

# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL: ¿UNA IMPORTACIÓN DEFECTUOSA?

## *THE CONVENTIONALITY CONTROL UNDER SPANISH LAW: A DEFICIENT IMPORT?*

IGNACIO G. PEROTTI PINCIROLI<sup>1\*</sup>

Sumario: I. INTRODUCCIÓN II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO ESPAÑOL IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL. V. REFLEXIONES FINALES

RESUMEN: La doctrina del control de convencionalidad era prácticamente ajena al sistema jurídico español. Sin embargo, en la STC 140/2018, de 20 de diciembre, el Tribunal Constitucional ha declarado expresamente que este mecanismo en España constituye una regla de selección de Derecho aplicable, a cargo de la jurisdicción ordinaria. El artículo analiza los antecedentes del control de convencionalidad en el Derecho comparado –con especial énfasis en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos– y los problemas que esta nueva doctrina constitucional genera en la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho español.

*ABSTRACT: The Conventionality Control doctrine was almost strange to Spanish Law. However, in STC 140/2018, of 20 December 2018, the Constitutional Court of Spain construed that this mechanism is within the powers of Ordinary Judges and constitutes a rule of selection of applicable law. The article analyzes the meaning of the Conventionality Control doctrine from a Comparative law perspective, as well as its scope within the Inter-American Court of Human Rights. It also highlights some concerns regarding the implementation of the mechanism vis à vis the enforcement of International Human Rights Law in the Spanish legal system.*

---

Fecha de recepción del trabajo: 2 de diciembre de 2020. Fecha de aceptación de la versión final: 31 de mayo de 2021.

\* Candidato a Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas, Universidad Autónoma de Madrid. Ex becario del Tribunal Constitucional de España. Correo electrónico: [ignacio.perotti.pincirol@gmail.com](mailto:ignacio.perotti.pincirol@gmail.com)  
Quisiera agradecer especialmente a Cristina Izquierdo Sans, por su atenta lectura, sus agudas observaciones y los valiosos debates que mantuvimos. Asimismo, agradezco las sugerencias de los revisores anónimos del artículo, que contribuyeron a mejorarlo en varios aspectos, al igual que los comentarios de Javier Díez-Hochleitner, María García Casas, Vanesa Menéndez Montero y Eulalia Petit de Gabriel. Por último, las invaluables aportaciones y el acompañamiento permanente de mi director, Carlos Espósito Massicci, han sido imprescindibles para este trabajo.

PALABRAS CLAVES: control de convencionalidad; Derecho internacional; Derecho de las relaciones exteriores; Derecho constitucional; Derechos Humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Tribunal Constitucional español.

KEYWORDS: *Conventionality Control; International Law; Foreign Relations Law; Constitutional Law; Human Rights; Inter-American Court of Human Rights; European Court of Human Rights; Constitutional Court of Spain.*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda, de manera general, la aplicación del control de convencionalidad en el Derecho español. Se trata de una doctrina que en América Latina ha tenido una enorme trascendencia, y que ha generado una profusa actividad científica desde diversas disciplinas jurídicas, especialmente desde el Derecho internacional y el Derecho constitucional. Si bien su definición no resulta asunto sencillo, puede adelantarse que implica una obligación de los órganos estatales —en especial, de jueces y tribunales nacionales— de realizar un examen de compatibilidad entre el ordenamiento jurídico interno y el orden internacional, para garantizar el cumplimiento del Derecho internacional de los derechos humanos.

Cierta evidencia sugiere que algunos tribunales nacionales en Europa ya venían ejerciendo un control de convencionalidad desde hacía tiempo. Sin embargo, es innegable que la notoriedad y relevancia global que esta doctrina tiene hoy en día ha sido mérito exclusivo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En lo que hace a España, la doctrina de los autores comenzó a estudiar la posible aplicación de este mecanismo hace más de una década. Luego, de una manera un tanto sorprendente, el Tribunal Constitucional (TC) reconoció la aplicación del control de convencionalidad a través de la STC 140/2018, de 20 de diciembre, que lo definió como una mera regla de selección de Derecho aplicable, en manos de la jurisdicción ordinaria y sustraída de su propia competencia. Sin embargo, tanto esta definición como los fundamentos jurídicos de la sentencia han generado una serie de discusiones y problemas sobre los que conviene detenerse.

En este sentido, la investigación se dirige a determinar si el control de convencionalidad en España resulta un instrumento necesario para garantizar el cumplimiento del Derecho internacional de los derechos humanos<sup>2</sup>. El hilo conductor del trabajo se estructura sobre dos aspectos del Derecho español: cómo se aplica el Derecho internacional de los derechos humanos, por un lado, y bajo qué premisas legales funcionaría el control de convencionalidad, por otro. Una comprensión más amplia de este mecanismo podría predicar su aplicación extendida en diversos ámbitos del Derecho internacional. No obstante, el análisis que aquí se presenta se enfoca en la protección de los derechos humanos, que —según se verá— constituye la esencia misma de esta doctrina. Asimismo, el estudio se ha valido especialmente de las herramientas que promueve el Derecho de las relaciones exteriores, campo jurídico de origen anglosajón pero con una destacada

---

<sup>2</sup> Cabe aclarar que en el presente trabajo se utilizan los términos “derechos fundamentales” y “derechos humanos” en forma indistinta.

recepción en otras latitudes<sup>3</sup>. Esta disciplina orienta el análisis de la aplicación del Derecho internacional desde un prisma primordialmente, aunque no exclusivamente, de Derecho interno<sup>4</sup>.

En primer lugar, se exploran los antecedentes del control de convencionalidad en el Derecho comparado. Este apartado incluye algunas referencias a su aplicación en ciertos Estados europeos, como Francia, Holanda e Italia. Se analiza luego el control de convencionalidad de la Corte Interamericana, estudio que intenta ser sucinto, pero sin renunciar a cierta exhaustividad. Además, se hacen algunas referencias al nuevo rumbo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la protección de los derechos fundamentales. En segundo lugar, se aborda el estudio de la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho español, panorámica general que ayudará a dilucidar del encaje el control de convencionalidad en España. En tercer lugar, se aborda el análisis específico de la implementación del control de convencionalidad en el Derecho español. Este examen comienza con un repaso general acerca de las distintas posiciones de la doctrina de los autores, así como la doctrina del Tribunal Constitucional en la STC 140/2018 y ciertos problemas que esta interpretación ha generado. Asimismo, se añade una propuesta de marco normativo para aplicar el control de convencionalidad en España, a la vez que una primera aproximación empírica sobre su concreta aplicación. El último apartado ofrece algunas reflexiones finales, a modo de conclusión.

## **II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO**

### **1. El control de convencionalidad por parte de los tribunales nacionales europeos**

Los primeros antecedentes del control de convencionalidad pueden rastrearse en Europa, pero no en la jurisprudencia de los tribunales internacionales sino de los nacionales. En primer lugar, se podría decir que el *Derecho francés* ha sido precursor en la implementación de este control<sup>5</sup>. El art. 55 de la Constitución de Francia de 1958 establece que los tratados internacionales tienen una “autoridad superior a las leyes”<sup>6</sup>. La doctrina gala interpreta dicha cláusula constitucional como una evidente jerarquía del

---

<sup>3</sup> Véase BRADLEY, C. (coord.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2019.

<sup>4</sup> Véase ESPÓSITO, C. “El Derecho Español de las Relaciones Exteriores”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 72-2, 2020, pp. 291-298.

<sup>5</sup> Véase Díez-PICAZO, L. M. “Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 34-35, 2008, pp. 21-33; AGUILAR CAVALLO, G. “El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado”, *Revista Direito GV*, nº 9-2, Escola de Direito de São Paulo, 2013, pp. 721-754; GUTIÉRREZ GIMÉNEZ, L. M. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: interacción, confusión y autonomía. Reflexiones desde la experiencia francesa”, *Revista IIDH*, nº 64, 2016, pp. 239-264; y MARTINICO, G. “Two Worlds (Still) Apart? ECHR and EU Law before National Judges”, VASILIKI, K./SKOUTARIS, N./TZEVELEKOS, P. (eds.), *The EU Accession to the ECHR*, Hart, Oxford, 2014, pp. 141-158.

<sup>6</sup> Art. 55 Constitución de Francia: “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.

Derecho internacional sobre el Derecho interno<sup>7</sup>. La Constitución guarda silencio acerca de qué órganos estatales estarán a cargo de asegurar esa supremacía, por lo que su determinación se produjo casuísticamente. En 1975, en el caso de *l'Interruption Volontaire de la Grossesse (IVG)*, el Consejo Constitucional se declaró incompetente para ejercer el control de convencionalidad de las normas internas. Sostuvo que, si bien los tratados poseen una primacía respecto de la ley, no tienen jerarquía constitucional ni integran el bloque de constitucionalidad<sup>8</sup>. Esto significa que una ley contraria a un tratado podría, a su vez, no ser contraria a la Constitución. Pero el Consejo agregó que, al abrigo del art. 55, los jueces ordinarios podían ejercer el control de convencionalidad, siendo el resultado de ese contraste la inaplicación de la norma legal interna<sup>9</sup>.

Ese mismo año, en el caso *Société des Cafés Jacques Vabre*, la Corte de Casación –la instancia judicial más alta de Francia– aceptó efectuar el control de convencionalidad, e hizo prevalecer la norma internacional por sobre las disposiciones de una ley<sup>10</sup>. En el ámbito del Derecho administrativo francés, el Consejo de Estado –máxima instancia en lo contencioso-administrativo– había sido bastante renuente a efectuar el control de convencionalidad. Finalmente, aceptó esa posibilidad en 1989, a través de la sentencia del Caso *Nicolo*<sup>11</sup>, y completó así la distribución pretoriana de control de convencionalidad francés. En definitiva, a través de esta serie de decisiones adoptadas durante más de una década, las altas instancias judiciales de Francia determinaron que el Consejo Constitucional efectuaría el control de constitucionalidad, y que los demás jueces y tribunales estarían a cargo del control de convencionalidad. Así, la jurisdicción ordinaria pone en práctica este mecanismo de manera frecuente, el cual ha sido calificado por la doctrina como una “herramienta de emancipación frente al legislador” en manos de los jueces, así como un “vector de competencia” dentro de la misma judicatura<sup>12</sup>. En materia de derechos humanos tiene una importancia especial para, por ejemplo, inaplicar normas internas contrarias al CEDH e incluso a la jurisprudencia del TEDH<sup>13</sup>.

Por su parte, el *Derecho holandés* ha presumido tradicionalmente de una aplicación amplia y generosa del Derecho internacional, ligada sobre todo a un monismo bastante

---

<sup>7</sup> FORMERY, S. *La Constitution commentée article par article*, Hachette, Paris, 2003, pp. 108-109, cit. en JIMENA QUESADA, L. “El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 22, 2018, pp. 41-74.

<sup>8</sup> Consejo Constitucional de Francia, caso *IVG*, sentencia n° 74-54 DC, de 15 de enero de 1975.

<sup>9</sup> DíEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 29, y AGUILAR CAVALLO, *op. cit.*, p. 729.

<sup>10</sup> Corte de Casación de Francia, caso *Société des cafés Jacques Vabre et Société J. Weigel*, sentencia de 24 de mayo de 1975.

<sup>11</sup> Consejo de Estado de Francia, caso *Nicolo*, sentencia de 20 de octubre de 1989.

<sup>12</sup> GUERRINI, M. “L’utilisation du contrôle de conventionnalité par la Cour de cassation ou le paradoxe de l’acceptation”, *Revue des droits et libertés fondamentaux*, n° 21, 2017, disponible en <http://www.revuedlf.com/droit-fondamental/lutilisation-du-contrôle-de-conventionnalité-par-la-cour-de-cassation-ou-le-paradoxe-de-lacceptation> –todos los enlaces citados en el presente trabajo fueron visitados por última vez el 20 de mayo de 2021–.

<sup>13</sup> Algunos ejemplos recientes pueden verse en AGUILAR CAVALLO, *op. cit.*, p. 729 y ss.

arraigado<sup>14</sup>. Ello puede evidenciarse en diversas normas de su Constitución, como así también en la práctica de los jueces y tribunales nacionales. Hacia 1953, esta aplicación dependía en gran medida de normas constitucionales no escritas y de la jurisprudencia nacional. Sin embargo, a partir de ese año se produjeron una serie de reformas constitucionales que tuvieron un impacto directo en la interacción entre Derecho internacional y Derecho interno. Así, la Constitución en su redacción actual establece la obligación del Gobierno de promover “el desarrollo del orden jurídico internacional”<sup>15</sup>, y que los tratados y resoluciones de las organizaciones internacionales son vinculantes para “toda persona”, siempre que hayan sido debidamente publicados<sup>16</sup>.

