar ese salto lógico. Así que la alternativa al control de convencionalidad efectuado por los jueces es la irrelevancia del control de convencionalidad en la línea de lo acontecido hasta la fecha[36].

5. Los escenarios de futuro

4.1. La paradoja de la aceptación

En palabras de Marc Guerrini, «en la ciencia política, la paradoja de la aceptación se refiere a la situación en la que una institución acepta asumir una tarea que implica nuevas responsabilidades, al tiempo que es consciente de los benefi-

[35] Alonso García, R., *op. cit.,* nota 17, p. 29.

[36] Luis Jimena también minimiza el riesgo del conflicto afirmando que «de un lado, el ejercicio del control difuso de convencionalidad reviste cuantitativamente un carácter más excepcional y cualitativamente una naturaleza más sencilla que la puesta en práctica, más cotidiana y compleja, de los principios de primacía y efecto directo del Derecho de la UE por los órganos jurisdiccionales ordinarios, habiendo sido aceptada esta segunda práctica hasta con cierto entusiasmo y sin rasgarnos las vestiduras; y, de otro lado, en el supuesto de verificarse la reseñada eventualidad de desatinada aprehensión del estándar internacional utilizado para descartar la aplicación de la norma nacional, el propio TC se reserva, en virtud de la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, enmendar esa incorrección (con objeto de no comprometer los derechos fundamentales de las partes en el proceso)». Jimena Quesada, L., *op. cit.* nota 10, pp. 443-444.

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

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

cios que dicha tarea puede aportar en el futuro»[37]. A mi juicio, la jurisdicción ordinaria se encuentra, ahora mismo, en España, ante la paradoja de la aceptación del control de convencionalidad. Una aceptación que puede llevar a los jueces y tribunales ordinarios a capitalizar las implicaciones del ejercicio de dicho control, pero que actualmente aparenta haberse visto paralizada por las muchas dudas que surgen (en la doctrina y en la práctica) en torno al control de convencionalidad.

Quizá estas vacilaciones fueran menos si existiera mayor desarrollo jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional. Pero ese desarrollo no ha existido, o ha existido con muy escaso alcance. En una primera fase, algunos pronunciamientos pusieron de manifiesto la efectiva aplicación de este control de convencionalidad en sede jurisdiccional ordinaria. Pero, lo mismo que había sucedido antes de la aprobación de la STC 140/2018, la aceptación fue menos paradójica para la jurisdicción social[38] que para las demás[39], y la tendencia no parece haberse consolidado, pese a algunos ejemplos destacables de lo contrario[40]. Así la STS 4613/2021, de 15 de diciembre de 2021[41] desplaza una norma procesal nacional para dar la opción de una segunda instancia, y varias sentencias de distintos TSJ aplican con preferencia la Carta Social Europea[42] o

[37] Guerrini, M., «L'utilisation du contrôle de conventionnalité par la cour de cassation ou le paradoxe de l'acceptation» en RDLF, 21, 2017

[38] Pone el acento en la virtualidad del control de convencionalidad de cara al refuerzo de los derechos sociales el trabajo de Llobera Vila, M., «El control de convencionalidad: la aplicación de los Tratados internacionales en la determinación de estándares laborales, STC núm. 140/2018, de 20 de diciembre» en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 222, julio 2019, p. 252-262. También lo hace el mismo ponente de la sentencia en un texto académico sucesivo: Valdés Dal-Ré, F., «Control de convencionalidad y jurisdicción social», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1, enero 2020, pp. 1-7.

[39] Véanse, en este sentido, la STSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, 12 de marzo de 2019; STSJ Cataluña 9 abril 2019; STSJ Galicia 26 de abril de 2019; STSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria 2 de julio de 2019; SJS núm. 1 de Palma de Mallorca, de 26 de julio de 2019; STSJ Canarias, Las Palmas de Gran Canaria de 27 de agosto de 2019. En el orden contencioso-administrativo y en Audiencias Provinciales igualmente se refleja la cita a la STC 140/2018, pero con referencia preferente al FJ 5º: —SAP Barcelona, de 12 de abril de 2019; STSJ País Vasco de 24 de mayo de 2019; SAP Barcelona, de 27 de junio de 2019; SAP Barcelona de 15 de julio de 2019; SAP Madrid de 16 de julio de 2019; STSJ Madrid de 24 de julio de 2019; y Auto del Tribunal Supremo de 1 de julio 2019.

