



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Doble Grado en Derecho y Administración
de Empresas

El control de convencionalidad: límites y
posibilidades en el ordenamiento español

Presentado por:

Luis Rojo Revenga

Tutelado por:

Alberto Javier Macho Carro

Valladolid, 6 de septiembre de 2021

RESUMEN:

El control de convencionalidad constituye un instrumento jurídico empleado para comprobar el ajuste de las normas internas a lo establecido en el bloque de convencionalidad. Sin embargo, su recepción y aplicación no es la misma en el sistema interamericano respecto del europeo, y concretamente del español.

Con motivo de la reciente STC 140/2018, de 20 de diciembre, que ha supuesto el reconocimiento expreso del control de convencionalidad en sede constitucional dentro de nuestro ordenamiento, conviene analizar: primero, la posición que se le atribuye a los tratados y derechos convencionales dentro de nuestro ordenamiento; segundo, hasta qué punto el derecho convencional está en relación con el derecho constitucional, y las distintas posturas que se dan a nivel doctrinal en torno a este debate; tercero, cuál debe ser la jurisdicción encargada de llevar a cabo este control de convencionalidad; y por último, las nuevas posibilidades y retos que se presentan dentro de nuestro ordenamiento tras lo establecido en el fundamento jurídico sexto de la citada sentencia.

PALABRAS CLAVE:

Control de convencionalidad difuso

Control de constitucionalidad

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Jurisdicción ordinaria

Complementariedad

ABSTRACT:

The conventionality control constitutes a legal instrument used to verify the adjustment of the internal rules to what is established in the conventionality block. However, its reception and application is not the same in the Inter-American system taking in comparison to the European one, specifically in the Spanish case.

On the occasion of the recent STC 140/2018, which has implied the express recognition of conventionality control in constitutional headquarters within our legal system, it is convenient to analyze: first, the position attributed to international treaties and conventional rights within our legal system; second, to point out the relation between the conventional and the constitutional law, and also the different positions that exist at the doctrinal level around this debate; third, which jurisdiction should be in charge of carrying out this conventionality control; and finally, the new possibilities and challenges that arise now in our legal system according to the content established in the sixth legal basis of the aforementioned sentence.

KEY WORDS:

Diffuse conventionality control

Judicial review

European Court of Human Rights

Ordinary jurisdiction

Complementarity

CONTENIDO

INDICE DE ABREVIATURAS

1. Introducción.....	6
2. Origen y noción del control de convencionalidad.....	12
2.1 Concepto.....	12
2.2 Surgimiento en el sistema interamericano de derechos humanos.....	14
3. Desarrollo en Europa.....	15
3.1 Método y doctrina del TEDH respecto del CEDH.....	15
3.2 Protocolo nº16 del CEDH.....	17
3.3 Análisis de los datos sancionadores del TEDH.....	19
4. Experiencia española.....	21
4.1 Posición del Tratado Internacional dentro de nuestro ordenamiento jurídico.....	22
4.2 Aplicación judicial española del CEDH.....	25
4.3 Posición de la jurisdicción ordinaria.....	26
4.4 Posibles inconveniencias al control de convencionalidad en España.....	28
4.5 Retos para un adecuado ejercicio del control de convencionalidad en nuestro ordenamiento.....	30
5. Análisis de la STC 140/2018, fundamentalmente de su fundamento jurídico 6º.....	31
5.1 Análisis del contenido referido al control de convencionalidad.....	32
5.2 Posibles dudas respecto del control.....	39
6. Conclusiones.....	43

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

<u>Abreviatura</u>	<u>Significado de la abreviatura</u>
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
CE	Constitución Española
UE	Unión Europea
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derecho Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
FJ	Fundamento Jurídico
CSE	Carta Social Europea
CEDS	Comité Europeo de Derechos Sociales

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende analizar el contexto, el concepto y la recepción dentro del ordenamiento jurídico español del denominado “control de convencionalidad”, que si bien no es un término perfectamente acotado, hace referencia al juicio abstracto que veremos hasta qué punto pueden llevar a cabo los órganos judiciales nacionales sobre la antijuricidad o no validez de una norma interna por presunta contradicción con una norma internacional, en el ámbito de los derechos humanos o fundamentales.

Existe un entramado jurídico y judicial en torno a los derechos fundamentales a nivel internacional, que podemos denominar sistema. Estos sistemas, a menudo, plantean cierta problemática, ya sea por la complejidad a la hora de elaborar instrumentos normativos a tan gran escala, por la dificultad en el momento de constituir órganos o instancias jurisdiccionales realmente efectivas, o por su posible desavenencia con las normas nacionales en sí, o con la interpretación que pueden dar de ella los órganos decisores a nivel nacional.

En este punto, cabe la pregunta: ¿hasta qué punto los órganos judiciales internos están legitimados o deben ser partícipes de la aplicación y, sobre todo, de la interpretación de las normas internacionales? Formulada de otra manera la pregunta: ¿los órganos judiciales nacionales deben enjuiciar tomando como premisa básica la norma internacional que pueda verse implicada? Y, si lo hacen, ¿deben limitarse simplemente al enjuiciamiento conforme a dicho canon o están capacitados y dotados de legitimidad estos órganos para llevar a cabo una valoración directa de la supuesta norma legal interna conforme a la cual se produce una violación de la norma internacional? Estas preguntas resultan relevantes para entender el ámbito de desenvolvimiento del término que vamos a estudiar: el control de convencionalidad.

De hecho, lo normal es que este tipo de preguntas ni se planteen cuando el mismo control acerca de la adecuación a la norma supranacional lo realiza el mismo órgano supranacional (pensemos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos), incluso cuando la labor controladora la emprende la jurisdicción interna especializada

en el control abstracto de normas (pensemos en el Tribunal Constitucional de España) estas preguntas no se formulan porque, salvo matices, se entiende como parte de su función y de la razón de ser del mismo Tribunal. Sin embargo, cuando esta tarea se lleva a cabo por jueces y tribunales ordinarios, es donde cabe preguntar y afrontar un debate acerca de las posibilidades y límites que surgen.

A lo largo del trabajo pretendemos analizar y comparar los sistemas tanto interamericano (donde radica el origen del control de convencionalidad, entendido como labor que puede llevar a cabo la jurisdicción interna) como europeo de reconocimiento y tutela de los derechos humanos. El sistema europeo al que nos referimos encuentra su órgano protector por excelencia en el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y tiene su origen en el Convenio de Roma de 1950. Por su parte, el sistema interamericano es posterior cronológicamente y cuenta con su correspondiente Convención Interamericana de Derechos Humanos y Corte encargada de velar por su protección: la Corte de San José. A pesar de las semejanzas en cuanto a estructura, el *modus operandi* de ambas es ciertamente diverso, y mientras que en nuestro continente el Alto Tribunal tiende a concentrar la labor de control, el sistema interamericano es más propenso a la idea de que el control sea mayormente descentralizado o, como algunos juristas denominan, difuso. Esto quiere decir que la pretensión de la Corte de San José es inculcar la idea de que las instancias jurisdiccionales internas deben asumir el papel de tutela de la Convención. En cualquier caso, la jurisdicción supranacional es en último término la instancia suprema, y una de las principales diferencias en términos de tutela de derechos fundamentales entre ambos sistemas recae en la relación que la jurisdicción supranacional entabla con la jurisdicción nacional de los países firmantes de la respectiva Convención: en el caso del sistema interamericano la relación es más directa y clara.

La Corte de San José, que introduce por primera vez el término de control de convencionalidad en su sentencia de 26 de septiembre de 2006 (asunto *Almonacid Arellano y otros c. Chile*), resulta clara respecto de la posibilidad de que disponen los tribunales y jueces nacionales sobre declarar la “inconvencionalidad” de una norma legal nacional, al contradecir esta última o ir

en contra del espíritu de lo establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos. La finalidad que tiene este Tribunal es que los países firmantes no solamente acepten de conformidad lo expuesto en la Convención, sino que se vean involucrados en la labor de tutela de los derechos que en ella se contienen; en otras palabras, una armonización absoluta entre sistemas nacional y supranacional. Esta plena armonización implica que las jurisdicciones nacionales deben actuar como auxiliares de la Corte de San José, hasta el punto de exigirles la identificación y declaración de los casos de contradicción entre norma interna y norma internacional en materia de derechos humanos de manera formal.

Por su parte, el TEDH, opta por otra fórmula a la hora de tutelar los derechos fundamentales de manera cooperativa con los sistemas nacionales. De la jurisprudencia de este órgano se desprende un espíritu de influir de manera más paulatina, sin imposición de ese control difuso de adecuación de la norma nacional a la norma supranacional, y con un mayor grado de libertad para cada país a la hora de apreciar la adecuación de la norma interna al bloque de convencionalidad (si bien, como veremos, esta dinámica se está viendo alterada con el paso de los años con la aparición de nuevas medidas y vías de colaboración entre jurisdicciones).

España se enmarca en el ámbito del sistema europeo de tutela de los derechos humanos, y actualmente encontramos un amplio escenario de posibilidades y retos a la hora de afrontar la guarda y protección de estos derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Existe diversidad dentro de la doctrina sobre la efectividad de las distintas posibilidades respecto del control de convencionalidad, término que empleó el propio Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 6º de la STC 140/2018, de 20 de diciembre, en nuestro ordenamiento jurídico. Esta sentencia resulta relevante, pues si bien a priori se daban dos grandes opciones: dejar la labor abstracta de control al órgano constitucional supremo o descentralizarlo y permitir que se encargue la jurisdicción ordinaria; por medio de lo establecido por el máximo órgano constitucional de nuestro país, interpreta que dicha labor

debe de recaer, en consonancia con el sistema interamericano, en los órganos de la jurisdicción ordinaria¹.

2. ORIGEN Y NOCIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Hoy en día asistimos a un proceso de cambios dentro del constitucionalismo que se refleja más concretamente en la construcción de mecanismos de apertura a la normativa internacional dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Se trata de un proceso de apertura del constitucionalismo clásico, y responde al carácter dinámico que debe tener el derecho y que se ve reflejado actualmente en la creación normativa a escala supranacional de mayor número de preceptos y cláusulas que pretenden asegurar un sistema de derechos más rico y garantista.