En lo que aquí interesa, el precepto constitucional más importante es el art. 94, que establece la inaplicación de la legislación interna –que incluye a la Constitución, las leyes del Parlamento y el resto de las normas subordinadas<sup>17</sup>– si resultase incompatible con los tratados o con las resoluciones de las organizaciones internacionales, jurídicamente vinculantes<sup>18</sup>. Esta *cláusula de supremacía* –tal como la denomina la doctrina holandesa– podría entenderse como una suerte de control interno de convencionalidad. En su redacción original, la regla se cernía de manera amplia respecto de todos los tratados y decisiones internacionales. Sin embargo, reformas posteriores limitaron su aplicación solamente a aquellas disposiciones consideradas *self-executing*, aunque manteniendo el sentido principal de la regla. Aún así, la opinión mayoritaria es que el Derecho internacional en los Países Bajos ostenta una jerarquía muy superior a las normas internas, y que todos los órganos públicos –en el marco de sus respectivas competencias– deben inaplicar el Derecho interno en caso de conflicto con el orden internacional<sup>19</sup>. Sin embargo, se discute la forma de compatibilizar la prohibición constitucional que tienen los jueces para enjuiciar la constitucionalidad de las leyes<sup>20</sup>, por un lado, y su obligación de examinar la compatibilidad del Derecho interno con el Derecho internacional, por otro. Y es que, más allá de tal veda, el peso significativo que el orden internacional tiene en el sistema constitucional holandés –que cobra especial relevancia en materia de derechos fundamentales– genera que estos controles judiciales sean inevitables<sup>21</sup>.

En este sentido, numerosas decisiones de los tribunales holandeses pueden leerse como una aplicación del control de convencionalidad. Así, la sentencia de la Corte Suprema de

---

<sup>14</sup> Véase FLEUREN, J. “The Application of Public International Law by Dutch Courts”, *Netherlands International Law Review*, n° LVII, 2010, pp. 245-266 –quien, sin hacer mención expresa al control de convencionalidad, analiza al detalle los diversos supuestos en que la jurisdicción nacional aplica el Derecho internacional público en forma directa, a fin de compatibilizar el Derecho interno–, y MASSA GALLERANO, G. “Los sistemas constitucionales de Holanda y Luxemburgo”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, n° 15, 2011, pp. 185-222.

<sup>15</sup> Art. 90 Constitución de los Países Bajos.

<sup>16</sup> Art. 93 Constitución de los Países Bajos.

<sup>17</sup> FLEUREN, *op. cit.*, p. 247.

<sup>18</sup> Art. 94 Constitución de los Países Bajos.

<sup>19</sup> FLEUREN, *op. cit.*, p. 251. En igual sentido, MASSA GALLERANO, *op. cit.*, p. 191 y ss.

<sup>20</sup> El art. 120 de la Constitución –reformado en 1983–, establece que: “El juez no puede juzgar la constitucionalidad de las leyes y de los Tratados”, lo que se ha interpretado como un control de constitucionalidad asignado –en forma indirecta– al Parlamento. Véase MASSA GALLERANO, *op. cit.*, p. 193

<sup>21</sup> FLEUREN, *op. cit.*, p. 258.

finales de los ochenta sobre la aplicación del art. 6.4 de la Carta Social Europea (CSE), que constituye un verdadero *leading case* en materia de Derecho a huelga y su compatibilidad a la luz de los compromisos internacionales asumidos mediante la ratificación de la CSE<sup>22</sup>. De igual manera, la reciente sentencia del mismo tribunal en el caso *Urgenda* –que ha tenido grandes repercusiones por la materia ambiental que se debatía– también podría considerarse como una aplicación de este control. La sentencia declaró que las leyes holandesas que regulaban las emisiones de dióxido de carbono – gases de efecto invernadero– resultaban insuficientes y, por lo tanto, contrarias a las obligaciones internacionales en materia de protección medioambiental asumidas por el Estado, imponiendo una reforma legislativa en sentido contrario<sup>23</sup>.

Por último, la situación en *Italia* es bastante distinta a los casos de Francia y Holanda, ya que el juez ordinario no puede practicar un control de convencionalidad, reservado –por lo pronto– a la Corte Constitucional. En relación con las normas constitucionales en juego, el art. 10 de la Constitución establece que “[e]l ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas (...)”. Por su parte, el art. 117.1 dispone que “la potestad legislativa es ejercida por el Estado y por la Región respetando la Constitución, y también las limitaciones que derivan del ordenamiento de la Unión Europea y de las obligaciones internacionales”, mientras que el art. 11 regula el Derecho de la integración europea<sup>24</sup>. Estos preceptos asignan a los tratados un rango superior a las leyes, ya que imponen al legislador el límite de respetar el Derecho internacional<sup>25</sup>. Sobre esta base jurídica, la Corte Constitucional italiana se ha reservado el ejercicio del control de convencionalidad<sup>26</sup>. De acuerdo con su doctrina, un incumplimiento del Derecho convencional constituye además una violación tanto del art. 11 como del art. 117.1 de la Constitución<sup>27</sup>. Por lo tanto, interpreta el control de convencionalidad como una derivación del control de constitucionalidad: si una norma es contraria a un tratado, es también contraria a la Constitución<sup>28</sup>.

Aún así, cabe señalar que esta doctrina constitucional parece estar virando en la actualidad. A partir de una serie de sentencias más o menos recientes, se han abierto nuevas posibilidades para el juez ordinario, como una utilización más firme de la interpretación conforme, aunque no todavía un ejercicio cabal del control de

<sup>22</sup> Corte Suprema de Justicia de los Países Bajos, sentencia n° 688, de 30 de mayo de 1986 –cit. en FLEUREN, *op. cit.*, p. 254–.

<sup>23</sup> Corte Suprema de Justicia de los Países Bajos, caso *Urgenda*, sentencia de 20 de diciembre de 2019 – versión en inglés disponible en <https://www.urgenda.nl/wp-content/uploads/ENG-Dutch-Supreme-Court-Urgenda-v-Netherlands-20-12-2019.pdf>–. La resolución declaró que tales normas son contrarias a los arts. 2 –derecho a la vida–, 8 –vida privada y familiar– y 13 –derecho a un recurso efectivo– del CEDH, así y a las disposiciones de otros tratados internacionales, como el Acuerdo de París.

<sup>24</sup> Art. 11 Constitución de Italia: “Italia (...) accede, en condiciones de igualdad con los demás Estados, a las limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las Naciones, y promueve y apoya a las organizaciones internacionales encaminadas a este fin”.

<sup>25</sup> AGUILAR CAVALLO, *op. cit.*, p. 734.

<sup>26</sup> Véase GUTIÉRREZ GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 257.

<sup>27</sup> Corte Constitucional de Italia, sentencia n° 170, de 5 de junio de 1984 –cit. en GUTIÉRREZ GIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 257–.

<sup>28</sup> AGUILAR CAVALLO, *op. cit.*, p. 735.

convencionalidad. Esta evolución se inició con las denominadas “sentencias gemelas” – sentencias n° 348 y 349/2007–, las cuales enfatizaron en que el Tribunal Europeo tiene la última palabra en la interpretación del Convenio Europeo y de sus protocolos, así como la importancia que el diálogo judicial tiene para una aplicación convencional uniforme<sup>29</sup>. Luego, en la sentencia n° 49/2015<sup>30</sup>, la Corte Constitucional recordó esa función interpretativa preminente del TEDH respecto del CEDH, así como el deber de interpretación conforme del Derecho interno. Sin embargo, matizó la obligación de la jurisdicción ordinaria de aplicar tal interpretación. Así, declaró que los jueces nacionales no son “destinatarios pasivos” de la jurisprudencia internacional, aunque esto no significa que puedan descartar la aplicación de cierta doctrina convencional de Estrasburgo ya consolidada<sup>31</sup>.

## **2. El control de convencionalidad interamericano**

De acuerdo con el modelo de la Corte IDH, el control de convencionalidad –que llamaré aquí *control de convencionalidad interamericano*– se define como aquel mecanismo de Derecho interno que implica una obligación de los órganos del Estado de realizar un examen de compatibilidad de ciertos actos jurídicos internos –leyes y demás normas, actos administrativos, decisiones judiciales, etc.– a la luz de los instrumentos y estándares de Derecho internacional, cuyos efectos pueden variar entre la inaplicación, la interpretación conforme o la nulidad del acto –conforme al caso concreto y a la competencia del órgano decisor–, con el fin de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos<sup>32</sup>. Cabe señalar que, más allá de los debates sobre el origen del control de convencionalidad<sup>33</sup>, la Corte Interamericana tiene un mérito exclusivo por haberle dado la relevancia global que este mecanismo tiene hoy en el campo de los derechos

---

<sup>29</sup> Corte Constitucional de Italia, sentencias n° 348 y 349/2007, de 22 de octubre de 2007.

<sup>30</sup> Corte Constitucional de Italia, sentencia n° 49/2015, de 14 de enero.

<sup>31</sup> Véase MANCANO, L./MARTINICO, G. “An Italian tale of two Courts. Judgment n° 49/2015 of the Italian Constitutional Court and its relationship with Strasbourg”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 58, 2016, pp. 199-214.

<sup>32</sup> Véase GARCÍA RAMÍREZ, S. “El control judicial interno de convencionalidad”, FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Fundap, México, 2012, pp. 767-804, y –del mismo autor– “The Relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): Some Pertinent Questions”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, 5-1, 2015, pp. 115-152; FERRER MAC-GREGOR, E. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad”, *Opus Magna Constitucional Guatemalteco*, n° III, 2011, pp. 291-333, y –del mismo autor– “Interpretación conforme y control difuso de constitucionalidad”, *Revista de Estudios Constitucionales*, n° 9-2, 2011, pp. 531-622; ALBANESE, S. (coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008.

<sup>33</sup> Dada la diferencia temporal entre el control de convencionalidad interamericano –2004– y el francés –1975–, podría pensarse que la Corte IDH rescató esa doctrina y la transformó en una nueva obligación, dirigida ahora a los Estados americanos. Sin embargo, no hay indicios de que la Corte lo haya tomado prestado del Derecho comparado europeo, o al menos no lo ha hecho explícito en ninguna de sus sentencias. Sería más sensato pensarlo como una derivación lógica entre las obligaciones emanadas de las normas y principios del Derecho internacional, por una parte, y el Derecho interno, por la otra. De hecho, este es el perfil inicial que se observa en los primeros votos particulares del juez García Ramírez.

humanos<sup>34</sup>. En este sentido, se puede decir que el control de convencionalidad interamericano tiene dos finalidades complementarias. La finalidad *inmediata* es lograr la sintonía del ordenamiento jurídico de cada Estado respecto de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, previstos en un *corpus iuris* interamericano denominado *bloque de convencionalidad*<sup>35</sup>. Al mismo tiempo, la finalidad *mediata* consiste en evitar sanciones internacionales y asegurar un alto grado de cumplimiento de los derechos fundamentales en todo el sistema. A mi juicio, este último rasgo distingue el control de convencionalidad de la Corte IDH de otros modelos similares del Derecho comparado europeo<sup>36</sup>.

El control de convencionalidad interamericano ha sido fruto de más de dos décadas de construcción pretoriana. Sus antecedentes llevan directamente a los votos particulares del juez García Ramírez en los casos *Myrna Mack Chang*<sup>37</sup> y *Tibi*<sup>38</sup>. No obstante, su estructura actual surgió en la sentencia del caso *Almonacid Arellano*. Allí, la Corte IDH declaró que “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”<sup>39</sup>. Perfiló esta doctrina bajo tres premisas: que es una obligación de jueces y tribunales, que además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), deberán considerar también la jurisprudencia de la Corte, y que las normas internas que no superen dicho examen “desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. Poco después, precisó que no se trata de una mera facultad judicial, dependiente de instancia de parte, sino una obligación a cumplirse de oficio<sup>40</sup>, sin importar la jerarquía judicial<sup>41</sup>, aunque respetando las respectivas competencias y

---

<sup>34</sup> Véase BOGDANDY, A. “El mandato transformador del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Legalidad y legitimidad de un proceso iurisgenerativo extraordinario”, BOGDANDY, A./FERRER MAC-GREGOR, E./MORALES ANTONIAZZI, M./SAAVEDRA ALESSANDRI, P. (coord.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Max Planck Institute-UNAM, México, 2019, p. 25.

<sup>35</sup> Conformado por los tratados de derechos humanos, otros instrumentos de *soft law* y la jurisprudencia – doctrina convencional o *case law*– de la Corte IDH. Véase URUEÑA, R. “Domestic Application of International Law in Latin America”, BRADLEY, *op. cit.*, p. 575.

<sup>36</sup> Véase BURGORGUE-LARSEN, L. “Chronique d'une théorie en vogue en Amérique latine Décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionalité”, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 100, 2014, pp. 831-863, –quien otorga al control de convencionalidad interamericano la función distintiva de asegurar la efectividad y viabilidad de un Derecho *humanista*–.

<sup>37</sup> Corte IDH, caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 27 –señaló que el control de convencionalidad resultaba implícito en el ejercicio de la propia jurisdicción de la Corte, en su función de analizar la eventual obligación internacional del Estado por los actos de todos sus órganos públicos, sin distinción alguna–.

<sup>38</sup> Corte IDH, caso *Tibi vs. Ecuador*, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 3 –comparó la tarea de la Corte con la que llevan adelante los tribunales constitucionales e indicó que una de sus funciones principales es la de confrontar “los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa”–.

<sup>39</sup> Corte IDH, caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

<sup>40</sup> Corte IDH, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

<sup>41</sup> Corte IDH, caso *Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 77-79.

regulaciones procesales internas<sup>42</sup>. Finalmente, extendió los órganos obligados a realizar dicho control a “cualquier autoridad pública”<sup>43</sup>. En cuanto al parámetro de comparación, según la Corte IDH el control de convencionalidad debe efectuarse entre las normas internas “y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado”<sup>44</sup>. Luego amplió este parámetro a las opiniones consultivas<sup>45</sup>, a pesar de las discusiones acerca de su obligatoriedad<sup>46</sup>.