[40] Me limito a citar algunos ejemplos y remito, para profundizar en este punto, al trabajo de Perotti Pinciroli, I. G., *op. cit.* nota 11.

[41] Se afirma en este pronunciamiento, tras citar las SCT 140/2018: «Viene a cuento la cita de esta doctrina constitucional porque, en el presente caso, la parte recurrente no dispuso de la posibilidad de recurrir en casación por aplicación de la regla de cuantía establecida en el artículo 86.2 b) de la LJCA, al ser la concreta cuantía del pleito inferior a la suma gravaminis indicada en ese precepto. Una vez afirmado por el TEDH que la parte debería haber dispuesto en todo caso de la oportunidad de la doble instancia, la reparación de la vulneración apreciada por este Tribunal pasa por remover, mediante su inaplicación, la cláusula legal que impidió la articulación de esa doble instancia».

[42] STSJ CAT 2139/2022, de 25 de febrero y STSJ GAL 2333/2019, de 26 de abril de 2019.

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

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

algún convenio de la OIT[43], existiendo alguna confusión todavía entre la aplicación del control de convencionalidad y la proyección del art. 10.2 CE[44].

Y, en sede constitucional, como ya se ha expuesto, solo la STC 80/2019, de 17 de junio aplica correctamente la STC 140/2018, mientras que la desdice en la práctica, la STC 118/2019, al aplicar el control de convencionalidad de forma improcedente y generar el tan temido conflicto con la jurisdicción ordinaria.

5.2. La recuperación jurisprudencial de la competencia

Como se ha expuesto en los párrafos precedentes, la noción del control de convencionalidad dentro del ordenamiento jurídico español es un concepto de creación jurisprudencial, que se deriva sin dificultad de una interpretación sostenida por la jurisprudencia constitucional en relación con la interpretación del art. 96 CE. Pero ningún overruling es imposible si media motivación suficiente en relación con el apartamiento del precedente.

Por tanto, nada impediría definir el control de convencionalidad como un juicio de validez de la norma, equivalente al control de constitucionalidad con un parámetro ampliado hacia los tratados internacionales. Dicho de otro modo, basándose en la prohibición de modificar por ley un tratado, que establece el art. 96 CE, podría tenerse a los tratados como integrantes del bloque de constitucionalidad y, por ello, parámetro de control de las normas exclusivamente internas con rango de ley. Incluso podría considerarse que la oposición entre tratado y ley pudiera formularse como una oposición de la ley al art. 96 CE, provocando la inconstitucionalidad mediata de la norma nacional. Cualquiera de las dos interpretaciones permitiría atribuir el control al Tribunal Constitucional, porque la cuestión del foro es una cuestión dependiente de la previa y principal relativa a la naturaleza o modalidad del control. El control de aplicabilidad es propio de la jurisdicción ordinaria. El control de validez de la norma incumbe a la jurisdicción constitucional.

Frente a la posición de los autores que defiende la naturaleza supralegal de los tratados[45], y que por tanto podrían llegar a asumir una modificación jurisprudencial de la noción de control de convencionalidad, a mi juicio este tipo de reflexión nos devuelve a una discusión antigua, sobre si la resistencia de una norma a ser derogada y su propia capacidad para derogar otras supone superioridad de la

[43] STSJ CAT 6762/2021, de 14 de julio; STSJ CAT 5695/2021, de 20 de mayo; STSJ CAT 5756/2021, de 23 de abril.

[44] STSJ CAT 8847/2021, de 26 de octubre, sobre el Protocolo 1 CEDH.

[45] Alonso García, R., *op. cit.,* nota 17, p. 24 o Morón Pérez, M.C., *op. cit,* nota 13.

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

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

que ostenta esta fuerza frente a aquellas a las que se opone. Pero esta no es una discusión que haya interesado al Tribunal en la STC 140/2018, y puede convertirse en una discusión paralizante en torno a las ideas de jerarquía[46], primacía, supremacía, supralegalidad, etc. Una discusión en que se sigue imponiendo una visión del sistema de fuentes a través de una estructura piramidal cuyas bases se quiebran desde la aceptación de la cultura del constitucionalismo multinivel, o del constitucionalismo dialógico. Desde el momento en que pensamos en las fuentes de origen externo, en su fórmula de elaboración, en la casi inexistente participación real del legislador en ese procedimiento, y en la todavía mucho menor realidad del control de constitucionalidad de los tratados, asumimos que la proclamación de la supralegalidad puede inducir a quiebras del modelo de división de poderes basado en el control de las instituciones que los ejercen difíciles de asumir. Por esto esta posición, que podría reforzar las quiebras de seguridad jurídica a las que se ha hecho previamente referencia, supondría un menoscabo de otros principios igualmente esenciales del Estado de Derecho.