2.1 CONCEPTO

El control de convencionalidad es un instrumento jurídico, empleado de distintas formas, dependiendo del sistema sobre el que lo enmarquemos, que permite asegurar el cumplimiento de los derechos convencionales con los que se compromete un Estado, y que pudieran entrar en conflicto eventualmente con la normativa interna. Permite dar prevalencia a las disposiciones convencionales sobre las normas internas.

El término fue acuñado en un primer momento por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el punto 125 de la Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (*Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*).

“La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces,

¹ STC 140/2018, de 20 de diciembre.

como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención 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” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”².

Antes de continuar con la experiencia interamericana respecto del control de convencionalidad, conviene citar la definición que aportan del control de convencionalidad algunos de los principales exponentes doctrinales.

En este sentido, Néstor Pedro Sagüés, concibe el término dentro del proceso de integración de derechos humanos emanados de tratados supranacionales en el ámbito interamericano. De esta manera lo define como “es un instrumento eficaz para construir un derecho común interamericano en materia de derechos personales y constitucional”³.

Otros autores como Juana María Ibáñez conciben el control de convencionalidad como un instrumento jurídico que debe aplicarse obligatoriamente, acorde a su oficio, por los órganos judiciales para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas en materia de derechos convencionales⁴.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

³ Sagüés, N. P. (2011): “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, 4, pp. 271-291.

⁴ Ibáñez Rivas, J. M. (2012): “Control de Convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, 8, pp. 103-113.

2.2 SURGIMIENTO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

La Corte de San José de Costa Rica, en un primer momento (citado Caso *Almonacid Arellano c. Chile*), hace referencia al control de convencionalidad como una suerte de control que debe efectuarse a nivel interno, tal y como hemos visto.

Posteriormente, y con el devenir de nuevos pronunciamientos (los pronunciamientos de la CIDH o Corte de San José son mucho menos numerosos que los de su análogo en Europa, el TEDH, pero, como ya veremos el carácter de estos suele ser mucho más innovador e incluso imperativo, al menos en la materia que nos concierne) ha ido matizando y señalando algunas características sobre este control que pasamos a señalar⁵:

- Se trata de un control cuya aplicación se debe dar, por virtud del oficio, en los órganos judiciales, bajo el marco de sus competencias y acorde a su entramado procesal.

- Es un control complementario al de constitucionalidad, de manera que se debe aplicar a mayores del ya regulado en cada ordenamiento interno control de constitucionalidad.

- Su aplicación debe darse también en el caso de posible conflicto normativo práctico con la finalidad de garantizar la justicia real, eficaz y de garantías.

En el año 2010, por medio del Caso de Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores contra los Estados Unidos Mexicanos, en la demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ante la Corte de San José, la propia Corte IDH sumó algunos aspectos referidos a este control. Conviene citar el texto literal para entender una diferencia clave con el sistema europeo de derechos humanos, y es que, en el caso de los Estados Americanos, el control de convencionalidad es claramente una obligación que emana de la propia doctrina de la Corte IDH de manera literal:

⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluido sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un «control de convencionalidad» entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”⁶.

Vemos pues, que la Corte IDH ha abordado lo suficiente el tema como para que hoy aquellos Estados que ratificaron la Convención apliquen directamente este tipo de control que garantiza el cumplimiento de los derechos convencionales.

3. DESARROLLO EN EUROPA

3.1 MÉTODO Y DOCTRINA DEL TEDH RESPECTO DEL CEDH

La Convención Europea de Derechos Humanos fue celebrada el 4 de noviembre de 1950 en Roma; en ella participaron 47 países firmantes del Convenio, cuya entrada en vigor se produjo el 3 de septiembre de 1953. La finalidad de este Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) no era otra que asegurar tanto el reconocimiento como la aplicación de

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

los derechos humanos y libertades fundamentales que en ella se declaran; así como unir en esta causa a los países miembros del Consejo de Europa.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos ha seguido un proceso de readaptación hasta el día de hoy, especialmente viéndose modificado y ampliado por medio de los llamados “Protocolos”, que adicionan un mayor número de artículos y que conforman el llamado bloque de convencionalidad.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), al que ya hemos hecho alguna referencia, se estableció el 21 de enero de 1959, aunque fue objeto de una renovación en noviembre de 1998 por medio de la entrada en vigor del Protocolo 11 al CEDH. Este Protocolo causó interrogantes en su momento, pues si bien se consideraba necesario por gran parte de la doctrina y se alabó la incorporación del reconocimiento obligatorio del derecho de los particulares a presentar directamente sus recursos ante la instancia judicial de ámbito internacional que constituye el TEDH, reflejaba ciertas dudas o imperfecciones sobre el devenir en la forma de actuación de esta institución, más concretamente sobre el peligro de ser el único órgano de garantía del Convenio (con la consecuencia de no poderse dar declinación en favor de otro órgano a la hora de la toma de decisión en su materia correspondiente) o el riesgo de colapso de la justicia dado el nuevo horizonte que se planteaba y que preveía un mayor número de recursos que resolver y sentencias que dictar, entre otros⁷.

El TEDH, así como su carta magna (CEDH) gozan de una antigüedad mucho mayor que el resto de los órganos judiciales supranacionales de tutela de derechos humanos, como pueden ser el Sistema Interamericano de Derechos Humanos o el menos popular Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Ello supone que ha servido de inspiración para la creación de este tipo de órganos en otros lugares del mundo y sirve para explicar diversas de las similitudes entre estos.

⁷ Micheo, F.A.-O. (agosto 1999). “Perfecciones e Imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI-1998)”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 56, pp.135-162.

Vamos a ver que existen tanto diferencias como semejanzas entre los sistemas de protección de derechos humanos europeo e interamericano. A mayores de la ya señalada diferencia de antigüedad, podemos añadirle el mayor número de países y diversidad entre estos que integra el sistema europeo. Otra notoria diferencia entre ambos resultó como consecuencia del citado Protocolo 11, y es que al permitirse por medio de este el acceso directo al TEDH de las personas, el número de sentencias, como venimos comentando, se ha multiplicado. Además, en las sentencias del Alto Tribunal europeo en materia de derechos humanos goza de prevalencia la parte que podríamos denominar subjetiva, como es el restablecimiento del derecho de la víctima; mientras que, por su parte, las resoluciones llevadas a cabo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son ejemplarizantes y predomina el carácter canónico en las mismas⁸, en consonancia con el hecho de que el número de estas es mucho más reducido. Si bien es conveniente señalar, como hace Canosa Usera⁹, que el componente subjetivo en las resoluciones del TEDH se ve mitigado a partir del año 2004 fundamentalmente a raíz del Protocolo 14 y de la aparición de los llamados casos o sentencias piloto¹⁰, que consisten en una forma de proceder implantada por el Tribunal Europeo a través de la cual el propio Tribunal selecciona una única demanda de entre varias que presenten evidente identidad entre ellas, pudiendo considerarse “repetitivas”, para que la resolución de una de ellas sirva como ejemplo y modelo en la resolución del resto de casos¹¹.

⁸ Camarillo, L. A. (2015): “Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”, *Revista Prolegómenos*, Derechos y Valores, pp. 67-84.

⁹ Canosa Usera, R. (2015): *El control de convencionalidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Navarra. Páginas 45 y ss.

¹⁰ Véase como ejemplo el caso *Broniowski vs. Poland*, sentencia del 22 de junio de 2004, considerado el origen de las sentencias piloto.

¹¹ Definición de Abrisketa, U. (2013): “Las sentencias piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Juez a Legislador”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 65 (1), p. 80

Por seguir tratando de entender mejor la situación europea en cuanto al marco normativo y articulado jurídico relativo a los derechos fundamentales, conviene citar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (del año 2000) así como el Tratado de Lisboa (firmado en el año 2007). En estos textos se mencionan y se confiere una especial significación a determinados valores y principios como conductores de las ideas de la Unión Europea, además de que, como es sabido, el Tratado de Lisboa otorgó personalidad jurídica propia a la Unión Europea, capacitándola como institución, por ejemplo, para firmar acuerdos de tipo internacional dentro de su competencia. Hay que entender también, que estos cambios permitieron, o más bien obligaron, a que se produjese un diálogo entre tribunales del ámbito nacional y supranacional, ya no solo de carácter vertical, sino también horizontal o paralelo¹².

Conviene apuntar que el mismo Tratado de la Unión Europea, tras la reforma de Lisboa, dotó de valor normativo a la Carta de Derechos Fundamentales a la que hemos hecho referencia. Y, para su interpretación, alude a la doctrina del TEDH para entender los límites y alcances de los derechos que se recogen en la Carta.

Es cierto también, por continuar con el proceso de comprensión de la situación en Europa respecto de los derechos fundamentales y sus instituciones garantes, que sigue pendiente la adhesión de la Unión Europea en su conjunto al Convenio Europeo de los Derechos Humanos, y es que después de un tiempo de debate y reflexión tras la negativa por parte del TJUE al proyecto de adhesión presentado en el año 2013, en el año 2019 se retomaron las conversaciones entre la Unión Europea y el propio Consejo de Europa; negociaciones que siguen en curso a día de hoy. Esta adhesión se trata de un requisito legal tal y como dispone el Tratado de Lisboa (artículo 6.2), y políticos y juristas coinciden en señalar que se tratará de un relevante hito en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en nuestro continente. Además, supondrá la aceptación de la jurisdicción del TEDH, si

¹² Vergottini, G. (2011): *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Editorial Civitas-Thomson, Madrid. Pp. 32.

bien siempre ha existido conexión y observancia por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la labor del TEDH.