En resumidas cuentas, luego de esta evolución jurisprudencial, el control de convencionalidad interamericano implica en la actualidad: *i)* un examen de compatibilidad por parte del Estado de cualquier acto jurídico interno, respecto de la Convención Americana y demás tratados internacionales de derechos humanos; *ii)* una obligación que corresponde a cualquier autoridad del Estado –y no se limita al poder judicial–, a cumplirse de oficio y de acuerdo a las normas procesales y competenciales que correspondan; *iii)* la consideración –además de las disposiciones convencionales–, de la interpretación dada por la Corte en su jurisprudencia; *iv)* la consideración de la doctrina expuesta por la Corte en sus opiniones consultivas; *v)* que la propia Corte será la única instancia autorizada para resolver si el control de convencionalidad se ha efectuado correctamente, por ser sus decisiones definitivas<sup>47</sup>.

Sobre el fundamento jurídico de esta doctrina, vaya por delante que no existe una norma específica –ni en la Convención ni en ningún otro tratado interamericano– que obligue a los Estados a implementar el control de convencionalidad. La Corte IDH apoya su fundamentación en tres pilares: el carácter vinculante de su jurisprudencia, las normas de la CADH y los principios de Derecho internacional en materia de interpretación<sup>48</sup>. En primer lugar, mantiene la lógica de que si los Estados no cumplen con sus cánones interpretativos, se arriesgan a una condena internacional, por lo que su jurisprudencia no puede ser sino vinculante<sup>49</sup>. Sin embargo, no se trata de una cuestión aceptada

---

<sup>42</sup> Corte IDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

<sup>43</sup> Corte IDH, caso *Gelman vs. Uruguay*, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 239.

<sup>44</sup> Corte IDH, caso *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 330. Puntualmente, refirió a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará.

<sup>45</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva *OC-21/14*, resolución de 19 de agosto de 2014 –justifica esta ampliación en que tanto la competencia contenciosa como la consultiva comparten un idéntico propósito, tutelar los derechos fundamentales–.

<sup>46</sup> Véase FAÚNDEZ LEDESMA, H. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, 3º edición, IIDH, San José, 2004, p. 992 y ss; y HITTERS, J. C. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, nº 10, 2008, pp. 135-136.

<sup>47</sup> GARCÍA RAMÍREZ, S. “Sobre el control de convencionalidad”, *Revista de Pensamiento Constitucional*, nº 21, 2016, p. 175.

<sup>48</sup> Es crítico con esta fundamentación GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, P. *The Doctrine of Conventionality Control*, Intersentia, Cambridge, 2018, p. 68.

<sup>49</sup> Véase Corte IDH casos *Radilla Pacheco vs. México*, sentencia de 23 de noviembre de 2009; *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, voto particular razonado del juez Ferrer Mac-Gregor; y *Gelman vs. Uruguay*, cit.

pacíficamente, y ha generado tanto debates doctrinales<sup>50</sup> como divisiones entre los tribunales nacionales<sup>51</sup>. En segundo lugar, funda el control de convencionalidad en los arts. 1.1 CADH –obligación de respeto y garantía de los derechos y libertades recogidos en la Convención–, 2 CADH –obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno para cumplir con tales derechos–, 25 CADH –protección judicial– y 29 CADH –principio *pro persona*–. En tercer lugar, la Corte IDH recurre con frecuencia a los principios de Derecho internacional en materia de observancia, aplicación e interpretación de los tratados internacionales que recoge la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT), en especial al *effet utile* de los tratados, al *pacta sunt servanda* y a la prohibición de invocar el ordenamiento interno para justificar su incumplimiento.

Por último, los efectos del control de convencionalidad constituyen uno de los aspectos más álgidos de su implementación<sup>52</sup>. De la jurisprudencia interamericana pueden extraerse tres niveles de efectos, según su intensidad: la *interpretación conforme*, la *inaplicación* del acto interno –norma, acto administrativo, decisión judicial, etc.– o su *invalidéz*. En primer lugar, la interpretación conforme en ningún caso afectará la validez de la norma o del acto interpretado. Su resultado será desechar aquellas interpretaciones contrarias o incompatibles con el orden internacional, en un proceso de armonización<sup>53</sup>. En segundo lugar, de no ser posible realizar esta interpretación, la norma o el acto interno se deberá inaplicar. Este resultado es criticado por cierta doctrina constitucional, que cuestiona la legitimidad democrática para que un juez o tribunal deje de aplicar una ley –sancionada válidamente por el legislador–, argumentando su incompatibilidad con el orden internacional<sup>54</sup>.

Finalmente, la *invalidéz* –de la norma, decisión o acto jurídico interno– es el más discutido de los efectos del control de convencionalidad. FERRER MAC-GREGOR asocia

---

<sup>50</sup> A partir de una interpretación literal de la CADH, las posturas contrarias argumentan que no es posible asignar efectos vinculantes a una sentencia cuando el Estado no haya sido parte del proceso internacional. Véase DULITZKY, A. “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, n° 50-1, 2015; CHEHTMAN, A. “Derecho Internacional y Derecho Constitucional en América Latina”, *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n° 9, pp. 79-106; URUEÑA, *op. cit.*, p. 576; y CARRANZA, G. G. “Una nueva óptica sobre el control de convencionalidad en Argentina. Comentarios a la resolución de la Corte Suprema de la Nación en el asunto Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n° 21, pp. 161-185.

<sup>51</sup> Por ej., la Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJN) declaró –hace no muchos años– que las únicas sentencias de la Corte IDH que obligan al Estado son aquellas que le imponen una condena, en el marco de su competencia remedial. Véase CSJN, Asunto *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia (...)”*, sentencia de 14 de febrero de 2017.

<sup>52</sup> Por un lado, la Corte IDH no ha sido del todo clara, aunque tampoco puede inmiscuirse demasiado, pues dichos efectos dependerán en gran medida de las regulaciones constitucionales y legales de cada Estado. Por otro, la doctrina es muy crítica sobre cierta extralimitación de la Corte en la materia, según se apuntará.

<sup>53</sup> FERRER MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de constitucionalidad”, *op. cit.*, 2011, p. 535. El Derecho comparado muestra varios ejemplos de Estados que incorporan en sus constituciones un mandato expreso, dirigido a todos los poderes, para efectuar esta interpretación conforme, como España –art. 10.2– Portugal –art. 16.2– o México –art. 1–.

<sup>54</sup> Véase GARGARELLA, R. “No Place for Popular Sovereignty? Democracy, Rights and Punishment in Gelman v. Uruguay”, *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*, 2013, disponible en [https://digitalcommons.law.yale.edu/yls\\_sela/124](https://digitalcommons.law.yale.edu/yls_sela/124)

este efecto al control de constitucionalidad, al señalar que la posibilidad de invalidar una norma dependerá de las facultades del órgano judicial en cuestión, y estima dos supuestos. Por un lado, cuando el sistema tenga un control de constitucionalidad concentrado, únicamente las altas jurisdicciones constitucionales podrán decidirla. Esta “declaración general de invalidez por la inconventionalidad de la norma nacional” –tal como la denomina– constituye “el grado de intensidad máximo del control de convencionalidad”<sup>55</sup>. Por su parte, el resto de los jueces y tribunales no podrán invalidar la norma, pero sí deberán inaplicarla o efectuar una interpretación conforme. En cambio, en aquellos sistemas donde se permite el control difuso de constitucionalidad, el control de convencionalidad estará en cabeza de todos los jueces y tribunales, que también podrán declarar la invalidez de la norma. Por otro lado, cuando lo que se enjuicia es la convencionalidad de un precepto de la Constitución –si ello fuera posible–, la invalidez no tiene allí cabida alguna, ya que la norma se dejará de aplicar<sup>56</sup>, y luego se activarán los mecanismos de reforma constitucional que correspondan<sup>57</sup>.

Da la impresión de que la invalidez es una consecuencia *in extremis* y, por esa razón, la Corte IDH la ha asociado a los casos más graves, como las violaciones masivas y sistemáticas a derechos humanos. Es cierto que la obligación de los Estados de remover todo obstáculo legal para enjuiciar los crímenes de lesa humanidad viene impuesta por el Derecho internacional general. Sin embargo, ya en el caso *Barrios Altos*, la Corte IDH había trasladado esa obligación internacional al *ius commune* latinoamericano, al decir que las leyes de amnistía, por ser incompatibles con la CADH, “carec[ían] de efectos jurídicos”<sup>58</sup>. Con esa indicación, la Corte puso en cabeza de los Estados el mandato de reformar sus ordenamientos internos, aunque todavía sin mencionar al control de convencionalidad<sup>59</sup>. Es partir del caso *Almonacid Arellano* que la Corte vinculó directamente la invalidez de las amnistías con el control de convencionalidad, el cual se transformó en el mecanismo idóneo para que jueces y tribunales nacionales examinen la compatibilidad de su Derecho interno y, eventualmente, lo depuren<sup>60</sup>. Así, la aplicación de esta construcción jurisprudencial –que combina control de convencionalidad y obligaciones internacionales en materia de criminalidad masiva estatal– fue determinante en la reapertura de las investigaciones penales. Es el caso, por ejemplo, de Argentina,

---

<sup>55</sup> FERRER MAC-GREGOR, “Reflexiones...”, *op. cit.*, 2011, p. 308.

<sup>56</sup> Por ej., los casos de Honduras –donde en 2015 la Corte Suprema decidió inaplicar normas constitucionales que limitaban la reelección presidencial, argumentando que contradecían los estándares interamericanos de interpretación– y de Bolivia, donde el Tribunal Constitucional declaró en 2017 que la CADH tenía aplicación preferente sobre la Constitución, que limitaba la reelección presidencial. Véase URUEÑA, *op. cit.*, p. 573.

<sup>57</sup> Como la reforma de la Constitución chilena que eliminó censura previa, a propósito del caso *La Última Tentación de Cristo* –sentencia de 5 de febrero de 2001– de la Corte Interamericana.

<sup>58</sup> Corte IDH, caso *Barrios Altos vs. Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, punto resolutivo 4º.

<sup>59</sup> DULITZKY observa en este caso la “génesis” del control de convencionalidad y de la “función constitucional” adoptada por la Corte IDH. Véase DULITZKY, *op. cit.*, p. 67.

<sup>60</sup> Corte IDH, caso *Almonacid Arellano*, cit., donde la Corte declaró que las leyes de amnistía, carecían de efectos jurídicos desde el momento mismo de su aprobación, al ser contrarias al objeto y fin del Derecho internacional.

donde la Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad y nulidad de las amnistías e indultos, con fundamentos basados en esta jurisprudencia interamericana<sup>61</sup>.

### 3. ¿Un nuevo rumbo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?

A diferencia de la Corte Interamericana, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha impuesto a los Estados parte una obligación expresa de implementar un control de convencionalidad. A pesar de ello, las reformas recientes al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) sugieren que el sistema europeo está tomando un nuevo rumbo en la protección de los derechos humanos. La doctrina interpreta que estos cambios se dirigen en dos sentidos complementarios. Por un lado, hacia una lenta metamorfosis del TEDH, que estaría mutando de tribunal internacional a una especie de tribunal constitucional europeo<sup>62</sup>. Por otro, en una pérdida de protagonismo de Estrasburgo, y un mayor peso del juez nacional, que se estaría consolidando como el juez europeo de los derechos humanos<sup>63</sup>. La pertinencia de analizar este devenir es evidente, ya que el ritmo del sistema regional de protección tiene implicaciones directas en las obligaciones internacionales que el sistema fija a los Estados parte, entre los que se encuentra España.

Los antecedentes de estos cambios pueden hallarse en lo que los autores han denominado el *efecto de cosa interpretada*<sup>64</sup>. Esta noción implica que la interpretación convencional que hace el TEDH en su jurisprudencia no afectaría únicamente al caso concreto, sino que tendría efectos generales vinculantes para todos los Estados. Tradicionalmente, la doctrina ha fundado esta hipótesis tanto en algunas sentencias aisladas del TEDH<sup>65</sup> como en otros procedimientos empleados por Estrasburgo. Entre estos últimos se encuentran las llamadas *sentencias piloto*, que GARCÍA ROCA califica como “la novedad más

<sup>61</sup> Véase PEROTTI PINCIROLI, I. “El rol de los tribunales superiores en los procesos de justicia transicional en Argentina y España: miradas desde el Derecho de las relaciones exteriores y el Derecho internacional comparado”, MARTÍN RÍOS, P./PÉREZ MARÍN, M. A. (dir.), *Edición de actas del I Congreso Internacional “La Administración de Justicia en España y en América”*, Astigi, Sevilla, 2020, pp. 476-496, disponible en <https://editorialastigi.com/producto/edicion-de-actas-del-i-congreso-internacional-la-administracion-de-justicia-en-espana-y-en-america>

<sup>62</sup> Véase GARCÍA ROCA, J. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Pamplona, 2019; y GARCÍA ROCA, J./CARMONA CUENCA, E. (eds.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Aranzadi, Pamplona, 2017.

<sup>63</sup> IZQUIERDO SANS, C. “La evolución del sistema de acceso al Tribunal Europeo de derechos humanos. Una revisión de calado”, *Revista española de derecho europeo*, nº 68, 2018, pp. 55-83.