Sin necesidad de asumir este paradigma argumental que, insisto, no me parece adecuado, creo que el Tribunal puede reforzar su posición en el marco del control de convencionalidad que ha definido a través de un recurso efectivo y riguroso al art. 24 CE, en la línea de lo contenido en la STC 80/2019, de 17 de junio. Es decir, puede abrirse una puerta a revisar el juicio de convencionalidad siempre que en un recurso de amparo se plantee que la lesión del derecho invocado, o del derecho ala tutela judicial efectiva, procede en realidad de una inadecuada selección de la norma aplicable porque se pretirió el tratado frente a la ley.

Adicionalmente el Tribunal puede reforzar su posición como última ratio respondiendo adecuadamente a las cuestiones de inconstitucionalidad en las que se formule, simultáneamente una duda de convencionalidad, Aunque esto fue lo que el Tribunal intentó en la STC 118/2019 errando la amplitud de su juicio.

5.3. La reforma constitucional

Afirma Luis Jimena que la consagración del control difuso de constitucionalidad por nuestra Jurisdicción Constitucional mediante el FJ 6 de la STC 140/2018 debe entenderse como una respuesta positiva al desafío de perfeccionamiento de nuestro sistema constitucional de fuentes[47]. A mi juicio el perfeccionamiento pasa, necesariamente, por una modificación del art. 96 CE que, o bien

[46] Plantea la reflexión sobre la aplicación preferente de los tratados, en términos de jerarquía Morón Pérez, M.C., *op. cit.,* nota 13, p. 766.

[47] Jimena Quesada, L., *op. cit.* nota 10, p. 459.

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

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

integre plenamente el contenido que la jurisprudencia constitucional ha atribuido al control de convencionalidad, de modo que los órganos integrantes de la jurisdicción ordinaria tengas menos dificultades para afrontar la paradoja de la aceptación, o bien modifique absolutamente el planteamiento y reconozca rango o fuerza constitucional a los tratados, o al menos a algunos de ellos, para pasar a integrarlos como parte inequívoca del bloque de la constitucional y parámetro del control de constitucionalidad de las normas internas con rango de ley.

6. Bibliografía

Alonso García, R., «El control de convencionalidad: cinco interrogantes», en *Revista Española de Derecho Constitucional,* 119, mayo-agosto 2020, p. 11-52.

Canosa Usera, R., *El control de convencionalidad*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2015.

Cialti, P. H., «Extinción del contrato de trabajo: el despido del artículo 52 d) ET no supera(ba) el control de convencionalidad: STSJ Cataluña 17 de enero de 2020», en Temas Laborales, 152, 2020, p. 301-317.

Cruz Villalón, P., Requejo Pagés, J.L, «La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* 19-50, 2015, pp. 173-194

Fondevila Marón, M., «El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles: a propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre», en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional,* 23, 2, julio-diciembre 2019, p. 439-458.

Guerrini, M., «L'utilisation du contrôle de conventionnalité par la cour de cassation ou le paradoxe de l'acceptation», en RDLF, 21, 2017.

Jimena Quesada, L., *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de tutela multinivel de derechos.* Aranzadi, Pamplona, 2013.

Jimena Quesada, L., «La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales: comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre», en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, julio 2019.

Llobera Vila, M., «El control de convencionalidad: la aplicación de los Tratados internacionales en la determinación de estándares laborales, STC núm. 140/2018, de 20 de diciembre» en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 222, julio 2019, p. 252-262.

Morón Pérez, M. C. «La eficacia interna del CEDH en el ordenamiento tributario español: análisis crítico de la doctrina del TC sobre el control de conven-

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

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

cionalidad», en *La protección de los derechos fundamentales en el ámbito tributario*, La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 747-780.

Perotti Pinciroli, I. G., «El control de convencionalidad en el Derecho español: ¿una importación defectuosa?», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 41, junio 2021.

Sánchez Legido, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», en *Revista electrónica de estudios internacionales*, 27, 2014.

Valdés Dal-Ré, F., «Control de convencionalidad y jurisdicción social», en *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1, enero 2020, pp. 1-7.

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