El artículo 13 del CEDH establece el derecho a un recurso efectivo de la siguiente manera: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”. De acuerdo con este artículo, es preciso que los ordenamientos internos establezcan mecanismos de protección a los derechos convencionales. Sin embargo, esta labor es compleja o, al menos, difusa, ya que el TEDH no ha impuesto de forma clara que el control de convencionalidad se realice a nivel nacional de forma plena, sino que viene abogando por el paulatino entendimiento por parte de los ordenamientos internos de los derechos reflejados en el Convenio.

Como vemos, en nuestro sistema europeo cada Estado goza de una cierta esfera de acción propia a la hora de interpretar y concretar la obligación internacional de protección de los derechos de la Convención. Por tanto, la clasificación normativa para esta norma adoptada por cada país será diferente. La regla general en Europa es dotar al tratado internacional de rango superior al de la ley nacional (así ocurre en España). Sin embargo, también encontramos excepciones como Austria, que sitúa lo establecido en la Convención por encima incluso de su propia Constitución. En el otro extremo, países como Italia equiparan dentro de su ordenamiento el tratado con la ley.

Habiendo visto de manera resumida el funcionamiento del sistema de protección de los derechos humanos en Europa, en principio cabe prever tres posibles vías de actuación del control de convencionalidad:

- En primer lugar, cabría que efectivamente se realizase un control de convencionalidad difuso dado el margen de que disponen los Estados, y consistiría en la mera inaplicación de la norma contraria al bloque de convencionalidad para cada caso concreto.

- Una segunda alternativa sería dotar al órgano constitucional de la función de declarar la inconvencionalidad, de manera análoga a como viene

realizando esa labor respecto de las normas objeto de inconstitucionalidad. Para ello, se deberían prever y asimilar los posibles efectos que tal declaración conllevaría, como podría ser la invalidez de la norma nacional.

- Por último, una solución intermedia pasa por la interpretación de los derechos fundamentales (recogidos en la Constitución) a la luz de los derechos humanos convencionales. Es decir, que estos últimos sirvan como canon de interpretación de los derechos constitucionales. Por ejemplo, vía artículo 10.2 CE que establece que:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Tal y como señala Canosa Usera, esta es la alternativa más recurrida actualmente en Europa¹³.

3.2 PROTOCOLO nº16 DEL CEDH, DE 1 DE AGOSTO DE 2018¹⁴

Llegados a este punto del trabajo, creo que es conveniente analizar el protocolo nº16 del CEDH, de 1 de agosto de 2018. Como veremos, en ocasiones se utiliza de argumento por parte de aquellos que se niegan a aceptar la inclusión del control de convencionalidad difuso efectuado por la jurisdicción ordinaria nacional en cada caso. Se trata de un Protocolo que prevé una herramienta jurídica más en pro de la tutela de los derechos convencionales, consistente en la emisión de opiniones de carácter consultivo y no vinculante por parte del TEDH. Este puede llegar a chocar con el propio control de convencionalidad difuso, si se entienden como sustitutos de una misma función, aunque a mi parecer lo acertado es entenderlos como instrumentos de tutela de derechos humanos complementarios.

Este protocolo en el CEDH entró en vigor el 1 de agosto de 2018, y es de carácter preceptivo para los Estados que lo firman, entre los que se

¹³ Canosa Usera, R. (2015): *op. cit.*, pp 45 y ss.

¹⁴ Protocolo No. 16 de la Convención en Protección de los Derechos Humanos y Libertados Fundamentales.

encuentran en un primer momento: Albania, Armenia, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Lituania, San Marino, Eslovenia y Ucrania.

Lo que trata de aportar este Protocolo es mayor seguridad jurídica por medio de la posibilidad de solicitar al TEDH, por parte de los Estados firmantes, opiniones consultivas acerca de la interpretación o aplicación de los distintos derechos y libertades que se recogen en el resto de Protocolos y en el Convenio Europeo como tal. Las opiniones no serán vinculantes en ningún caso (si bien cabe pensar en que sí ejercerán cierta influencia) y además deberán estar motivadas por el Alto Tribunal. El propio TEDH también podrá decidir si acepta o rechaza la solicitud, por lo que vemos que se trata de una herramienta bastante permisiva y poco intrusiva en la labor que actualmente ya venía realizando el TEDH y la jurisdicción de los propios Estados.

En palabras del presidente del TEDH en fecha de entrada en vigor de este Protocolo 16, considera que este “va a fortalecer el dialogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los órganos jurisdiccionales nacionales de mayor rango. Es una etapa fundamental en la historia del Convenio Europeo de Derechos Humanos y un desarrollo importante para la protección de los derechos humanos en Europa. También es un nuevo reto para nuestro Tribunal”¹⁵.

Parte de la razón de ser y del surgimiento de este Protocolo obedece al incremento paulatino de la actividad del TEDH. Por medio de la emisión de opiniones a consulta de los países miembros, el TEDH pretende una mayor autonomía de estos países a la hora de resolver de manera eficaz cuestiones relacionadas con los derechos convencionales, y evitar el riesgo de saturación de su actividad cotidiana.

Hoy, España sigue sin haber ratificado —y ni siquiera firmado— el citado Protocolo 16, y cabe analizar someramente el por qué. La entrada en vigor de este Protocolo supone un argumento para aquellos que se oponen al control de

¹⁵ Ministerio de Justicia de España (2018): “Entrada en vigor del Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos” Disponible en: https://www.mjusticia.gob.es/es/ArealInternacional/TribunalEuropeo/Documents/129242886901_0-Entrada_en_vigor_del_Protocolo_n_16_al_Convenio_.PDF

convencionalidad difuso. Consideran autores como Canosa Usera¹⁶ que este Protocolo ya es un mecanismo de entidad suficiente, si España lo firma y ratifica, como para resolver aquellas contradicciones entre la ley de nuestro país y lo dispuesto en el bloque de convencionalidad, y que no existe la necesidad entonces de delegar la labor del control de convencionalidad a los jueces nacionales de cada país. Este mecanismo, que guarda estrecha relación con el recurso ordinario¹⁷, presenta al mismo tiempo incógnitas que justifican que España aún no haya firmado ni ratificado el citado Protocolo 16, entre otras, la acumulación de funciones tanto jurisdiccionales como consultivas en un mismo órgano.

Cierto es que, la no vinculatoriedad de las respuestas a las consultas que lleve a cabo el TEDH habilita a que posteriormente se pueda dar el caso de demanda individual, y esto hace que a priori ninguna de las partes implicadas salga perjudicada¹⁸.

Este mismo año el Gobierno de España ha justificado el hecho de no haber ratificado este Protocolo 16 en base a la voluntariedad de este y alabando en este sentido la labor que ya vienen realizando las jurisdicciones internas. Sin embargo, merece la pena al menos plantearse la idea de que el mecanismo consultivo que el Protocolo 16 prevé no es con la finalidad de concentrar mayor poder en el TEDH, sino que se trata de un mecanismo provechoso desde mi punto de vista, que enriquece el sistema y que ayuda a dar luz a los propios jueces ordinarios sobre la adecuación de una norma interna al derecho convencional¹⁹.

Cabe pensar que el riesgo de devaluación de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional se desvanecería, puesto que sus pronunciamientos

¹⁶ Canosa Usera, R. (2015): *op.cit.*, pp. 54 y ss.

¹⁷ Martínez Sospedra, M. (2021): "Las opiniones consultivas del TEDH. Una idea no del todo convincente. Notas sobre el protocolo 16 al CEDH", *Revista General de Derecho Europeo*, 54, pp. 342-368.

¹⁸ Hinojo Rojas, M. (2018): "El Protocolo no. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos", *Anuario español de derecho internacional*, 34, pp. 675-706.

¹⁹ Montesinos Padilla, C. (2021): Simposio "-El Protocolo núm. 16 al CEDH- Parte II: ¿Por qué no ratifica España el Protocolo 16?".

vendrían amparados indirectamente por la opinión consultada al TEDH, y con él también los recelos suscitados ante la opción de ratificación de un Protocolo, el núm. 16 que, bien entendido y correctamente aplicado, no supone sino una garantía adicional para la efectiva protección de nuestros derechos y libertades fundamentales, si control de constitucionalidad y control de convencionalidad de cierta manera se complementaran y se observaran bajo un mismo campo de visión.

3.3 ANÁLISIS DE LOS DATOS SANCIONADORES DEL TEDH

A tenor del Protocolo nº16 y su no ratificación ni firma por parte de España, cabe añadir que nuestro país es uno de los menos sancionados de toda Europa en materia de derechos humanos por parte del TEDH. Esto sirve en parte para alabar la buena labor que viene realizando nuestro país en este sentido (aunque aún hay margen de mejora, como analizaremos más adelante) y, a la vez, para preguntarse de nuevo el por qué España presenta tanto recelo a la hora de firmar y ratificar el citado Protocolo nº16. Cabe pensar que se pretende desde el poder político no someter el poder jurisdiccional de órganos nacionales como el propio Tribunal Constitucional en materia de derechos humanos.

Como hemos mencionado, España se encuentra entre los países que menor número de sanciones recibe por parte del TEDH. Para confirmar esto, vemos los siguientes datos recogidos en la tabla, señalando primeramente que cuando aludimos a juicios se tratan específicamente de sentencias.

Pais	Juicios en los que se ha encontrado al menos un artículo violado	Juicios en los que no se ha encontrado violación	Acuerdo amistoso / Juicio anulado	Otros juicios *	Total 1959-2020	Total 2020
Alemania	199	129	13	15	356	8
Austria	279	77	24	17	397	0
Bélgica	190	45	18	16	269	9
Dinamarca	18	24	11	1	54	1
España	124	50	3	4	181	10
Finlandia	142	36	9	4	191	1
Francia	759	187	64	38	1048	16
Grecia	935	44	20	48	1047	25
Hungría	547	19	6	9	581	31
Irlanda	25	9	1	4	39	1
Italia	1857	73	355	142	2427	17
Luxemburgo	34	9	3	0	46	0
Malta	83	17	0	11	111	10
Polonia	1007	130	42	18	1197	19
Portugal	275	19	56	9	359	5
Reino Unido	322	142	69	23	556	4
Rumanía	1393	77	38	70	1578	82
Suecia	61	59	28	5	153	0
Suiza	121	80	5	3	209	14
Turquía	3309	93	219	121	3742	97
Ucrania	1465	20	4	10	1499	86

* Otros juicios: Satisfacción equitativa, revisión, excepciones preliminares y falta de jurisdicción.