<sup>64</sup> Su desarrollo original, sin embargo, se debe al Prof. J. VELÚ. Véase QUERALT JIMÉNEZ, A. “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, GARCÍA ROCA, J./FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid, 2009; y GARCÍA ROCA, J./QUERALT JIMÉNEZ, A. “Buenas prácticas en el cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, BOGDANDY Y OTROS, *op. cit.*, pp. 703-771; y FERRER MAC-GREGOR, E./QUERALT JIMÉNEZ, A. *op. cit.*, 2017, pp. 133-168.

<sup>65</sup> Por ej., los casos *Irlanda c. Reino Unido* (1978) –donde dijo que su jurisprudencia contribuye al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados parte–, *Marckx c. Bélgica* (1979) –donde señaló que los efectos de sus sentencias se extienden más allá del caso concreto– y *Loizidou c. Turquía* (1995) –que se refirió al Convenio como el “instrumento constitucional del orden público europeo”.

importante en décadas”<sup>66</sup>. Este mecanismo, implementado por primera vez en el caso *Broniowski c. Polonia*<sup>67</sup>, implica que a través de la sentencia que resuelve un asunto, el Tribunal intenta que sus efectos de reparación se propaguen a otros conflictos idénticos, pendientes aún de resolución. Las sentencias piloto han contribuido a reforzar tanto la autoridad interpretativa del TEDH, como la ejecución de sus decisiones<sup>68</sup>.

Al panorama anterior se suman en la actualidad las opiniones consultivas introducidas por el *Protocolo n° 16*<sup>69</sup>, que en un futuro no muy lejano podrían sellar la suerte de una eventual aplicación del control de convencionalidad en Europa. Este protocolo permite a los Estados que lo hayan ratificado elevar consultas al TEDH sobre el alcance de los derechos del Convenio Europeo, a través de solicitudes enviadas por los tribunales de mayor jerarquía. Hasta el momento, se han solicitado cinco opiniones consultivas, de las cuales dos han sido ya contestadas –Francia, sobre maternidad subrogada, y Armenia, sobre principio de legalidad penal–, dos han sido aceptadas a trámite y una ha sido inadmitida<sup>70</sup>. Hay que agregar que, de acuerdo al art. 5 del protocolo, estas consultas no tienen efectos vinculantes para los Estados.

La implementación de las opiniones consultivas tiene como propósito reforzar el diálogo judicial entre Estrasburgo y los tribunales nacionales, al estilo de la cuestión prejudicial del Tribunal de Justicia de la UE. En palabras de IZQUIERDO SANS, “su objetivo es unificar la interpretación que hacen, de determinadas normas internacionales, tribunales nacionales y el tribunal supranacional encargado de garantizar su cumplimiento”<sup>71</sup>. Por su parte, GARCÍA ROCA lo califica como una suerte de *nuevas cuestiones de inconventionalidad*, al hacer el paralelismo con la cuestión prejudicial del DUE y con la cuestión de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional<sup>72</sup>. Confía en que su implementación contribuirá a reforzar la dimensión objetiva y cuasi-constitucional TEDH, a la vez que podría reconducir buena parte de las quejas individuales “a un control de convencionalidad concentrado de las leyes”, disminuyendo el flujo de demandas individuales<sup>73</sup>. Según se dijo, este proceso parece fortalecer la figura de los jueces nacionales en la formación de un Derecho común europeo y en la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, cabe señalar que España aún no ha ratificado este procedimiento, y todo parece indicar que tampoco lo hará en el corto plazo<sup>74</sup>.

---

<sup>66</sup> GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 187.

<sup>67</sup> TEDH, caso *Broniowski c. Polonia*, sentencia de 22 de julio de 2004.

<sup>68</sup> GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 193.

<sup>69</sup> Protocolo Adicional N° 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 2 de octubre de 2013.

<sup>70</sup> Información que figura en el propio sitio web del TEDH: <https://www.echr.coe.int/>

<sup>71</sup> IZQUIERDO SANS, *op. cit.*, p. 79.

<sup>72</sup> GARCÍA ROCA, *op. cit.*, p. 60.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>74</sup> Véase MONTESINOS PADILLA, C. “Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH» Parte II: ¿Por qué no ratifica España el Protocolo 16?”, *blog IberICONnect*, 2021, 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>

### III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Si bien el control de convencionalidad es un mecanismo de Derecho interno –y como tal, cada Estado determina la forma concreta de implementarlo–, su función y su justificación están esencialmente determinados por el Derecho internacional. En este sentido, se lo podría definir como pura aplicación del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno, como una proyección del primero sobre el segundo. En este sentido, el presente apartado examina los aspectos más relevantes de la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho español. En primer lugar, se hace referencia a la posición normativa de los tratados internacionales en España, así como al posible conflicto con el Derecho interno. En segundo lugar, se analiza la interpretación conforme del art. 10.2 CE para luego, en tercer lugar, referir brevemente al deber de observancia que prevé el art. 29 LTOAI. En cuarto lugar, se examina el rol del Tribunal Constitucional y del juez ordinario en la aplicación de los tratados y de la jurisprudencia internacionales. Por último, se refiere a la cuestión de inconstitucionalidad y al control de la constitucionalidad de los tratados por parte del TC. El estudio de este apartado dará un panorama general que permitirá luego analizar la conveniencia y adecuación del enclave interno del control de convencionalidad.

#### 1. La posición normativa de los tratados internacionales y el conflicto con el Derecho interno

A diferencia de otros textos constitucionales, la Constitución española de 1978 no contiene una norma que especifique directamente la posición que ocupan los tratados internacionales en el Derecho interno. Sin embargo, el art. 96.1 CE dispone que los tratados válidamente celebrados y publicados oficialmente “formarán parte del ordenamiento interno”. Más allá de las diversas lecturas sobre el tipo de sistema que establece el orden constitucional –un sistema monista<sup>75</sup>, monista moderado<sup>76</sup> o dualista moderado<sup>77</sup>–, aquel precepto implica que el Derecho interno debe ser aplicado e interpretado de conformidad con el Derecho internacional<sup>78</sup>. Ya hacia finales de los ochenta, REMIRO BROTONS señalaba que el art. 96.1 CE estipula la recepción inmediata y la aplicación directa de los tratados en el Derecho español, siempre que tengan carácter *self-executing*<sup>79</sup>. Hoy, REMIRO lidera la amplia y mayoritaria posición que se aparta de la

---

<sup>75</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A. *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008, p. 195.

<sup>76</sup> CASANOVAS, O./RODRIGO, A. *Compendio de Derecho Internacional*, Tecnos, Madrid, 9º edición, 2020, p. 155 y Díez de Velasco, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 18º edición, 2013, p. 248 y ss.

<sup>77</sup> PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 24º edición, 2020, p. 185, que lo califica de “dualista, moderado y razonable”.

<sup>78</sup> ESPÓSITO, “El Derecho Español de las Relaciones Exteriores”, *op. cit.*, p. 297.

<sup>79</sup> REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional Público*, vol. 2, Tecnos, Madrid, 1987, p. 265 y ss.

discusión sobre la jerarquía o supremacía de los tratados y postula su *aplicación preferente* en el Derecho interno<sup>80</sup>.

La postura de la aplicación preferente se ha visto reforzada por la sanción de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (LTOAI), que incluyó esta regla en forma expresa. Así, el art. 31 LTOAI dispone que las normas contenidas en los tratados internacionales debidamente celebrados y publicados “prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”. DÍEZ-HOCHLEITNER sostiene que este precepto recoge la interpretación que ya se venía efectuando incluso antes de la sanción de la Constitución, basada especialmente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es decir, ante la contradicción entre ley y tratado, el legislador prevé en que el efecto será “el desplazamiento de la norma nacional contraria (ya sea anterior o posterior) en favor de la aplicación directa del tratado”<sup>81</sup>. Por su parte, el Tribunal Constitucional ha resuelto la relación entre tratado y ley mediante una remisión al juez ordinario. En la STC 28/1991, declaró que el art. 96.1 CE dota a los tratados de “fuerza pasiva”, por lo que cualquier contradicción con otras normas no es una cuestión que afecte su constitucionalidad y, por ende, queda fuera de su competencia. Asimismo, señaló que en todo caso será un problema de selección del derecho aplicable al caso concreto y que su resolución corresponderá a los órganos judiciales que conozcan en el respectivo proceso<sup>82</sup>, doctrina se mantiene hasta nuestros días.

Por el contrario, una posición minoritaria que encabeza JIMENA QUESADA entiende que el art. 96.1 CE establece que los tratados tienen una jerarquía superior a las leyes, especialmente en materia de derechos humanos<sup>83</sup>. JIMENA critica a la doctrina mayoritaria por no hacer una interpretación sistemática de las normas de la Constitución, en especial a la luz de la Convención de Viena. Cuestiona también que, para fundar esta postura, la doctrina se base en forma exclusiva en la ausencia de una disposición constitucional que determine de manera expresa el rango normativo que ocupan los tratados. Esta posición,

---

<sup>80</sup> REMIRO BROTONS, A. *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 401-403. En igual sentido, DÍEZ-HOCHLEITNER, J. “Comentarios al artículo 30.1”, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P./DÍEZ-HOCHLEITNER, J./MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 576-578 –quien habla de la aplicación preferente de los tratados respecto de cualquier norma interna, excepto la Constitución –; CASANOVAS/RODRIGO, p. 155-158 –quien, a pesar de calificar el sistema como monista moderado, enfatiza la importancia crucial de la aplicación preferente–; PASTOR RIDRUEJO, *op. cit.*, p. 185; ROLDÁN BARBERO, J. “Comentarios al artículo 32”, en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA Y OTROS, *op. cit.*, p. 594; AGUADO, C. “Singularidades de fuentes del Derecho en la nueva Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales”, RUBIO LLORENTE, F. (ed.), *La Constitución política de España. Estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 37-39.

<sup>81</sup> Añade que el art. 31 LTOAI confirma que “la primacía de los tratados en el ordenamiento español opera del mismo modo que la primacía del Derecho de la UE”, de acuerdo a los alcances planteados por el TJUE en el caso *Simmenthal*. Véase DÍEZ-HOCHLEITNER, *op. cit.*, p. 582.

<sup>82</sup> STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5. Luego reiteró esta doctrina en la STC 140/2018, según se verá.

<sup>83</sup> JIMENA QUESADA, L. “Control de convencionalidad y tutela multinivel de derechos: una cuestión de voluntad doctrinal y jurisprudencial”, GOIZUETA, J./CIENFUEGOS, M. (dirs.), *La eficacia de los derechos fundamentales de la UE*, Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 112-113.

según se verá, es uno de sus argumentos principales para avalar el control de convencionalidad en el Derecho español.

Además, cabe resaltar que, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes –en especial, en América Latina<sup>84</sup>–, los tratados internacionales –en general– no integran el denominado *bloque de constitucionalidad*<sup>85</sup>. Es la doctrina que mantiene el Tribunal Constitucional a partir de la STC 49/1988, de 22 de marzo, donde declaró que no le correspondía decidir sobre una eventual contradicción entre una ley y un acuerdo con la Santa Sede, ya que no podía considerarse vulnerado el art. 96.1 CE<sup>86</sup>. Luego, en la STC 87/2000, de 27 de marzo, dijo que la selección e interpretación de las normas aplicables corresponde a la jurisdicción ordinaria, “aun cuando se trate de la interpretación de lo dispuesto en los Tratados internacionales o de la posible contradicción entre estos y las leyes u otras disposiciones normativas posteriores”<sup>87</sup>. No obstante, los tratados de derechos humanos cobran una importancia fundamental en el Derecho interno, mediante la cláusula del art. 10.2 CE, que prevé la interpretación conforme.

## 2. La interpretación conforme al Derecho internacional de los derechos humanos del artículo 10.2 CE

Para desentrañar el alcance del control de convencionalidad en el Derecho español, antes hay que entender de qué manera se interpreta el Derecho interno a la luz del orden internacional. El puente entre ambos ordenamientos se encuentra en el art. 10.2 CE, norma que obliga a todos los poderes públicos del Estado a realizar una interpretación conforme al Derecho internacional de los derechos humanos<sup>88</sup>. Dice REMIRO que “la *interpretación conforme del Derecho interno al Derecho Internacional del que trae causa se impone naturalmente*”, en tanto se exige ya por la primacía de sus normas y obligaciones internacionales o por la regla internacional del cumplimiento de buena fe<sup>89</sup>. Su sentido es el de “adecuar la actuación de los intérpretes constitucionales a los contenidos de aquellos tratados, que poseen así una nueva y singular eficacia”<sup>90</sup>. Se trata de una cláusula de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos, una suerte de *puente* que conecta el Derecho interno con el internacional. Esto provoca una

---

<sup>84</sup> Véase URUEÑA, *op. cit.*, p. 568. Son los casos, por ejemplo, de Argentina –que mediante la reforma constitucional de 1994 lo incorporó en el art. 75 inc. 22– y de Colombia, donde el bloque de constitucionalidad está previsto en el art. 93 de la Constitución.

<sup>85</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ define el “bloque de constitucional español” como el conjunto de normas internas que “actúan como parámetro de constitucionalidad y que son utilizadas por el juez constitucional en su labor de control de ajuste entre las disposiciones infraconstitucionales y el texto de la Constitución”. Véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. “Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después”, *Revista Estudios de Deusto*, nº 54-1, 2006, p. 69.

<sup>86</sup> STC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14.