20

Del análisis de la anterior tabla de datos podemos sacar varias conclusiones:

- En primer lugar, vemos que la primera columna presenta siempre la mayor cifra respecto al resto de columnas, si bien luego existe heterogeneidad en la distribución de la resolución de los casos que no pertenecen a esa columna. Por ejemplo, en Italia la segunda cifra mayor la encontramos respecto del acuerdo amistoso/acuerdo anulable, mientras que en otros países como Alemania se sitúa en la de juicios en los que no se encuentra violación.

- En segundo lugar, vemos como países que presentan grandes diferencias demográficas y en cuanto al número de población, como pueden ser Francia y Grecia (la primera con un dato de población seis veces mayor

²⁰ Fuente: Elaboración propia a partir de los datos arrojados por la Corte Europea de Derechos Humanos a finales del año 2020. Datos disponibles en: [Violations by Article & by State \(coe.int\)](https://www.coe.int/en/web/violations-by-article)

que la segunda), tienen cifras muy parecidas. Esto llama la atención, a tenor de que un mayor número de población indudablemente conduce a un mayor número de litigios judiciales, que a su vez puede suponer un mayor grado de sanciones por parte de los organismos internacionales.

- En tercer lugar, destaca la situación europea de Polonia, que, si lo comparamos por ejemplo con Irlanda, presenta grandísimas disparidades en cuanto al número de violaciones de artículos que emanan del CEDH.

- También encontramos casos como el de Dinamarca en los que, pudiendo ser por los métodos de resolución de conflictos tendentes a la mediación prejudicial, presentan un número de litigios muy escasos en materia de derechos humanos.

- Otro aspecto reseñable es por ejemplo el caso de Austria, que ha reducido mucho su número de casos en este año 2020 y presenta un dato nulo.

- Por último, y quizás el aspecto más relevante a tenor de este trabajo, si nos centramos en España vemos que se trata de uno de los países en el que el número de violaciones, y por tanto de sanciones, es menor. Ello invita a reflexionar sobre el hecho de que hasta ahora en nuestro ordenamiento jurídico se están haciendo las cosas relativamente bien en consonancia con lo dispuesto en el CEDH y en la jurisprudencia del propio TEDH. De todas formas, aún queda camino por recorrer, y encontramos casos flagrantes de vulneración de derechos humanos como son recientemente la devolución de menores marroquíes en caliente.

4. EXPERIENCIA ESPAÑOLA

La norma suprema del ordenamiento jurídico español es la Constitución de 1978, que vincula a todos los poderes públicos y ciudadanos. En ella se contienen muchos de los derechos que se recogen en el CEDH, por lo que es preciso entender la actitud del Tribunal Constitucional de tener presente la jurisprudencia del TEDH a la hora de construir e interpretar esa serie de derechos humanos. Además, como hemos visto, España es uno de los países que se encuentra en la cola en sanciones por parte del TEDH.

Podemos llegar a entender mejor la actitud del Tribunal Constitucional a tenor de lo establecido por el constituyente en el artículo 10.2 de nuestra Constitución, que establece lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. De esta manera, vemos que se estableció una vía de entrada para la recepción de lo dictado en el CEDH y de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Este precepto constitucional permite, en cierta manera, una especie de control de convencionalidad, y da lugar al debate sobre si es adecuada o no la aplicación efectiva de un control de convencionalidad difuso por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales.

4.1 POSICIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DENTRO DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Tanto el artículo 96.1 de la Constitución como el artículo 1.5 del Título Preliminar del Código Civil tratan sobre la adecuación y recepción de los tratados internacionales dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien la Constitución Española en su artículo 94.1 diferencia varios tipos de tratados internacionales (de carácter político, militar, financiero, modificativos o derogatorios de alguna ley y afectantes a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales del Título I de la norma constitucional) y además en el artículo 93 establece la reserva de ley orgánica para la autorización de aquellos tratados que supongan la transferencia de poder político, no atribuye el rango constitucional a ninguno de estos tipos de tratados internacionales. A tenor del artículo 95 CE:

- 1. “La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”.*
- 2. “El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción”.*

Es distinta la posición de los tratados respecto de la ley, puesto que la Constitución no establece nada concluyente sobre esta relación²¹. A pesar de ello, la mayoría de la doctrina parece inclinarse hacia la postura de que tiene mayor peso, y por tanto consideración jerárquica superior, la norma internacional en forma de tratado, a la luz de la interpretación que ellos mismos realizan de artículos como el 96.1 de la CE ya citado. Además, por lo general en los tratados internacionales y en general en las normas de Derecho internacional, encontramos que incluyen disposiciones sobre cómo deben ser modificadas o derogadas sus disposiciones convencionales; ello implica ya, si lo analizamos, una fuerza pasiva del tratado respecto de la ley, ya que la ley simplemente estaría capacitada para desarrollarlos. Comprobamos esto en el propio artículo 96.1 CE que 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”.

En palabras de Jimena Quesada, la directa contradicción entre un tratado y una ley interna constituye no solo un acto antijurídico internacional, sino también un ilícito constitucional por oponerse al citado artículo 96.1 CE.

La forma de pensar mayoritaria respecto de la relación entre tratado y ley, que señalábamos anteriormente de la doctrina, parece que también es compartida dentro de nuestro país por la jurisdicción ordinaria y por la constitucional. Esta última, concretamente, llega a hablar de “prevalencia de la norma internacional sobre la norma legal”²². Por su parte, el Consejo de Estado²³, mediante informe del año 2008, refleja su idea de que los tratados internacionales tienen un poder supra legislativo. De esta manera, parece que

²¹ Esto es recalcado por varios autores como González Campos, J. (2002): *Curso de Derecho Internacional Público*. Editorial S.L. Civitas Ediciones, Madrid. Pp. 68 y ss.

²² STC 36/1991, de 14 de febrero. Fundamento Jurídico 5º.

²³ Consejo de Estado de España (2008): “Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el derecho español”. Pp. 143 y ss.

el panorama en nuestra nación es atribuir validez supralegal a los tratados internacionales que se ratifican en nuestro ordenamiento.

Con la llegada de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, que derogó la anterior legislación vigente que databa del año 1972, se despejó parte de la confusión o incertidumbre que hasta el momento generaba el hecho de que la Constitución no especificase concretamente la jerarquía normativa de los tratados y otros acuerdos internacionales dentro de nuestro ordenamiento. La citada Ley, en su artículo 31 establece la prevalencia de los tratados de la siguiente forma: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”²⁴.

Hemos hablado de la posición doctrinal, y si bien la mayoría era proclive a considerar la superioridad jerárquica del tratado internacional sobre la norma nacional, hay autores que entienden que la relación que se establece entre estas dos reglas sería horizontal y no vertical (postura posteriormente criticada dado que muchos estudiosos entienden que no existe separación entre el marco legal y el convencional). Otra postura interesante es la de Otto Pardo²⁵, que reconoce la fuerza pasiva del tratado frente a la ley, por tanto, su inderogabilidad mediante ley, pero a la hora de determinar la fuerza activa, argumenta que sólo aquellos tratados en los que interviene el poder legislativo, ya sea para su aprobación mediante ley orgánica o su autorización por las Cortes Generales, dispondrán de fuerza activa frente a la ley.

En cualquiera de los casos, nuestro estudio se centra en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y estos, a tenor de lo ya visto que expone la Constitución Española, necesitarán de autorización por parte de las Cortes Generales para su recepción dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

²⁴ Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

²⁵ Otto Pardo, I. (1987): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Editorial Ariel, Barcelona, pp. 124 y ss.

Ello implica que este tipo de tratados tienen tanto fuerza activa como pasiva frente a la ley.

4.2 APLICACIÓN JUDICIAL ESPAÑOLA DEL CEDH

Tanto la Constitución como el Código Civil mencionan la posibilidad de aplicación directa de los tratados internacionales, algo que se concreta definitivamente en el artículo 30.1 de la Ley 25/2014 de la siguiente manera: “Los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes”.

Es claro que, a la hora de regular una misma materia, el derecho internacional ya vigente delimita el ámbito material del derecho nacional, de manera que el legislador nacional no puede normativizar arbitrariamente sobre una materia ya regulada internacionalmente, pues puede encontrarse con la invalidez de la norma²⁶.

Vemos cómo se va articulando la coherencia a lo largo de todo el entramado institucional y jurídico en la relación nacional-supranacional. De esta manera, la obligación de reconocimiento de los derechos que establece el artículo 1 CEDH, o el derecho a un recurso efectivo que tienen los titulares de dichos derechos, se entienden solamente cuando los órganos del Estado tienen el deber de aplicar lo dispuesto en los tratados. El CEDH exige a los Estados una función auxiliadora y protectora de los derechos convencionales, algo que ya de por sí habla de la jerarquía de este tipo de derechos y que, además, confirma la relevancia de estos derechos internacionales en el momento en el que el propio TEDH dispone de la capacidad de sancionar al propio Estado español en el caso de detectar infracción de los derechos convencionales o de falta de protección de estos.

En este punto, y como analizaremos posteriormente con la controvertida STC 140/2018, de 20 de diciembre, cabe citar la “autoexclusión” que ha realizado el propio Tribunal Constitucional de nuestro país acerca de la

²⁶ Rabasa, E.O. (1951): Consideraciones de Hans Kelsen sobre derecho público y derecho privado, en sus obras "Teoría pura del derecho" y "Teoría del derecho y del Estado". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1-2, pp. 82-90.

obligación de proteger los derechos reconocidos en el CEDH. No cabe hablar de autoexclusión absoluta, pues estamos hablando del máximo garante de los derechos, pero sí se trata de un ejercicio de limitación de su parámetro de enjuiciamiento, centrandó este factor en los derechos constitucionales y otros por otras vías (excluyendo los derechos convencionales). Si bien todo esto, lo cierto es que la manera de interpretar derechos convencionales por parte del TEDH coincide con la manera de entender los derechos constitucionales del TC.

4.3 POSICIÓN DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Los órganos judiciales ordinarios no tienen la capacidad de llevar a cabo el control de constitucionalidad directo en nuestro ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que la labor de control de la constitucionalidad es una facultad que se concentra en el TC, y los jueces y tribunales ordinarios no pueden inaplicar una ley por contravenir ésta a la Constitución según su interpretación, sino que el mecanismo o vía de resolución que se establece ante este supuesto sería la “cuestión de inconstitucionalidad”. Esta es una herramienta de la que disponen los órganos judiciales ordinarios, en base al artículo 163 CE, según el cual:

“Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos”.

Realmente con el control de convencionalidad no ocurre igual, pues si bien los órganos judiciales ordinarios deben interpretar las normas de acuerdo con lo dispuesto en los tratados y en la doctrina del TEDH, igual que lo hacen respecto de la CE y de la jurisprudencia del TC, de manera eventual o casual puede darse por parte de estos una protección directa de los derechos convencionales, llegándose a inaplicar la norma de tipo nacional. La jurisdicción de carácter ordinario, por tanto, puede ejercer como juez de convencionalidad. Por otra parte, la jurisdicción ordinaria no está obligada a que exista una previa recepción por parte del TC de la doctrina del TEDH para

poder asumirla²⁷, aunque es cierto que el propio TC está capacitado para poder revocar esta recepción llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria²⁸.

Otra posible fórmula para evacuar este control sería a través de la cuestión de inconstitucionalidad, que podría servir para despejar dudas sobre la adaptación de la legislación nacional a lo dispuesto en la convención. La manera sería que por medio de esta herramienta jurídica de la que disponemos en nuestro ordenamiento, el órgano judicial ordinario plantearía al TC las posibles dudas acerca de la interpretación de la norma interna en base a la doctrina emanada del TEDH. Hasta hace pocos años parecía una solución sin inconvenientes graves para lograr un mejor control de convencionalidad. Sin embargo, está por ver el modo en el que es capaz de convivir una vez tenida en cuenta la consagración del control de convencionalidad difuso efectuado por el TC en la STC 140/2018.

Sabemos que la jurisdicción ordinaria española tiene la labor de aplicar los derechos convencionales. También están obligados a proteger los derechos constitucionales. Dentro de estos derechos constitucionales encontramos aquellos que igualmente están convencionalizados, es decir, que se recogen en el CEDH o se han sido interpretados por el TEDH, como por ejemplo el derecho a la propiedad (artículo 1 del Protocolo nº1 al CEDH) que en nuestro ordenamiento sí es un derecho fundamental que recoge la CE, pero no es susceptible de amparo. Para aquellos que no se incluyen en el bloque de convencionalidad, la labor de salvaguarda correspondería a la jurisdicción ordinaria, y a diferencia de los considerados derechos fundamentales amparables, en este caso la última supervisión interna no correspondería al TC.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para aquel que puede o debe someterse a la acción de los tribunales de justicia, no es lo mismo hacerlo respecto de un derecho convencional que tiene, su homólogo en la Constitución Española del que no. Para el primer caso, aquel que acude a la

²⁷ STS de 13 de octubre de 2008 (Rec. 1553/2006), relativa al caso de Barajas, donde se aplica doctrina TEDH.

²⁸ Canosa Usera, R. (2015): *El control de convencionalidad*, op. cit. Pp. 102-104.

justicia puede hacerlo tanto por jurisdicción ordinaria, como por constitucional (si cabe mediante amparo, algo que podría llegar a resultar útil en tanto que el pronunciamiento del TC en este ámbito habilitaría una armonización del entendimiento de los derechos fundamentales con la propia doctrina del TEDH); mientras que, aquellos otros como son por ejemplo el citado derecho de propiedad o el de contraer matrimonio, habría que optar por la vía de la jurisdicción ordinaria en cualquier caso, ya sea interpretando el derecho según lo dispuesto en la CE o según la versión convencional²⁹.

Eventualmente, también podría darse que el justiciable invocase otros derechos reconocidos en otros tratados internacionales (pensemos en algún derecho social o medioambiental) y cabrían varias interpretaciones, como la de aplicación directa o la de interpretación acorde a otros tratados internacionales ya ratificados.

4.4 POSIBLES INCONVENCIAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO EN ESPAÑA

Lo que más ha imperado, en general en Europa y concretamente en España, ha sido la aplicación intensa del principio de armonización, es decir que siendo cada país soberano ha mantenido cierto margen de libertad para llevar a cabo ese control de convencionalidad conforme a lo dispuesto en el CEDH y a la interpretación que de este hace el TEDH. En este debate que parece existir entre bloque de convencionalidad y constitucionales, es preciso apuntar que realmente el bloque de constitucionalidad no incluye el CEDH dado que, salvo excepciones de las que hemos hablado en países como Austria, las constituciones nacionales no suelen dotar de rango constitucional a este acuerdo.

Jimena Quesada es uno de los mayores exponentes de la doctrina que más ha defendido la implantación, o, mejor dicho, la puesta en marcha del control de convencionalidad difuso de manera plena, es decir, que la propia jurisdicción ordinaria inaplique las normas internas, incluso con rango de ley

²⁹ Guillén López, E. (2018): "Ejecutar en España las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo", *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, pp. 335-370.

que considere que contrarían lo dispuesto en el CEDH. De alguna manera, como hemos visto, sería de facto lo que se viene realizando en el sistema interamericano. Este autor fundamenta su idea sobre la base de que obviar esa labor, implicaría caer en inconstitucionalidad³⁰.

Lo cierto es que el propio TEDH, al contrario que la Corte de San José, no considera que constituya un ilícito internacional el hecho de no llevar a cabo ese control de convencionalidad de manera interna en cada uno de los Estados, si bien Jimena Quesada entiende que no realizarlo implicaría la transgresión de ciertos preceptos constitucionales (nos referimos a los artículos 93, 94, 95 y 96 de la CE) acorde a la interpretación que se da a estos por parte de la mayoría de la doctrina. Esta postura está en sintonía con el refuerzo que el artículo 10.2 CE otorga respecto de la protección de los derechos convencionales, que se entiende deben salvaguardar los jueces de nuestro ordenamiento.

Conforme a lo establecido, Jimena Quesada parte de la superioridad o prevalencia de los tratados respecto de la ley, y de acuerdo con ello, el juez ordinario debería hacer valer el principio de jerarquía en caso de conflicto. Más aún, esta tesis de que debe encargarse la jurisdicción ordinaria cobra fuerza siendo que en nuestro actual ordenamiento el propio Tribunal Constitucional se desentiende del control de convencionalidad para centrarse en el control de constitucionalidad concentrado; es decir, encontramos aquí otro argumento de carácter, si cabe, constitucional para justificar el control de convencionalidad difuso. Los jueces ordinarios resultan ser, de acuerdo con esta tesis, los únicos y a la vez últimos garantes de evitar que prevalezcan las leyes inconvencionales.

Por su parte, otro autor como Díez-Picazo³¹, aboga igualmente por la aplicación de leyes inconvencionales, considerando que el propio artículo 10.2 CE ejerce de límite al alcance del artículo 96.1, ya que los tratados sobre derechos no crean nuevos derechos, simplemente interpretan los ya por todos

³⁰ Jimena Quesada, L. (2013): *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad: a propósito del diálogo judicial y de la tutela multinivel de derechos*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, pp. 26 y ss.

³¹ Díez-Picazo, L. M. (2003): *Sistema derechos fundamentales*. Editorial Civitas, Madrid. Pp. 35 y ss.

conocidos y regulados positivamente. Surge el debate aún latente de si el artículo 10.2 CE debe tomarse como un mero precepto interpretativo, o si realmente es útil para acomodar a los tratados en el sistema de fuentes.

El panorama en España resulta más complejo de raíz que en otros países vecinos como Francia, en cuya Constitución se reconoce expresamente la superioridad jerárquica de los tratados sobre las leyes.

Son diversas las sentencias en las que el propio TC se muestra conforme al hecho de que es influyente la existencia de tratados internacionales y necesaria su atención para resolver en materia de derechos humanos. Por ejemplo, en la STC 87/2000 de 27 de marzo encontramos que el propio TC razona lo siguiente en el contexto de una extradición efectuada a Italia (país firmante del Convenio de Roma):

“En este contexto, la cuestión analizada, la conformidad a la Constitución de la extradición de nacionales desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, no podría ser resuelta siempre en idéntico sentido, pues dependerá, al menos, de la existencia o no de Tratado y de las previsiones del mismo respecto de la cuestión”³².

Es decir, ya existía una ponderación incluso a nivel constitucional de los derechos convencionales y de los tratados internacionales, si bien no se había aludido de manera específica al control de convencionalidad difuso que debe efectuar la jurisdicción ordinaria. Hasta la famosa STC 140/2018, de 20 de diciembre (fundamento jurídico 6º). Ciertamente es, de todas formas, que tampoco ha existido una cuantiosa actividad por parte de los órganos judiciales ordinarios en este sentido.

Particularmente interesante resulta una Sentencia del Tribunal Supremo con fecha de 8 de julio de 2004, en la que se el propio TS no realiza un control de convencionalidad completo, pero sí interpreta que el artículo 89 de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros de conformidad con la doctrina del TEDH, desactivando de esta manera el mecanismo de expulsión de extranjeros que dicho artículo preveía.

³² STC 87/2000 de 27 de marzo. Fundamento jurídico 5º.