<sup>87</sup> STC 87/2000, de 27 de marzo, FJ 5.

<sup>88</sup> Art. 10.2 CE: “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”.

<sup>89</sup> REMIRO BROTONS, *op. cit.*, 2010, p. 386 –destacado en el original–.

<sup>90</sup> SAIZ ARNAIZ, A. Comentario al artículo 10.2 CE”, CASAS, M. E./RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (eds.). *Comentarios a la Constitución*, Tomo 1, BOE, Madrid, 2018, p. 231.

interrelación entre ambos órdenes jurídicos, ya que los órganos públicos interpretan los derechos constitucionales de conformidad con las normas y estándares internacionales en la materia<sup>91</sup>. Lo anterior significa que el Derecho constitucional español ha pasado “de influir a ser influido”<sup>92</sup>.

Sobre el alcance de este mandato, señala SAIZ que se refiere “a la conformidad como compatibilidad o ausencia de contradicción, pero no a la plena identidad o conformidad en sentido fuerte”<sup>93</sup>. QUERALT JIMÉNEZ llega a la misma conclusión, que deriva de tres argumentos: los alcances de la cláusula de no limitación de derechos del art. 53 CEDH<sup>94</sup>, la posición jerárquica del Tribunal Constitucional en el sistema constitucional español<sup>95</sup> y el carácter de obligación de resultado de la interpretación conforme. Sostiene que lo relevante de este mandato “reside en que efectivamente los Tribunales compatibilicen sus argumentaciones sobre derechos fundamentales con el alcance que deriva del canon europeo, sin que sea necesario explicitar, esto es, hacer referencia expresa a aquel precepto del CEDH o a la jurisprudencia del TEDH que le han llevado a decantarse por una determinada interpretación”<sup>96</sup>. En su aplicación, SAIZ le asigna al intérprete un margen de discrecionalidad distinto, en función de si el instrumento internacional que se utilice como referencia tenga asociado o no un órgano de tipo jurisdiccional encargado de su interpretación. Si carece de uno, su margen interpretativo será bastante amplio. En cambio, cuando un órgano internacional fija los alcances de los derechos establecidos en un tratado, la discrecionalidad se reduce a su mínimo. En estos casos, el intérprete nacional estará obligado a considerar el sentido y alcance dado por el TEDH –en el caso del CEDH–, o por el Comité –si se trata del Pacto Internacional–, etc.<sup>97</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional no parece limitar la utilización de los tratados de derechos humanos para efectuar esta interpretación conforme. Así, ha señalado que el intérprete puede acudir a cualquier instrumento internacional que, de uno u otro modo, afecte la materia interpretada<sup>98</sup>. El único límite será que los tratados internacionales hayan sido ratificados por España, salvo aquellos que por su naturaleza no sean susceptibles de ratificación, como la propia Declaración Universal. Sin embargo, según se explica en el apartado que sigue, la jurisdicción ordinaria se encuentra fuertemente restringida por la

---

<sup>91</sup> QUERALT JIMÉNEZ, *op. cit.*, 2008, p. 197.

<sup>92</sup> SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, 2018, p. 232.

<sup>93</sup> SAIZ ARNAIZ, A. “La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución española)”, BANDEIRA, G./URUEÑA, R./TORRES, A. (coord.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, Red Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p. 48, disponible en [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/pmdh\\_manual.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/docs/pmdh_manual.pdf)

<sup>94</sup> Art. 53 CEDH: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

<sup>95</sup> *Ex arts.* 123.1 CE *in fine*, 161.1 b) CE y 1 LOTC.

<sup>96</sup> QUERALT JIMENEZ, *op. cit.*, 2008, p. 200.

<sup>97</sup> SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, 2013, pp. 51-52.

<sup>98</sup> Véase STC 31/2018, de 10 de abril, donde declaró que “es obligado interpretar el contenido de los derechos fundamentales de conformidad con lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España” (FJ 4).

interpretación de la jurisdicción constitucional, lo que podría poner en aprietos a la primera en caso de tener buenas razones para aplicar un criterio interpretativo distinto, basado precisamente en el orden internacional.

### **3. El art. 29 LTOAI: deber de observancia del Derecho internacional**

El mandato de los órganos públicos de efectuar una interpretación conforme *ex art.* 10.2 CE viene a reforzarse con lo dispuesto por el art. 29 LTOAI, el cual establece que “[t]odos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados”. Se trata, ni más ni menos, del desarrollo legislativo interno de las obligaciones previstas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; el principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados –*pacta sunt servanda*– que prevé el art. 26 CVDT, así como la imposibilidad de alegar disposiciones de Derecho interno para incumplir con las obligaciones internacionales, del art. 27 CVDT. La norma contiene una doble prescripción: quién es el responsable de respetar los tratados internacionales de los que España es parte, por un lado, y quién debe velar por el respeto de esa obligación<sup>99</sup>. De esta forma, el deber de observancia y respeto del orden internacional recae sobre todos los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo, judicial) y en todos los niveles territoriales de competencia (estatal, autonómico, provincial, local)<sup>100</sup>. Aún así, existe una vinculación especial de los jueces y tribunales, que se encuentran particularmente obligados a tener en cuenta el Derecho internacional de los derechos humanos. Según se explicará luego, esta norma tiene una gran importancia para la aplicación del control de convencionalidad en el Derecho español.

### **4. El Tribunal Constitucional y el juez ordinario frente a la jurisprudencia del TEDH**

El mandato de interpretación conforme se dirige a todos los órganos públicos, pero tiene especial relevancia entre los operadores judiciales, tanto de la jurisdicción ordinaria como de la constitucional. Sin embargo, cierta evidencia sugiere que el sistema constitucional español no le otorga al juez ordinario un margen demasiado amplio para tal interpretación. En primer lugar, la doctrina admite que el Tribunal Constitucional no está sometido inexcusablemente a la jurisprudencia del Tribunal Europeo. Se argumenta que lo contrario significaría subvertir su condición como supremo intérprete de la constitución –resultado del sistema de control concentrado– para pasar a ser una instancia jerárquicamente sometida a Estrasburgo<sup>101</sup>. En esta conclusión está patente la idea dominante de que el TEDH no es un tribunal constitucional europeo, al menos de momento. Por el contrario, su función de tutela subjetiva –dar solución al caso concreto– tiene todavía un peso específico mayor, lo que no le permite –como sí hace la Corte IDH– imponer su doctrina convencional.

---

<sup>99</sup> CARDONA LLORENS, J. “Comentarios al artículo 30.1”, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA Y OTROS, *op. cit.*, p. 521.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 524 y ss.

<sup>101</sup> Véase SAIZ ARNAIZ, *op. cit.*, 2013, p. 50.

A nivel interno, se dice que “la tarea del Tribunal Constitucional es hacer prevalecer –a efectos internos– la Constitución española sobre el Convenio Europeo y, por lo tanto, tiene que proteger la interpretación que juzga correcta de los derechos fundamentales de la Constitución española frente a la jurisprudencia de Estrasburgo”<sup>102</sup>. Además, según la doctrina del TC los tratados o la jurisprudencia internacional no constituyen parámetro de constitucionalidad de las normas internas, por no integrar el bloque de constitucionalidad. Este panorama podría generar ciertos problemas a la jurisdicción ordinaria al poner en práctica la interpretación conforme. Por un lado, el juez ordinario está obligado a interpretar la norma interna de acuerdo con el Derecho internacional, *ex art. 10.2 CE*. Pero por otro lado, el sistema de fuentes y la centralidad del sistema constitucional le obligan también a acatar la interpretación del TC. Entonces, ¿qué puede hacer el juez ordinario para conciliar ambas obligaciones?

FERRERES COMELLA señala que el juez ordinario también es guardián de la Constitución, por lo que le compete una parte importante de esa tarea. Sin embargo, en un modelo centralizado, la jurisdicción ordinaria no puede hacer “correcciones” o “modificaciones” de las leyes, esto es, “hacer decir a la ley lo que nadie razonablemente podría entender que dice, pues eso sería equivalente a inaplicar la ley en su versión original y reemplazarla por otra”<sup>103</sup>. Tales correcciones son competencia exclusiva del Tribunal Constitucional, al declarar una ley inconstitucional. Tampoco considera propicio que los jueces ordinarios puedan controlar la aplicación de las normas internas a la luz de las decisiones del Tribunal Europeo. Defiende, a fin de cuentas, el rol centralizado del TC en el Derecho español como máximo interprete constitucional, incluso respecto de la aplicación de la jurisprudencia de Estrasburgo. FERRERES se pregunta: “¿Qué sentido tiene crear un tribunal constitucional y atribuirle el monopolio de control de las leyes bajo el catálogo *nacional* de derechos fundamentales, si luego otorgamos a todos los jueces ordinarios el poder de controlar esas mismas leyes bajo el catálogo  *europeo* de derechos humanos?”<sup>104</sup>. No obstante, parece obviar la creciente importancia del orden internacional en la materia.

Con una mirada distinta, JIMENA QUESADA critica la forma en que el Tribunal Constitucional aplica la jurisprudencia de Estrasburgo. Le reprocha no tomarla como verdadera fuente del Derecho –de carácter vinculante–, sino como un mero complemento –de integración voluntaria– del sistema de fuentes<sup>105</sup>. De esta manera, si la jurisdicción ordinaria adopta incondicionalmente el sentido de la doctrina del TC –*ex art. 5 LOPJ*–, al final no hace una aplicación *directa* de la jurisprudencia internacional, sino *a partir* de la interpretación del constitucional. El autor ve que tales extremos explican, en gran medida, el poco éxito que ha tenido el control de convencionalidad en España. La mecánica del Tribunal Constitucional parece confirmar esta conjetura. Si bien en la mayoría de los

---

<sup>102</sup> FERRERES COMELLA, “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos. Algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”, MARC CARRILLO, M./LÓPEZ BOFILL, H. (coord.) *La Constitución europea: actas del III Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2006, p. 75.

<sup>103</sup> FERRERES COMELLA, V. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 172-173.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 208 –destacado en el original–.

<sup>105</sup> JIMENA QUESADA, *op. cit.*, 2014, p. 151 y ss.

casos aplica la jurisprudencia de Estrasburgo –por ejemplo, para interpretar un determinado derecho fundamental–, en otros introduce el *varapalo constitucional* de una interpretación –llamémosle– doméstica. Es decir, se comporta como un *intermediador* entre la jurisprudencia internacional y los jueces nacionales<sup>106</sup>.

No puede obviarse que, desde el punto de vista de la aplicación del Derecho internacional y el cumplimiento de los derechos humanos, la utilización que hace el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia de los tribunales internacionales puede valorarse como muy positiva. Sin embargo, esta *intermediación* podría generar que el TC haga una interpretación *in malam partem* de la doctrina de Estrasburgo<sup>107</sup>. En estos casos, ¿debe prevalecer, de todas formas, una interpretación constitucional –doméstica– de los derechos humanos por sobre una interpretación convencional –internacional–? De existir esa interpretación, ¿deben los jueces ordinarios acatarla siempre o pueden separarse de ella? Y si aún no existe tal interpretación, ¿debe el juez ordinario crearla directamente, a partir de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia del TEDH? No obstante, estas preguntas también podrían formularse en sentido contrario, y presentar las mismas dificultades. ¿Qué hace suponer que la instancia internacional dará una interpretación más “garantista” que la sede nacional? Puede que sea frecuente, pero no será necesariamente así. La reciente sentencia de Estrasburgo que avaló las denominadas “devoluciones en caliente” de dos ciudadanos extranjeros que habían intentado ingresar en territorio español, por citar tan solo un ejemplo, podría persuadir de lo contrario<sup>108</sup>.

## 5. La cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional

El art. 163 CE establece que “[c]uando 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 (...)”. Se trata de la denominada *cuestión de inconstitucionalidad*, que implica la facultad de jueces y tribunales ordinarios de elevar una consulta al TC sobre la constitucionalidad de una norma, incertidumbre que debe resultar dirimente en la resolución de la causa y de la que dependa el fallo. Señala JIMÉNEZ SÁNCHEZ que la sumisión del juez o magistrado al imperio de la Ley –ex art. 117.1 CE– no significa “una subordinación ciega o acrítica”, por lo que su valoración crítica del caso puede derivar en esa duda constitucional, que el juez ordinario solventará mediante esta consulta a la jurisdicción constitucional<sup>109</sup>. En cuanto a su fundamento, el propio TC ha dicho que la depuración continua del ordenamiento jurídico, desde el punto de vista de la constitucionalidad de las leyes, requiere “de una colaboración necesaria entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional”<sup>110</sup>.

<sup>106</sup> En el mismo sentido, GARCÍA ROCA/QUERALT JIMÉNEZ, *op. cit.*, 2019, p. 706.

<sup>107</sup> Algunas sentencias recientes en materia de libertad de expresión, como la STC 190/2020, de 15 de diciembre, parecen ir en contra de la jurisprudencia del TEDH.

<sup>108</sup> TEDH, caso *N.D. y N.T. c. España*, sentencia (Gran Sala) de 13 de febrero de 2020.

<sup>109</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. “Comentarios al artículo 163 CE”, CASAS, M. E./RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (eds.), *Comentarios a la Constitución*, Tomo 2, BOE, Madrid, 2018, p. 1797.

<sup>110</sup> STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1.