También encontramos sentencias muy en sintonía con el sistema interamericano dentro de nuestro ordenamiento. Por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo social nº1 de Tarragona, de 2 de abril de 2014, en la que la propia jurisdicción de primera instancia directamente inaplica normativa legal interna al interpretar que esta contravenía lo dispuesto en la Carta Social Europea y el entendimiento que sobre esta ha venido llevando a cabo el Comité Europeo de Derechos Sociales. Sin embargo, como ya podemos intuir nos movemos en terreno escabroso, puesto que, en el mismo año 2014, por medio de la STC 119/2014, el máximo órgano constitucional reafirmó la constitucionalidad del precepto que el Juzgado de Tarragona había considerado inaplicable. El debate sobre la manera concreta de proceder en estos casos es algo que a día de hoy sigue latente.

4.5 RETOS PARA UN ADECUADO EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Cabe anticipar un panorama en el que si bien el control de convencionalidad irá ganando peso a tenor de que ha sido expresamente reconocido por el TC, encontrará obstáculos (algunos ya los hemos visto, como por ejemplo el doctrinal) y desafíos hasta que logre asentarse de una manera consistente en nuestro ordenamiento.

Este camino en el que tendrá que convencer a una buena parte de la doctrina que se sigue mostrando reacia respecto de este tipo de control ordinario de derechos reconocidos internacionalmente, afrontará diversas trabas, y es preciso entonces hablar de posibles claves que harán del control de convencionalidad difuso un instrumento eficaz, útil, garantista y complementario al de constitucionalidad. En mi opinión, Jimena Quesada acierta señalando varios de estos retos, en especial el aspecto clave de la formación de los distintos operadores jurídicos nacionales en materia de derecho convencional y derecho internacional³³.

En primer lugar, citamos que los operadores jurídicos, con especial referimiento a la jurisdicción ordinaria, deberán estar correctamente formados

³³ Jimena Quesada, L. (2013): *op. cit.*, pp. 119 y ss.

en materia de derecho convencional y de lo dispuesto en los tratados. Esto, más que una clave de éxito es una obligación para el correcto ejercicio del control.

En segundo lugar, la doctrina y la propia jurisdicción debe seguir avanzando en la línea de aprender acerca de la proyección interna que tienen las normativas internacionales. Esto implica, que se deje de mirar con recelo el derecho internacional respecto del comunitario, y darse cuenta que realmente España al ratificar un tratado, tiene la obligación (aunque el TEDH no lo especifique como sí hace la Corte IDH) de salvaguardar esos derechos en su ordenamiento interno y de interpretar la prevalencia que hemos venido argumentando que tiene el tratado respecto de la norma nacional, a tenor del artículo 96 CE.

Por último, y en la línea de lo comentado anteriormente, se presenta fundamental un avance en la comprensión del funcionamiento de manera sistemática de las fuentes normativas internacionales, y la manera en que estas se integran, y se deben seguir integrando, así como su aplicación y control, en nuestro ordenamiento jurídico.

Para ello, parece conveniente dejar de lado la presunción de que es un control totalmente ajeno al de constitucionalidad, puesto que es una visión ciertamente sesgada, a tenor de que la relación y complementariedad de ambos es innegable, y a la luz de la Convención de Viena de 1969, que establece todo tratado que se encuentre en vigor es vinculante y genera obligación de cumplimiento de buena fe para las partes firmantes. De igual manera en esta Convención se declaró la imposibilidad de que los Estados justifiquen el incumplimiento de los tratados invocando disposiciones de su derecho interno.

5. ANÁLISIS DE LA STC 140/2018, FUNDAMENTALMENTE DE SU FUNDAMENTO JURÍDICO 6º

La Sentencia 140/2018, de 20 de diciembre, del Tribunal Constitucional terminó con parte del debate existente acerca de cuál era la cabida del control

de convencionalidad dentro del ordenamiento español. En su fundamento jurídico número 6º, esta Sentencia terminó por consagrar el control de convencionalidad difuso en nuestro ordenamiento, es decir, que la controversia entre lo dispuesto en un tratado y una norma legal interna se debe resolver por la jurisdicción ordinaria.

5.1 ANÁLISIS DEL CONTENIDO REFERIDO AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Algo que resulta novedoso de la Sentencia radica en que, por primera vez, el TC acomete de manera combinada el control de constitucionalidad que al mismo órgano se le encarga (algo fundamental en cualquier ordenamiento en que se presente una Carta Magna, el hecho de disponer de un Alto Tribunal que la interprete y sea garante de la misma), y el control de convencionalidad que debe ser llevado a cabo, como especifica en dicha Sentencia, por parte de la jurisdicción ordinaria y relativo a la controversia entre tratados y leyes y su posición jurídica dentro de nuestro ordenamiento.

La STC 140/2018 desestima el recurso de inconstitucionalidad presentado frente a la Ley Orgánica 1/2014, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal. En nuestro estudio conviene centrarnos en el fundamento jurídico nº6 de dicha Sentencia, pero cabe señalar que la discusión de la misma gira en torno al espacio que ocupan los tratados internacionales dentro de nuestro ordenamiento y en el marco de subsidiariedad que guía el control de constitucionalidad a la luz del juego combinado de ambas disposiciones constitucionales, y de la complementariedad que impregna el control de convencionalidad³⁴. Es precisamente esto lo que hace de especial relevancia esta sentencia para nuestro trabajo.

³⁴ Jimena Quesada, L. (2019): “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos sociolaborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, pp. 434-461.

De manera somera, conviene comentar que en el FJ 5º reafirma el TC su postura sobre la base del artículo 10.2. CE de que los tratados internacionales no constituyen un canon de manera autónoma a la hora de valorar la constitucionalidad de las normas con rango de ley.

La consagración de manera expresa y nítida del control difuso de convencionalidad en nuestro ordenamiento por parte del TC en el FJ 6º de esta Sentencia, supone un hito para nuestro sistema constitucional de fuentes, y para nuestro sistema de protección de los derechos humanos, que se ven ciertamente afianzados.

Resulta menester citar parte de este fundamento jurídico contenido en la Sentencia:

“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 vinculación con algún precepto constitucional y expresa en su caso, cuál es el órgano jurisdiccional competente para formularlo y cuál debe ser su alcance. El artículo 96 CE 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». Este precepto no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación. Dicho en otros términos, 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”³⁵.

Autores como Luis Jimena Quesada, ya hemos comentado que venían defendiendo este tipo de control de convencionalidad, a la luz de lo establecido en el artículo 96 CE. Esta postura se basa en que la prevalencia de los tratados internacionales correctamente ratificados, más si cabe en materia de derechos humanos, y su adecuado control de convencionalidad de la normativa interna respecto a estos, comportan simplemente una exigencia de tipo constitucional para nuestro Estado, sobre la base del respeto a los compromisos internacionales adoptados y a la constitucionalización de lo establecido en la Convención de Viena de 1969.

Es evidente entonces, que, si se reconoce la prevalencia del tratado sobre la ley, debe ser aplicado en clave judicial igualmente con preferencia. Además, la existencia de una jerarquía entre estos dos tipos de normas obliga a que en caso de controversia se deba discernir entre la validez y aplicabilidad de alguna de ellas, y para este caso concreto el juicio será de aplicación, no de invalidez de la norma, puesto que estamos ante un desplazamiento de una sobre otra. En línea con lo anterior, señala el propio Tribunal Constitucional en el mismo FJ nº6:

“El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma 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 (por todas SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14 y 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 102/2002, FJ 7).

En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo

³⁵ STC 140/2018, de 20 de diciembre. Fundamento Jurídico 6º.

dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone 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”.

A mayores de reconocer el control de convencionalidad a la luz del artículo 96 CE, en este mismo fundamento jurídico el TC alude a otras situaciones en las que la propia doctrina del mismo Tribunal se había mostrado conforme con la inaplicación de normas con rango de ley por parte de la jurisdicción ordinaria, especialmente aquellas leyes nacionales que eran contrarias al derecho de la Unión Europea. Más concretamente, se refiere de la siguiente manera:

“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)]»”.

Vemos entonces que existía jurisprudencia del mismo TC en la que ya se fijaba la prevalencia de las normas internacionales, algo que el mismo Consejo de Estado también había acertado a señalar en otras ocasiones.

Por su parte, los opositores al control de convencionalidad difuso sostienen entre sus principales argumentos el riesgo que supone este al principio de seguridad jurídica de cada Estado, que además se consagra en el artículo 9.3 de la Constitución Española. Aquellos que lo rebaten, aducen que este argumento no tiene relevancia suficiente, si bien reconocen que sería posible en caso de una inadecuada interpretación de la doctrina o canon internacional que sobre un derecho concreto se ha servido. No tendría, para los opositores al argumento de la inseguridad jurídica provocada por el control de convencionalidad difuso, importancia este puesto que el control de convencionalidad revestiría, según estos, una naturaleza de carácter excepcional y a la vez una sencillez práctica mayor respecto a la labor cotidiana de los principios sobre la primacía con el Derecho de la Unión Europea³⁶, y además la seguridad jurídica quedaría igualmente garantizada teniendo en cuenta que el propio TC se reserva el derecho de poder corregir la labor de la jurisdicción ordinaria en su inaplicación de la norma con rango de ley, tal y como especifica en el citado FJ nº 6 de la misma Sentencia 140/2018:

“En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso 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

³⁶ Biglino Campos, P. (2008): “La primacía del derecho comunitario: una mirada contrapuesta. La perspectiva española”, página 41, en el libro *La Unión Europea en Perspectiva Constitucional*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor. Thomson/Aranzadi.

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 (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5)» (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4)».

Parte de la doctrina³⁷ se muestra crítica y dubitativa con esta parte de la STC 140/2018 y aluden, entre otros argumentos, a la imposibilidad de realizar un control de convencionalidad a la luz del artículo 24 CE en aquellos casos en los que no exista la posibilidad de ser presentado un recurso de amparo constitucional, por la naturaleza del derecho fundamental. Frente a esto, otra parte de la doctrina, aquella que celebra el reconocimiento en nuestro ordenamiento del control de convencionalidad difuso, arguye que el citado artículo tiene potencial suficiente en su interpretación como para que quepa apreciar conexión con otras situaciones que a priori estarían formalmente excluidas del recurso de amparo constitucional (por ejemplo, muchos de los derechos humanos relativos a derechos socio-laborales); además, defienden que es tarea del entramado procesal relativo a los recursos proveer de las correcciones adecuadas ante el actualmente desvirtuado control de convencionalidad, y hacerlo frente a las distintas instancias de jurisdicción ordinaria.