Sobre la legitimación para interponer la cuestión de inconstitucionalidad, solamente los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial y el propio TC –la llamada “autocuestión”, a través de sus Salas o Secciones– pueden plantearla. Es decir, se trata de una prerrogativa del órgano judicial, no de las partes ni de ninguna otra institución o persona, más allá de que ostente un interés legítimo en el proceso y que pueda ser oída durante el trámite<sup>111</sup>. Una vez elevada, el TC deberá decidir sobre su admisión o inadmisión y, de ser admitida –trámite de por medio–, resolverá por sentencia sobre la conformidad o disconformidad con la Constitución de la norma cuestionada. A partir de este juicio, el órgano judicial quedará vinculado por la interpretación constitucional. El parámetro de constitucionalidad serán las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, que –según quedó dicho– no incluye a los tratados internacionales.

En lo que aquí interesa, este procedimiento constitucional tiene una gran relevancia para reforzar el diálogo entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional en materia de derechos fundamentales. Sin embargo, según se dijo, si tanto los tratados como la interpretación de los órganos judiciales de protección quedan fuera del canon de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional terminará imponiendo su interpretación. Esto no deja mucho margen al juez ordinario para decidir, por ejemplo, en caso de conflicto entre el orden interno y el internacional. Precisamente, luego de la STC 140/2018, subsisten algunas dudas sobre la manera de compatibilizar el ejercicio de la cuestión de inconstitucionalidad y del control de convencionalidad, según se verá.

## **6. El control de constitucionalidad de los tratados internacionales**

En el Derecho español, los tratados internacionales se encuentran subordinados a la Constitución, aunque –como quedó dicho– no en términos de validez sino de aplicación en el Derecho interno. Según la doctrina, esta subordinación se desprende precisamente del doble control de constitucionalidad que puede hacer el Tribunal Constitucional: el control preventivo –*ex art. 95 CE*–, y el control posterior, por razones intrínsecas o formales –*ex art. 27.2 LOTC*–<sup>112</sup>. El control previo tiene como misión, en palabras del propio TC, asegurarle “la doble tarea de preservar la Constitución y de garantizar al mismo tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional”<sup>113</sup>. Se ha calificado también como un “vehículo facilitador de un concepto de *constitucionalismo útil* para resolver problemas políticos de calibre constitucional”<sup>114</sup>.

El elenco de tratados que puede ser objeto del control del TC es amplio, que incluye a los que requieren autorización parlamentaria como aquellos que no –según la distinción que hace el art. 94– así como aquellos vinculados con el Derecho de la Unión Europea (DUE) –*ex art. 93 CE*–. El único extremo que deberá respetarse es que –más allá de la denominación– constituya un convenio o tratado expresivos de un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el Derecho internacional, conforme lo

---

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 1801 y ss.

<sup>112</sup> Díez-Hochleitner, *op. cit.*, p. 576.

<sup>113</sup> DTC 1/1992, de 1º de julio, FJ 1.

<sup>114</sup> Pulido Quecedo, M. “Comentarios al artículo 95 CE”, Casas/Rodríguez-Piñero, *op. cit.*, p. 339.

dispone el art. 2.1 CVDT<sup>115</sup>. La decisión del TC tiene forma de sentencia –aunque se denomina declaración– y tiene efectos jurídicos vinculantes. De confirmarse la duda constitucional, el Tratado no puede ser objeto de ratificación sin la revisión constitucional previa. El Tribunal Constitucional ha emitido estas declaraciones solamente en dos oportunidades, por medio de las DDT 1/1992 –en relación con el derecho al sufragio pasivo de los ciudadanos europeos a las elecciones locales y al Parlamento Europeo establecido en el Tratado de Maastricht– y 1/2004 –sobre la constitucionalidad del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa–.

En cuanto al parámetro de control, según la misma DDT 1/1992 “[s]u examen debe ceñirse al contraste entre la Constitución, en cualquiera de sus enunciados, y la estipulación o estipulaciones del tratado que hayan sido sometidas a control previo”, más la utilización del bloque de constitucionalidad para tal fin es harto discutida<sup>116</sup>. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES se inclina por la respuesta afirmativa, al aclarar que el parámetro de examen será la Constitución “entendida como bloque de constitucionalidad”, que incluye la doctrina del TC y la interpretación conforme del art. 10.2 CE<sup>117</sup>. Esto resulta tan interesante como paradójico, ya que el análisis previo de la constitucionalidad de un tratado podrá hacerse siguiendo lo previsto por otros instrumentos internacionales ratificados por España, así como –de ser el caso– la interpretación de los respectivos órganos jurisdiccionales o de control. Por último, otro debate ha tenido como epicentro la posibilidad de un control constitucional de los tratados, no ya en su carácter de acuerdos internacionales, sino como normas primarias, es decir, como normas internas con “rango de ley” –ex art. 161.1.a CE–. Así, en la STC 38/2007, de 15 de febrero, el TC parece sugerir como válida esa posibilidad, aunque con efectos limitados, ya que de acuerdo con el límite del art. 96.1 CE, la eventual declaración de inconstitucionalidad no podrá tener efectos invalidantes, pues se trata de dos ordenamientos jurídicos distintos –el interno y el internacional–<sup>118</sup>.

#### IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL

##### 1. El prólogo de una importación constitucional: la doctrina española frente al control de convencionalidad

Según se dijo, la doctrina internacionalista en España se ha interesado largamente por el conflicto entre el Derecho internacional y el Derecho interno, materia que late en la esencia misma del control de convencionalidad. Sin embargo, el desarrollo académico

---

<sup>115</sup> En principio, quedan excluidos los denominados acuerdos internacionales administrativos y los acuerdos internacionales no normativos, previstos en la LTOAI, aunque si se plantea la cuestión, le tocará al TC dilucidar tal posibilidad. Véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “Comentarios al artículo 19”, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA Y OTROS, *op. cit.*, p. 383.

<sup>116</sup> PULIDO QUECEDO, *op. cit.*, p. 343.

<sup>117</sup> MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, p. 382.

<sup>118</sup> STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 3.

dedicado específicamente a estudiar este mecanismo ha sido más bien escaso<sup>119</sup>. Por el contrario, la doctrina constitucionalista ha mostrado durante la última década un gran interés por el tema. Estos estudios académicos sobre la eventual aplicación de un control de convencionalidad en España fueron una suerte de prólogo de lo que luego declaró el Tribunal Constitucional en la STC 140/2018. Así, antes de esta sentencia, podían distinguirse dos posiciones: quienes proponían que este control quedara en manos del Tribunal Constitucional, por un lado, y quienes bregaban por un control de convencionalidad a cargo de jueces y tribunales ordinarios, por otro. De más está decir que esta última fue la postura que prevaleció en la interpretación constitucional. Más aún, según se explica más adelante, ciertos indicios sugieren que algunos de los argumentos presentados por los autores podrían haber tenido una influencia muy importante en la fundamentación que empleó el TC en aquella sentencia.

La primera posición entiende que el control de convencionalidad en España debería estar a cargo del Tribunal Constitucional. En este sentido, antes de la STC 140/2018, CANOSA USERA presentaba una serie de reparos a un control en manos de jueces y tribunales ordinarios, que fundaba principalmente en el modelo concentrado de constitucionalidad del Derecho español<sup>120</sup>. Por un lado, entiende que habilitar este control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria trastocaría completamente la operatividad de la interpretación conforme del art. 10.2 CE. Observa que este mecanismo le ha permitido al Tribunal Constitucional realizar una suerte de “control concentrado de convencionalidad indirecto”, al adoptar la interpretación de Estrasburgo para fijar el alcance de los derechos fundamentales. Por otro lado, estima que si el juez tiene un mandato constitucional que lo obliga a aplicar las leyes –*ex art. 117.1 CE*–, hacer lo contrario lograría sólo menoscabar el imperio de la ley y el prestigio del parlamento<sup>121</sup>. Por su parte, FERRERES COMELLA defiende la tesis de que en Europa se debe preservar el rol central de los tribunales constitucionales, contraria a un eventual control difuso de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria<sup>122</sup>. Sostiene que establecer tal control puede afectar seriamente la seguridad jurídica, por la disparidad de conclusiones a las que podrían arribar jueces ordinarios e instancias superiores. Además, en su opinión, los

---

<sup>119</sup> La excepción la constituye un artículo de JIMÉNEZ GARCÍA, que sobrevuela algunos aspectos del funcionamiento del mecanismo en España. Véase JIMÉNEZ GARCÍA, F. “El control de convencionalidad del Derecho internacional de los derechos humanos en el sistema jurisdiccional español: hacia un orden global e integrado de protección”, HERMIDA, C./SANTOS, J. (coords.), *Una filosofía del Derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Congreso de los Diputados-URJC, Madrid, 2015, pp. 1403-1417.

<sup>120</sup> CANOSA USERA, R. *El control de convencionalidad*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 116-118, donde funda estos cuestionamientos en los argumentos que plantea Ferreres Comella, explicados luego.

<sup>121</sup> Añade que cuando no exista un órgano internacional encargado de la interpretación del tratado, el juez sería “amo de la interpretación”. Esta situación generaría –según su lectura– dos sistemas paralelos de control de normas con valor de ley: el concentrado en el Tribunal Constitucional y el difuso que coronaría al Tribunal Supremo como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria –*ibidem*, pp. 119-120–.

<sup>122</sup> FERRERES COMELLA, *op. cit.*, 2011, pp. 219-220. Señala puntualmente que “[t]anto la seguridad jurídica como los principios democráticos, según he argumentado, presionan a favor de un sistema centralizado de control de las leyes a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos (...) deberíamos mostrarnos escépticos ante los intentos de introducir un sistema muy descentralizado para proteger las normas de origen supranacional”.

valores democráticos de Europa desaconsejan aplicar un control de convencionalidad en manos del juez ordinario<sup>123</sup>.

En el otro extremo se ubican quienes, más cercanos al modelo interamericano, entienden que el control de convencionalidad en España debe quedar a cargo de los jueces y tribunales ordinarios. JIMENA QUESADA es tal vez el principal impulsor de esta posición, a la que ha referido en forma insistente y a través de las más diversas publicaciones<sup>124</sup>. Así, no ve inconvenientes en que el juez ordinario pueda inaplicar una norma interna –no declarada inconstitucional–, en caso de conflicto con las disposiciones de un tratado o con su interpretación por los respectivos órganos internacionales<sup>125</sup>. Su postura se asienta principalmente sobre dos argumentos: la jerarquía de los tratados y la aplicación extensiva del principio de primacía del Derecho de la Unión. Sobre lo primero, ya quedó dicho que interpreta que los tratados tienen una posición de jerarquía por encima de las leyes. Sobre lo segundo, propone extender por analogía la aplicación del principio de primacía del DUE a los tratados internacionales en general<sup>126</sup>. En sintonía con la jurisprudencia de la Corte IDH, JIMENA le asigna al control de convencionalidad en el Derecho español un papel fundamental para la protección de los derechos humanos<sup>127</sup>. En idéntico sentido, los estudios de Derecho constitucional comparado encabezados por GARCÍA ROCA van por el mismo camino, al señalar que el control de convencionalidad es un resultado inevitable en el sistema europeo<sup>128</sup>. En un paralelismo con el control interamericano, le asignan idéntica función, cual es la adecuación de los estándares domésticos a los estándares mínimos convencionales<sup>129</sup>. Propician, así, la obligación de los órganos

<sup>123</sup> En su argumentación, entiende que, si el parlamento sanciona una ley que vulnere los derechos establecidos en el CEDH, “debería abrirse el foro especial que se ha instaurado en el plano doméstico para discutir asuntos constitucionales”, ya que “la mayoría gubernamental debería poder ofrecer su punto de vista y defender la ley frente al reproche de que viola el Convenio”. Precisamente, en Europa ese foro lo constituyen –en general– los tribunales constitucionales, que tienen el rol de proteger los derechos fundamentales y actuar de contrapeso dialógico al TEDH –*ibidem*, p. 215–.

<sup>124</sup> Así, su primer trabajo sobre el tema fue publicado hace más de una década. Véase JIMENA QUESADA, L. “El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 15-1, 2010, pp. 41-74.

<sup>125</sup> JIMENA QUESADA, *op. cit.*, 2014, pp. 118-119.

<sup>126</sup> Véase JIMENA QUESADA, *op. cit.*, 2013, p. 130 y ss. Señala que esta obligación de primacía, más allá de haber sido establecida en el ámbito del DUE por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, viene impuesta por la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados.

<sup>127</sup> El control de convencionalidad juega –según JIMENA– un papel de *pasarela*, para un funcionamiento fluido de los diversos mecanismos que contribuyen a la protección multinivel de los derechos humanos.

<sup>128</sup> Muchos de los trabajos de este grupo de investigación están reunidos en la obra de GARCÍA ROCA/CARMONA CUENCA *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, *op. cit.*, donde pueden verse especialmente los apartados de GARCÍA ROCA/NOGUEIRA ALCALÁ, *op. cit.*, pp. 77-79, –quienes ponen como ejemplo la doctrina del caso *Parot*, en el cual la Audiencia Nacional española concluyó que había *cosa interpretada* y extendió los efectos de la sentencia del caso *Del Río Prada* a otras personas en la misma situación–, y de FERRER MAC-GREGOR, E./QUERALT JIMÉNEZ, A. “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?”, pp. 133-168.