Por resumir de alguna forma, el principal argumento de aquellos juristas que defendían la necesidad del reconocimiento del control de convencionalidad difuso es que, si ya se venía aplicando la misma lógica en el terreno legislativo, nada impedía trasladar esa misma a la fase de aplicación de la norma. Consideran poco realista la idea de que dicho control de convencionalidad deba recaer de manera concentrada, y en clave de supervisión, bajo la jurisdicción constitucional.

³⁷ Alonso García, R. (2020): "El control de convencionalidad: cinco interrogantes". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, pp. 13-51.

Continuando con el análisis de la STC 140/2018 de 20 de diciembre, concretamente de su FJ6, resulta cuanto menos llamativo, que se cite el origen del término, que fue acuñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La cita se efectúa de la siguiente manera:

“La noción de control de convencionalidad surge formalmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 (asunto *Almonacid Arellano y otros c. Chile*), pronunciamiento en el que se establece que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a dicho tratado, lo que les obliga a velar porque los efectos de sus disposiciones «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" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos» y el tratado en cuestión, que en aquel pronunciamiento era la Convención Interamericana de Derechos Humanos”.

Es interesante ver como la STC 140/2018, de 20 de diciembre, supone la primera declaración expresa y reconocimiento, por parte del TC, del control de convencionalidad, a su concepto y a su origen. Además, es procedente en nuestro trabajo puesto que este reconocimiento expreso termina con parte de la argumentación doctrinal (e incluso jurisprudencial) contraria a la aplicación del control de convencionalidad difuso en nuestro ordenamiento. Esta argumentación en ocasiones se basaba en el hecho de que el propio TC no se había aún pronunciado sobre el control de convencionalidad. Otros argumentos análogos hacen referencia a que ni siquiera el TEDH había exigido la aplicación del control de convencionalidad difuso, como si ha hecho la Corte IDH. El primer argumento ya era rebatido a la luz de lo dispuesto en la Convención de Viena de 1969 sobre la innecesaridad de un pronunciamiento previo de órganos jurisdiccionales internos para la tutela de derechos fundamentales; sin embargo, ahora que el TC se ha expresado, no cabe duda.

Es curioso también, que el propio TC aludiese al asunto *Almonacid Arellano y otros contra Chile* de manera exclusiva, cuando tenemos en un país vecino como es Francia un ejemplo del año 1975, en un caso sobre la

interrupción voluntaria del embarazo, en el que su Consejo Constitucional rechazó el empleo de los cánones internacionales como parámetro de constitucionalidad, abriendo la puerta a que ese tipo de contradicción entre derechos convencionales y leyes nacionales fuese resuelta mediante el control de convencionalidad ejecutado por la jurisdicción ordinaria. Si bien la Constitución francesa sí dota en su artículo 55 de prevalencia a los tratados internacionales frente a la ley, en nuestro ordenamiento no ocurre de manera explícita, como ya hemos visto, pero sí se puede deducir una superioridad aplicativa de los tratados en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 de la CE, especialmente si tenemos en cuenta que estamos en el ámbito de tratados internacionales ratificados por España y que versan sobre derechos humanos; el carácter supralegal de los tratados parece entonces claramente visible.

Podemos resumir la idea de aquellos favorables a este pronunciamiento bajo la idea de que la mayor jerarquía, o prevalencia si se prefiere, de las normas de derecho internacional respecto de aquellas nacionales, así como el control de convencionalidad efectuado por los órganos jurisdiccionales internos, deben ser incontrovertibles desde el plano constitucional. Ello independientemente del modo en que cada Estado, porque se garantiza la libertad de cada uno, decida interiorizar la Convención de Viena de 1969.

En este sentido, señala Jimena Quesada el paralelismo existente entre el derecho convencional y el de la Unión Europea, criticando que parece que de facto se asume de una mejor manera, y a la vez se protege y no se recela de él, el derecho comunitario respecto del derecho convencional; cuando, a su parecer, debería llevarse a cabo de forma similar. Los que son contrarios al ya citado tipo de control convencional descentralizado, aluden al hecho de que el Derecho de la Unión Europea, y su efecto y aplicación directa, se justifican al contar con un soporte: el Tribunal de Justicia comunitario.

Conviene señalar también la advertible relación entre el control de convencionalidad y la efectividad de los derechos humanos, concretamente, para el caso que nos ocupa, los derechos sociales y laborales. Aún parece que queda camino por recorrer en este sentido y el ordenamiento se irá completando, por ejemplo, se me ocurre, mediante el hecho de que el propio Tribunal Constitucional asuma su ejercicio de control de constitucionalidad de

manera totalmente coherente con el mandato interpretativo y acorde también a los derechos convencionales, de manera que control de convencionalidad y control de constitucionalidad no supongan un conflicto.

5.2 POSIBLES DUDAS RESPECTO DEL CONTROL

Cabe en este apartado plantear ciertas cuestiones que quedan abiertas después del pronunciamiento del TC en materia de control de convencionalidad difuso.

- ¿Exactamente sobre qué tipo de normas internacionales y nacionales se desenvuelve el control de convencionalidad?

En principio, y tal y como señala Alonso García³⁸, el control de convencionalidad se proyecta sobre todo tipo de tratados internacionales, definidos estos en el artículo 2 de la Ley 25/2014 de la siguiente forma: “tratado internacional: acuerdo celebrado por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho Internacional, y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación”. Es decir, no se circunscribe el ámbito de aquellos tratados que versan sobre derechos humanos. Respecto de la normativa interna, debemos entender que por esta se entienden todas las leyes y normas con fuerza de ley, así como los reglamentos. Si bien conviene puntualizar en este momento que, como reconoció el propio TC, el control de convencionalidad no implica un juicio de validez de la normativa interna sino de su mera inaplicabilidad., además esto nos da paso al siguiente de los interrogantes.

- Para la solución de la contradicción entre la norma internacional y la norma interna, ¿se debe optar siempre por llevar a cabo un juicio de mera aplicabilidad de norma?

Aquí surge debate, pues una parte de la doctrina entiende que no siempre. Esto no sería posible cuando en el marco litigioso se diese al mismo tiempo una causa de inconstitucionalidad, ya sea en términos formales o materiales, si bien redundaría en una de las premisas de los tratados, y es que

³⁸ Alonso García, R. (2020). *op. cit.*, pp. 13-51.

acorde al artículo 96 CE deben estar “válidamente celebrados”. Para este tipo de situaciones, no es que el juez deba decidir sobre qué normativa aplicar, sino que está obligado a presentar cuestión de inconstitucionalidad frente al propio Tribunal Constitucional, y este decidir sobre la constitucionalidad, ergo validez, de la norma, y en caso de concluirse válida sería de aplicación.

En este punto conviene asumir que el control de convencionalidad difuso no puede concluir con la anulación o invalidez de una norma de nuestro ordenamiento, sencillamente porque es algo que está únicamente previsto por razones de inconstitucionalidad, y además el TC no establece lo contrario en su jurisprudencia. El TC aboga por fórmulas de desplazamiento e inaplicación sobre la base de la supra legalidad de los tratados internacionales desprendida del propio artículo 96 CE. Un interrogante que se suscita a raíz de la STC 140/2018, y que ya venía tratándose, es el hecho de que no hay jurisdicción para anular este tipo de leyes salvo por motivos de constitucionalidad. El Tribunal Constitucional no deja claro si extiende sus consecuencias solo a las leyes, o si también lo hace respecto de las disposiciones de rango reglamentario, cuando en la praxis jurídica el propio Tribunal Supremo venía procediendo a la anulación de disposiciones reglamentarias en caso de incompatibilidad con la normativa europea.

- ¿Las normas internacionales se encuentran en una posición análoga a la de las normas de la Unión Europea (derecho comunitario), respecto de su relación con las leyes nacionales de nuestro ordenamiento?

La respuesta correcta es que sí en cuanto a que ambas disponen de un carácter prevalente frente a la ley nacional, si bien conviene hacer matizaciones puesto que en lo referido a la forma en que ambas son manejadas por el juez o tribunal de tipo ordinario, la respuesta sería no. En este punto parte de la doctrina aduce el ya comentado argumento de que la normativa europea dispone de un órgano supremo de interpretación (TJUE) oponible, si se diera el caso, frente a las interpretaciones de los Estados. A mayores, es cierto que la normativa europea cuenta con otros mecanismos, como pueden ser la cuestión de prejudicialidad que dotan a estas de una mayor seguridad jurídica en su plano efectivo. Hasta día de hoy el propio TJUE

en su jurisprudencia ha depurado numerosos casos en los que se hacía necesario discernir sobre la aptitud o no de normas europeas para que estas produjesen efectos prevalentes³⁹.

- ¿El juez ordinario tiene la última palabra sobre la aplicabilidad de la norma internacional en defecto de la ley nacional?

Aquí, como podemos intuir, la respuesta es que no. Como hemos visto, el TC se reserva la revisión sobre la elección de derecho que lleve a cabo el juez ordinario en determinadas circunstancias en las que se pueda deducir una actuación arbitraria o irracional de las normas. Esto lo plasma en el mismo FJ 6 de la STC 140/2018, y además ocurre de manera análoga a como pasa con la normativa comunitaria. Cabe citar en este punto la STC 58/2004⁴⁰ en la cual se comienzan a dar tintes de lo que iba a ser la actitud del TC respecto de la operatividad del artículo 24 CE en el marco de los derechos comunitarios. En la misma vemos como se juzga la correcta aplicación por parte del juez nacional, que había sido objeto de posible vulneración del propio artículo 24 CE. Es difícil pensar en supuestos en los que una norma internacional como puede ser el CEDH contravenga algún derecho comunitario, y que esto se debiera resolver en el ámbito nacional, pero resulta interesante saber hasta qué punto podría en ese caso hacer juicio de aplicabilidad el juez ordinario y control de constitucionalidad el propio TC. En cualquier caso, y ante la falta de una institución judicial como es el TJUE, parece que la labor de revisión del TC sobre el control de convencionalidad efectuado por los jueces, por la vía del amparo, se va a intensificar en los próximos años.