<sup>129</sup> Véase FERRER MAC-GREGOR/QUERALT JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 160. Destacan que “en Europa el control de convencionalidad del Derecho nacional se ha vertebrado mediante una interpretación conforme más que por la inaplicación”. Esta interpretación conforme sería la otra cara de una misma moneda, es decir, el *equivalente europeo* del control de convencionalidad.

estatales de compatibilizar sus normas, prácticas y decisiones judiciales con los estándares internacionales que fija el TEDH.

## **2. El Tribunal Constitucional reconoce el control de convencionalidad en el Derecho español: STC 140/2018, de 20 de diciembre**

Más allá de que una sentencia anterior ya había dejado algún rastro de que el control de convencionalidad se debatía puertas adentro del Tribunal Constitucional<sup>130</sup>, la STC 140/2018 resultó inesperada y en cierta medida sorprendente. El recurso de inconstitucionalidad había sido interpuesto en relación con la última reforma de la jurisdicción universal en España, con argumentos bastante diversos. En el fundamento jurídico sexto, la sentencia desarrolló la alegada vulneración del art. 96 CE<sup>131</sup> y declaró que el control de convencionalidad en el Derecho español es una *mera regla de selección de Derecho aplicable*, que le corresponde a la jurisdicción ordinaria y que le está vedada a la propia jurisdicción constitucional. Puntualmente, declaró que:

“[I]a constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley *no supone un juicio sobre la validez de la norma interna*, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de *determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto*, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario (...) El 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”<sup>132</sup>.

Los fundamentos del Tribunal –aunque escueta y un tanto confusa– pueden resumirse en cuatro puntos. En primer lugar, reiteró su interpretación del art. 96 CE sobre la *posición normativa de los tratados internacionales en el Derecho español*. Como se dijo antes, esta doctrina no les atribuye una posición de jerarquía sobre las leyes, sino que impone una regla de desplazamiento por parte del tratado respecto de la norma interna anterior, y la imposibilidad legal del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores. En segundo lugar, aplicó la doctrina que excluye a los tratados internacionales como *canon para el enjuiciamiento de la adecuación constitucional de las leyes* –STC 49/1988–. En tercer lugar, precisó que la determinación de la norma aplicable al caso concreto –que definió como el control de convencionalidad– es una *cuestión de legalidad*

---

<sup>130</sup> En 2015, el voto particular concurrente del Magistrado Xiol Ríos en la STC 270/2015, de 17 de diciembre –al que adhirieron la Magistrada Asua Batarrita y el Magistrado Valdés Dal-Ré–, exhortó a que la jurisdicción constitucional se pronunciara en forma inminente sobre el control de convencionalidad, y que sopesara los problemas derivados de su negativa a hacerlo.

<sup>131</sup> En el FJ 6, se lee lo siguiente: “[e]xpresado en otros términos, los recurrentes plantean ante este Tribunal la formalización del control de convencionalidad de la norma interna, exigiendo un pronunciamiento preliminar sobre la viabilidad de dicho control que los recurrentes asocian a la aplicación del artículo 96.1 CE”.

<sup>132</sup> STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6 –destacado propio–.

que no le corresponde resolver al TC, sino a los jueces y tribunales ordinarios, *ex art.* 117.3 CE. Por último, recurrió al *principio de prevalencia* y a su posición sobre la inaplicación de normas internas cuando estén en contradicción con normas Derecho de la Unión. Citó la doctrina de la STC 118/2016, donde declaró que la jurisdicción ordinaria es competente para controlar las eventuales contradicciones entre una norma foral y los tratados o normas comunitarias<sup>133</sup>.

Sobre los efectos del control de convencionalidad, el Tribunal declaró que el juez ordinario podrá desplazar la aplicación de una “norma interna con rango de ley” para aplicar de modo preferente la disposición contenido en un tratado, sin que ello signifique la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico. En otras palabras, en sintonía con la aplicación preferente de los tratados internacionales, la sentencia atribuyó al mecanismo únicamente el efecto de *inaplicar* una norma interna, pero no de invalidarla<sup>134</sup>. Por último, la sentencia añadió que el TC podrá revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios por la vía del amparo constitucional, *ex art.* 24.1 CE. En resumen, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el control de convencionalidad es la siguiente: *i)* Es un medio más que tienen a su alcance los jueces y tribunales españoles para seleccionar la norma aplicable, en los casos de disyuntiva entre una norma interna y una internacional; *ii)* Su ejercicio corresponde sólo a la jurisdicción ordinaria, ya que se trata de una cuestión de legalidad ordinaria; *iii)* Si la norma interna no resulta compatible con el tratado, el juez sólo podrá inaplicarla, nunca invalidarla; *iv)* al TC no le corresponde efectuar el control de convencionalidad, ya que ejerce el control de constitucionalidad, pero sí puede controlar luego la selección de la norma aplicable, por la vía del amparo constitucional.

### 3. Algunos problemas derivados de la doctrina constitucional de la STC 140/2018

Uno de los puntos más destacables de la sentencia es que reconoce por primera vez y en forma expresa que el control de convencionalidad tiene plena aplicación en el Derecho español<sup>135</sup>. El Tribunal parece seguir una posición prácticamente idéntica a la de JIMENA QUESADA, quien propiciaba un control a cargo de jueces y tribunales ordinarios. Es interesante también que, por primera vez en su historia, el Tribunal Constitucional cita una sentencia de la Corte Interamericana, particularmente el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, aunque no queda del todo claro cuál es el valor que le asigna<sup>136</sup>. No obstante, la

---

<sup>133</sup> STC 118/2016, de 23 de junio, FJ 3.

<sup>134</sup> Señaló que “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” (FJ 6).

<sup>135</sup> En igual sentido JIMENA QUESADA, L. “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 53, 2019, p. 434; y ALONSO GARCÍA, R. “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 119, 2020, p. 20.

<sup>136</sup> La sentencia señaló que 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*) (...) Nuestro texto constitucional no contiene previsión

caracterización del control de convencionalidad que hace la sentencia, su fundamentación y algunas omisiones generan varias dudas sobre esta nueva doctrina constitucional.

#### A) EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO MERA SELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE

A mi juicio, la principal deficiencia de la doctrina que introduce la sentencia es haber definido el control de convencionalidad como una “mera regla de selección de derecho aplicable”<sup>137</sup>. No obstante dedicarle un abundante párrafo para explicar los alcances del control de convencionalidad interamericano –aunque limitado solo al caso *Almonacid*–, la definición que el TC hace del mecanismo lo desnaturaliza casi por completo. Su interpretación sugiere que, al resolver casos complejos –como los que involucran derechos fundamentales–, el juez ordinario debe limitarse a cumplir dos pasos: analizar si corresponde aplicar la norma interna o la internacional y, sin más, aplicarla. Esta caracterización del control de convencionalidad se muestra insuficiente, ya que parece errado pensar que para abordar este tipo de casos, bastará emplear un simple mecanismo binario de selección y aplicación normativa. Es cierto que en algunas situaciones la cuestión podrá zanjarse de esa forma, pero en gran parte de los casos tal operación no alcanzará. En su mayoría, los conflictos en materia de derechos humanos son esencialmente complejos.

En este sentido, como bien apunta LAPORTA, las normas que recogen tales derechos han sido dotadas de cierta vaguedad premeditada o intencional, son de textura abierta. Esto quiere decir que algunas definiciones jurídicas pueden tener un significado amplio, con múltiples interpretaciones posibles. Esto demandará del juez un razonamiento interpretativo de las normas en juego, en el que además será esencial una exposición argumentativa de las razones que lo llevaron a esa solución<sup>138</sup>. Por ejemplo, la Corte IDH ha indicado que para efectuar el control de convencionalidad, los órganos estatales deben examinar, interpretar, ponderar la norma o el acto jurídico interno respecto de los instrumentos internacionales y la propia jurisprudencia del tribunal. Esto último conduce necesariamente al análisis de otro aspecto de la sentencia, el alcance de la interpretación conforme.

#### B) ¿INTERPRETACIÓN CONFORME COMO EFECTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

---

expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen dicho control de convencionalidad (...) 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” –STC 140/2018, FJ 6–. ALONSO GARCÍA –*op. cit.*, p. 22– califica la referencia como una incursión “poco afortunada”.

<sup>137</sup> ALONSO GARCÍA también critica este punto de la sentencia, pero por argumentos distintos. Entiende que la contradicción entre una norma internacional y una norma interna no ha de resolverse, en todos los casos, en términos de selección de norma aplicable. Pero entiende, en primer lugar, que tal incompatibilidad podría obligar al juez ordinario a plantear cuestión de inconstitucionalidad. En segundo lugar, la norma interna podría ser un reglamento, y en ese caso –según su posición– el juez contencioso-administrativo estaría facultado para depurarla. Véase ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 32-36.

<sup>138</sup> LAPORTA, F. *El imperio de la ley. Una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 187-188.

La sentencia no vincula el ejercicio del control de convencionalidad con el mandato de interpretación conforme del art. 10.2 CE. Tampoco aclara de qué manera se articularía aquella “selección de la norma aplicable” con esta obligación de interpretación. Esta omisión llama la atención porque –según se dijo– es difícil pensar el ejercicio de este mecanismo sin que medie el 10.2 CE. Según se señaló, la propia doctrina del TC le asigna a la interpretación conforme una posición fundamental e ineludible para todos los órganos públicos. Además, esta característica es compartida por el control de convencionalidad interamericano, que tiene en la interpretación conforme uno de sus efectos más extendidos. Cabe preguntarse, entonces, si la aplicación del control de convencionalidad en el Derecho español también tiene como resultado que el juez ordinario decida aplicar la norma interna, pero atribuyéndole el sentido dado por el Derecho internacional. A pesar de la omisión de la sentencia, varios argumentos convencen por la respuesta afirmativa.

En primer lugar, cabe recordar que el mandato interpretativo del 10.2 CE se dirige a todos los poderes públicos, es decir, también incumbe a los jueces y tribunales ordinarios. La norma –de acuerdo con la doctrina constitucional– obliga al juez que interpreta cuestiones relacionadas con derechos fundamentales, a tomar en consideración el Derecho internacional. Esto también incluiría, en principio, la doctrina de los órganos internacionales, como es la jurisprudencia del TEDH<sup>139</sup>. En segundo lugar, como se precisó, las normas de derechos humanos –por su textura abierta– requieren un ejercicio de interpretación y ponderación. En esta tarea, es imprescindible acudir a las interpretaciones de los respectivos órganos internacionales. Si el control de convencionalidad significa, en esencia, la aplicación del Derecho internacional, la operación debe implicar necesariamente una interpretación conforme. Esto no significa –bajo ningún concepto– que deba tomarse a rajatablas el sentido de la jurisprudencia internacional, en todos los casos. Su aplicación estará limitada por el principio *favor libertatis* o *pro persona*, es decir, por la interpretación más favorable al pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales<sup>140</sup>. Por último, el art. 29 LTOAI, que establece la obligación de respeto y cumplimiento de los tratados internacionales por los poderes públicos españoles, también convence en el mismo sentido.

### C) ÓRGANOS ENCARGADOS DE EFECTUAR EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La sentencia tampoco aclara si el control de convencionalidad en el Derecho español está a cargo únicamente de los jueces y tribunales ordinarios o si, por el contrario, también incumbe a otros órganos estatales. El Tribunal Constitucional parece decantarse por la primera alternativa, ya que no refiere a otro órgano más que al poder judicial. En este punto, la jurisprudencia interamericana es mucho más amplia. Además de los órganos judiciales –aunque de todos los niveles e instancias–, la Corte IDH también impone esta

---

<sup>139</sup> Con las limitaciones apuntadas en el apartado III punto 3, referidas al modo de proceder del TC frente a la jurisprudencia del TEDH.

<sup>140</sup> Véase SALVIOLI, F. “La perspectiva *pro persona* como método hermenéutico para la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, GARRO CARRERA, E. (coord.) y LANDA GOROSTIZA, J. (dir.), *Retos emergentes de los Derechos Humanos: ¿Garantías en peligro?*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2019, pp. 31-42.

obligación al constituyente, al legislador y a las administraciones públicas. En este sentido, el Consejo de Estado español parece atribuirse una suerte de control de convencionalidad pre-legislativo, mediante el que realiza un examen de compatibilidad de un anteproyecto de ley respecto del Derecho Comunitario y el Derecho internacional<sup>141</sup>. Se dice que en el ámbito del Derecho administrativo, “en la medida en que la eficacia directa de un tratado supone también su invocabilidad ante los jueces y tribunales en los litigios frente a las Administraciones públicas, éstas deberían inaplicar toda ley contraria a un tratado internacional”<sup>142</sup>. Además, si el art. 10.2 CE obliga a todos los poderes públicos a realizar una interpretación conforme, y el art. 29 LTOAI vincula también a todos los órganos del Estado, no sería descabellado pensar en algún tipo de control de convencionalidad también en manos de otros órganos estatales.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha rechazado la posibilidad de ejercer el control de convencionalidad, aceptando únicamente controlar esa selección del Derecho aplicable por la vía del amparo. Esta doctrina parece tener sentido mientras subsista su posición de que los tratados internacionales –al igual que la jurisprudencia internacional– no pueden ser parámetros de constitucionalidad. Sin embargo, ciertos autores –con argumentos muy contundentes– impulsan en Europa –cada vez con más fuerza– una tutela multinivel mucho más integrada, en la que el papel de los tribunales constitucionales no se limite al control de constitucionalidad sino también al de convencionalidad<sup>143</sup>. Las experiencias de Derecho comparado europeo que se analizaron parecen dirigirse hacia esa misma dirección. Esto implicaría que el TC modifique su doctrina actual e incorpore a los tratados y a la interpretación de los órganos internacionales de control, como parámetros válidos para examinar la compatibilidad del Derecho interno. ¿No es, en cierta forma, lo que ya hace el Tribunal Constitucional cuando emplea la interpretación conforme del art. 10.2 CE? Ejemplos en ese sentido abundan. También podría pensarse el control de la constitucionalidad de los tratados internacionales –*ex* art. 95 CE– como una especie de control previo de convencionalidad. Es cierto que, en este caso, un órgano estatal –el TC– analiza apriorísticamente una eventual incompatibilidad de las disposiciones de un tratado con el orden constitucional. Sin embargo, si el resultado de dicho examen fuese positivo, se requerirá una adaptación del Derecho interno, por ejemplo, una reforma constitucional. Precisamente eso fue lo que el Tribunal decidió en la DTC 1/1992, de 1º de julio.