- ¿Cómo se van a compaginar el control de convencionalidad con el control de constitucionalidad?

Si bien parte de la doctrina entiende que esta relación debe entenderse como positiva y de refuerzo de nuestro ordenamiento jurídico, y que, además,

³⁹ Sentencia del TJUE *Van Gend en Loos*, en la cual el tribunal de Justicia viene a aclarar que el Derecho comunitario no solamente genera obligaciones en los Estados miembros, sino también derechos en los ciudadanos de la UE. En consecuencia, los particulares pueden invocar estos derechos frente a jurisdicciones nacionales y europeas.

⁴⁰ STC 58/2004, de 19 de abril.

pueden darse sinergias y una mayor efectividad a partir del reconocimiento del control de convencionalidad difuso, que permitiría a los jueces ordinarios llevar a cabo la labor de control de aplicación de la norma nacional cuando no contravenga lo dispuesto en el tratado internacional que regula la misma materia, y al TC la última palabra en cuanto a revisión, pues podrían darse vicios ilegales en dicha elección del juez.

Sin embargo, utilizamos aquí el término “compaginar” que emplea Alonso García, pues si bien se asume que los tratados internacionales no deben ser empleados como canon de la constitucionalidad en nuestro ordenamiento, y que por tanto su contradicción con las leyes, tal y como matiza el TC, supondrían un problema de legalidad que debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria tal y como venimos comentando, por medio del juicio de norma aplicable a cada caso.

El TC en la STC 140/2018 excluye el artículo 96 CE como canon de constitucionalidad de las leyes, de manera que en caso de que una ley contraviniese un tratado internacional, el control no debería hacerse de constitucionalidad sino de convencionalidad por parte del juez como hemos apuntado. Ocurre que en caso de que la norma nacional fuera contraria, no solo a un tratado internacional (recogido en el citado artículo 96 CE) sino también a otro precepto, en ese caso podemos llegar a pensar que el sistema de fuentes exigiría un pronunciamiento del TC por vía de la cuestión de inconstitucionalidad. En suma, lo que se pretende analizar es el hecho de que el TC excluyó el artículo 96 como canon de constitucionalidad, pero solo a ese artículo, ya que no se referenció a otros.

Por otra parte, ni el derecho internacional ni el TEDH imponen de manera directa un control de convencionalidad difuso, a diferencia de lo que establece el derecho comunitario. Vemos entonces el panorama, que parece más claro y cierto respecto de los derechos comunitarios, pero que en nuestro ordenamiento (por lo menos por parte de la doctrina) se muestra receloso con la idea de equiparar el derecho internacional al ámbito de control de la jurisdicción ordinaria.

La idea esperada por una parte de la doctrina es que con el paso del tiempo se vaya viendo más claramente el carácter complementario y

paralelismo que presentan el control de convencionalidad y el de constitucionalidad.

6. CONCLUSIONES

A continuación, se procede a la exposición de las conclusiones obtenidas a lo largo de este trabajo:

1. La materia de los derechos humanos se encuentra en estrecha relación con el constitucionalismo, que tiende dentro de cada ordenamiento a reconocerlos. La regulación de estos se lleva tanto desde el ámbito estatal como supranacional, y en más ocasiones de las que uno puede pensar en un primer momento se producen conflictos por posibles infracciones de estos derechos por parte de normativas de carácter nacional.
2. En esta materia de derechos fundamentales y derecho supranacional, la impresión es que se va avanzando lento acorde a la dificultad a la hora de ajustarse a cada uno de los distintos ordenamientos nacionales, pero de manera firme, teniendo en cuenta que cada vez los propios órganos judiciales van reconociendo y aportando nuevas ideas y mecanismos en pro de la protección de los derechos convencionales, y concretamente por nuestro estudio, de los derechos humanos. Este proceso es fundamental dado el carácter dinámico del derecho y los constantes cambios culturales que vive nuestra sociedad actual.
3. Si bien España se encuentra a la cola de aquellos países que son sancionados por el TEDH por no cumplir con los derechos convencionales, fundamentalmente los reconocidos en el CEDH, aún hay un considerable margen de mejora y casos actuales que hacen disparar las alarmas (caso de la sentencia del TEDH sobre el asunto *N. D. y N. T.* contra España de 13 de febrero de 2020, que ha supuesto un retroceso en materia de garantía de los derechos de las

personas forzosamente desplazadas apartándose la Gran Sala del Tribunal de su propia jurisprudencia).

4. Referente al control de convencionalidad, este se encuentra mayormente extendido y mejor asumido dentro del sistema interamericano que del europeo. A ello contribuye que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sea mucho menor pero más concreta e imperativa respecto al modo de proceder con este control, respecto de la del TEDH.
5. Una evidencia es la dificultad presente de aprehensión de las disposiciones internacionales por parte de los diversos sistemas constitucionales, que a su vez explica el grado de libertad con el que el TEDH actúa (no exigiendo como tal el control de convencionalidad difuso de manera general e imperativa). Parte de la doctrina también presenta esta postura y a mi juicio debe avanzarse hacia una asunción de los parámetros internacionales y del control de convencionalidad difuso con un mayor grado de naturalidad. Todo ello conllevará una mayor maximización del sistema de garantía global de derechos humanos.
6. El reconocimiento del control de convencionalidad en sede constitucional dentro de nuestro país (por medio de la STC 140/2018) supone un avance importante y no debe asumirse como un desplazamiento al control de constitucionalidad que concentra entre sus poderes el Tribunal Constitucional.
7. A ojos de muchos, entre los que me incluyo, el reconocimiento expreso del control de convencionalidad a cargo de la jurisdicción ordinaria ha de interpretarse como algo positivo, independientemente de que existan otros mecanismos como el control de constitucionalidad concentrado o el mecanismo consultivo puesto en marcha con el Protocolo 16 del CEDH, puesto que refuerza el sistema de garantías de los derechos convencionales y ello no implica un posible conflicto con la constitucionalidad, ya que se trata de un control que en nuestro país se debe efectuar como un control de legalidad, con aplicación o no de la norma interna en cuestión, y

en último término el propio Tribunal Constitucional tiene la reserva de entrar a valorar posible arbitrariedad o irracionalidad en el ejercicio del juez ordinario que decide cuál norma es de aplicación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros, informes y artículos:

ABRISKETA URIARTE, J. (2013): “Las sentencias piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de Juez a Legislador”. *Revista Española de Derecho Internacional*, 65 (1), pp. 80-82.

ALONSO GARCÍA, R. (2020): “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, pp. 13-51.

CANOSA USERA, R. (2015): *El control de convencionalidad*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Navarra.

DÍEZ-PICAZO, L. M. (2003): *Sistema derechos fundamentales*. Editorial Civitas, Madrid.

BIGLINO CAMPOS, P. (2008): “La primacía del derecho comunitario: una mirada contrapuesta. La perspectiva española”, pp. 35-52, en el libro *La Unión Europea en Perspectiva Constitucional*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor. Thomson/Aranzadi.

CAMARILLO, L. A. (2015): “Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”, *Revista Prolegómenos*, Derechos y Valores, pp. 67-84.

GUILLÉN LOPEZ, E. (2018): “Ejecutar en España las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, pp. 335-370.

IBÁÑEZ RIVAS, J. (2012): “Control de Convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, 8, pp. 103-113.

IBERICONNECT (2021): *Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH» Parte II: ¿Por qué no ratifica España el Protocolo 16?* Disponible en: <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al->

[cedh-parte-ii-por-que-no-ratifica-espana-el-protocolo-16/](#). (consulta 24/08/2021).

JIMENA QUESADA, L. (2013): *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad: a propósito del diálogo judicial y de la tutela multinivel de derechos*. Editorial Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona.

JIMENA QUESADA, L. (2019): "La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos sociolaborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, pp. 434-461.

MARTINEZ SOSPEDRA, M. (2021): "Las opiniones consultivas del TEDH. Una idea no del todo convincente. Notas sobre el protocolo 16 al CEDH", *Revista General de Derecho Europeo*, 54, pp. 342-368.

MEJÍA, J., BECERRA, J. y FLORES, R. (2016): *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*. Editorial Casa San Ignacio, Yoro.

MICHEO, F.A.O. (1999): "Perfecciones e Imperfecciones en el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y otros comentarios a propósito de su entrada en vigor (1-XI-1998)". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 56, pp. 135-162.

OTTO PARDO, I. (1987): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Editorial Ariel, Barcelona. Pp. 124 y ss.

RABASA, E.O. (1951): Consideraciones de Hans Kelsen sobre derecho público y derecho privado, en sus obras "Teoría pura del derecho" y "Teoría del derecho y del Estado". *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1-2, pp. 82-90.

SAGÜÉS, N. (2011): "Obligaciones internacionales y control de convencionalidad", *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, 4, pp. 271-291.

VERGOTTINI, G. (2011): *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones (Prólogo de J. García Roca)*. Editorial Civitas-Thomson, Madrid.

HINOJO ROJAS, M. (2018): “El Protocolo no. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Anuario español de derecho internacional*, 34, pp. 675-706.

Legislación:

Código Civil

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Constitución Española

Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica

6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Protocolo nº16 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Jurisprudencia:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH. *Caso Ulloa contra Costa Rica*, julio de 2004.

Sentencia *caso Broniowski vs. Poland* del 22 de junio de 2004.

Sentencia del TJUE *Van Gend en Loos*.

STC 36/1991, de 14 de febrero.

STC 58/2004, de 19 de abril

STC 140/2018, de 20 de diciembre.