#### D) PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD POR EL JUEZ ORDINARIO

---

<sup>141</sup> En la Memoria Anual de 1997, el Consejo de Estado sostuvo: “Al examinar los anteproyectos legislativos, el Consejo de Estado realiza además lo que se ha venido llamando ‘control de convencionalidad’. Es enteramente aplicable aquí la conclusión a la que ha llegado la doctrina francesa respecto a su *Conseil D’État*: desde que es consultado de un anteproyecto de ley, el Consejo de Estado debe sistemáticamente plantearse la cuestión de saber si ese proyecto es compatible con el Derecho Comunitario y el Derecho Internacional”. Véase JIMENA QUESADA, *op. cit.*, 2014, p. 122.

<sup>142</sup> DIEZ-HOCHLEITNER, *op. cit.*, p. 583.

<sup>143</sup> GARCÍA ROCA pone de resalto que “ (...) existen recelos en algunos tribunales constitucionales, celos de su jerarquía, y temerosos de que se devalúen sus pronunciamientos en las jurisdicciones nacionales y su –supuesto– monopolio de control de la constitucionalidad de las leyes”, lo que ve difícil de entender “en un escenario en red donde nadie tiene un monopolio interpretativo y tampoco de revisión de las leyes”. Véase GARCÍA ROCA, *op. cit.*, pp. 61-62.

Al referirse al efecto de inaplicar normas internas cuando estén en contradicción con las disposiciones de un tratado, la sentencia no aclara si el juez ordinario puede plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, *ex arts.* 163 CE y 29.1.b LOTC. De acuerdo a la actual doctrina constitucional, esta omisión no debería sorprender. Si los tratados y la jurisprudencia internacionales no constituyen parámetro para determinar la validez constitucional de las normas internas, resultaría inútil elevar cuestión de inconstitucionalidad invocando tal motivo. Sin embargo, si el sentido principal de la cuestión es la colaboración necesaria entre los órganos del Poder Judicial y el TC en su función de depurar el ordenamiento jurídico<sup>144</sup>, no parece atinado descartar de plano que el juez ordinario retenga esa posibilidad.

Cierto sector de la doctrina señala la inconveniencia de negar esa vía constitucional a la jurisdicción ordinaria, ya que podría ser útil completar el examen de compatibilidad que hace el juez entre la norma interna y el tratado internacional<sup>145</sup>. Así lo entiende FONDEVILA MARÓN, quien señala que luego de efectuar el control de convencionalidad, al juez le queda llevar a cabo el control de constitucionalidad, que puede desembocar en un juicio positivo de constitucionalidad o –si tal juicio resulta negativo– en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. De esta manera, “debe hacerse en este orden para poder complementar el control de convencionalidad y de constitucionalidad, en el sentido de poder interpretar la Constitución de acuerdo con la norma internacional, cuando ello sea posible”<sup>146</sup>. Por su parte, ALONSO GARCÍA no observa que la sentencia haya declarado o siquiera insinuado que la jurisdicción ordinaria no pueda interponer la cuestión de inconstitucionalidad. Precisa que, de producirse esa doble vulneración –ley y tratado–, “el juez ordinario sigue estando obligado, en tales supuestos, a respetar plenamente nuestro sistema de fuentes y de justicia constitucional, y, en consecuencia (de llegar a la conclusión de que existe la infracción constitucional), a plantear la cuestión de inconstitucionalidad”<sup>147</sup>.

#### E) APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PREVALENCIA COMO FUNDAMENTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Por último, la aplicación que hace la sentencia del principio de prevalencia respecto de normas de derecho comunitario derivado también merece un breve comentario. Da la impresión de que en este aspecto se siguió lo que proponía JIMENA QUESADA, quien planteaba extender la aplicación de la primacía del DUE al resto de los tratados y, de esa manera, justificar la obligatoriedad del ejercicio del control de convencionalidad por el juez ordinario<sup>148</sup>. Sin embargo, dos razones sugieren que esta aplicación analógica de la sentencia puede ser equivocada. En primer lugar, porque se trata de sistemas jurídicos distintos, con bases jurídicas también diferentes. Aún cuando el Derecho de la Unión se

---

<sup>144</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 1797.

<sup>145</sup> En contra, Díez-Hochleitner, *op. cit.*, p. 583.

<sup>146</sup> FONDEVILA MARÓN, M. “El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles: a propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 23-2, 2019, p. 454.

<sup>147</sup> ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 44.

<sup>148</sup> Véase el punto 1 de este mismo apartado.

haya construido sobre la base de una serie de tratados internacionales, luego de una larga evolución, constituye en la actualidad un verdadero ordenamiento jurídico autónomo<sup>149</sup>. Así, en la DTC 1/2004, el Tribunal Constitucional declaró que la primacía del DUE “no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones”<sup>150</sup>.

En segundo lugar, el control de convencionalidad se ha diferenciado claramente del examen de compatibilidad que hacen los órganos internos respecto del Derecho comunitario, esto es, del *control de comunitariedad*<sup>151</sup> o *control de europeidad*<sup>152</sup>, según sus distintas denominaciones. Además, el principio de primacía fue impuesto por la jurisprudencia del TJUE –en especial, a partir del caso *Simmenthal*<sup>153</sup>–, que ha exigido a los jueces nacionales aplicar prioritariamente las normas comunitarias y, en caso de duda, elevar cuestión prejudicial<sup>154</sup>. En cambio, más allá de los esfuerzos de ciertos sectores doctrinarios, ni el CEDH ni la jurisprudencia de Estrasburgo imponen directamente esa obligación, sino que su exigencia es – como se señaló – más bien tibia. Con esto no quiero significar que las normas y estándares internacionales en materia de derechos humanos no tengan una aplicación preferente en el Derecho español. La tienen, según quedó aclarado antes, pero por razones distintas a las apuntadas en la sentencia, que en este aspecto parece enturbiar la fundamentación del control de convencionalidad. Por último, algunas consecuencias de este panorama confuso pueden observarse en una sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que refiere al control de convencionalidad en la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>155</sup>.

---

<sup>149</sup> Así lo calificó el TJUE en el caso *Costa c. ENEL*, sentencia de 15 de julio de 1964. Véase MANGAS MARTÍN, A./LIÑÁN NOGUERAS, D. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 324-325. No obstante, el alcance y valor del Derecho internacional general en el Derecho de la Unión Europea es un tema que todavía es objeto de arduo debate. Los autores reconocen que el problema “proviene fundamentalmente de una cierta indefinición misma del sistema de la Unión y no de errores conceptuales de la doctrina”, y lo califican como un tema aún no resuelto –p. 356–.

<sup>150</sup> DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4. En idéntico sentido, ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 36-37, quien señala que las normas internacionales no se encuentran en una posición análoga a la que ocupan las normas de la Unión Europea respecto del Derecho interno. Precisa que, si bien el efecto prevalente de la aplicación de ambas normas –comunitarias e internacionales– sea equivalente, se distingue por su fundamento constitucional y por otras razones de índole judicial, como la cuestión prejudicial del DUE.

<sup>151</sup> CANOSA USERA, *op. cit.*, p. 49.

<sup>152</sup> ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 38.

<sup>153</sup> TJUE, caso *Simmenthal* (asunto 106/1977), sentencia de 9 de marzo de 1978.

<sup>154</sup> Véase CANOSA USERA, *op. cit.*, p. 115, quien señala que “[e]n ningún caso puede entenderse que un control de comunitariedad concluyese en la inaplicación de la norma nacional por infracción de los artículos 93 y 96 [de la Constitución], sino por vulneración de una norma superior del Derecho comunitario, es decir, se haría valer la primacía. De ahí la lógica y utilidad de la cuestión prejudicial comunitaria”.

<sup>155</sup> Audiencia Provincial de Pontevedra, sentencia nº 87/2019, de 22 febrero, FJ 2.

#### 4. Marco normativo para aplicar el control de convencionalidad en España

Luego del análisis precedente, y ante un panorama jurídico bastante incierto, cabe preguntarse cuál sería el *marco normativo interno* más adecuado para aplicar el control de convencionalidad en el Derecho español. En mi opinión, dicho marco interno se compone por dos tipos de normas: las constitucionales y las legales. En relación con las primeras, el TC toma como punto de partida el art. 96.1 CE, mediante el cual se otorga preeminencia a los tratados internacionales respecto del Derecho interno, pero no en términos de jerarquía sino de aplicación preferente. Sin embargo, en materia de derechos fundamentales, esta preferencia se refuerza como una verdadera obligación de los órganos estatales a través del mandato interpretación conforme, *ex* art. 10.2 CE<sup>156</sup>. Si bien la STC 140/2018 omite referirse a esta norma, según la propia doctrina constitucional del TC se trata de una pauta ineludible. Por tanto, el art. 10. 2 CE tendrá una importancia cardinal como fundamento normativo del control de convencionalidad en relación con el Derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, se debe añadir el art. 163 CE sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC, que –según se dijo– viene a completar las posibilidades del juez ordinario.

En cuanto a las normas legales, se señaló que el art. 31 LTOAI confirma la regla de aplicación preferente de los tratados sobre cualquier otra norma interna, excepto la Constitución. Esta norma se complementa con el art. 30.1 LTOAI, que prevé la aplicabilidad directa de los tratados internacionales en España, siempre que sean *self-executing*<sup>157</sup>. Pero además de estos preceptos, la pertinencia del art. 29 LTOAI para efectuar el control de convencionalidad resulta indiscutible. Si bien la STC 140/2018 omite vincular a la LTOAI con el control de convencionalidad, tiene mucho sentido que el mecanismo encuentre su fundamento legal en los preceptos mencionados, en especial este último. Así parece deslizarlo ALONSO GARCÍA, aunque de manera poco enfática. El autor hace esta mención para criticar la incursión del TC en la jurisprudencia de la Corte IDH, en un intento por distinguir el novel control de convencionalidad español respecto del interamericano<sup>158</sup>.

En resumen, el marco normativo para aplicar control de convencionalidad en el Derecho español puede estructurarse de la siguiente manera: a nivel constitucional, en los arts. 96.1 CE –aplicación de los tratados–, 10.2 CE –interpretación conforme– y 163 CE –cuestión de inconstitucionalidad–, y a nivel legal en los arts. 29 LTOAI –deber de observancia–, 30.1 LTOAI –aplicación directa de los tratados– y 31 LTOAI –preferencia aplicativa– LTOAI. Más allá de las diferencias sistémicas ya discutidas, puede comprobarse que el contenido de estas normas es muy similar al fundamento normativo

<sup>156</sup> Véase Díez-Hochleitner, *op. cit.*, p. 558, el cual habla de “eficacia reforzada”.

<sup>157</sup> Art. 30.1 LTOAI: “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”.

<sup>158</sup> Puntualmente, sostiene que “la noción americana del control de convencionalidad se aproxima no tanto, aunque también, a la previsión del art. 31 [de la LTOAI] como de su art. 29 (...)”. Véase ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 22 y nota al pie 14.

que emplea la Corte IDH para el control de convencionalidad interamericano<sup>159</sup>. Es decir, un correlato de las obligaciones que el Derecho internacional impone a los Estados en materia de cumplimiento de los derechos humanos.

### **5. La aplicación concreta del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria: algunos casos**

Luego de la doctrina constitucional que inauguró la STC 140/2018, la jurisdicción ordinaria en España ha efectuado una aplicación bastante extendida del control de convencionalidad. Una primera aproximación empírica al respecto muestra que –desde su publicación hasta la actualidad– se han dictado veintisiete sentencias<sup>160</sup> en las que jueces y tribunales ordinarios han efectuado un control de convencionalidad<sup>161</sup>. Todas estas decisiones corresponden a la justicia social –laboral–, en expedientes que discutían asuntos tales como la extinción del contrato por absentismo laboral, subsidio de desempleo, el régimen del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, la concreción horaria de la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de niños y la prestación por riesgo durante la lactancia natural.

Algunas de estas sentencias, al aplicar el control de convencionalidad, concluyeron que la regulación interna era contraria al orden internacional y que, por lo tanto, debía inaplicarse. En este sentido cabe mencionar, por ejemplo, la serie jurisprudencial que inició el Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias con la sentencia n° 255/2019, replicada en diversas decisiones posteriores del mismo tribunal. En el caso se discutía la reducción horaria de la jornada laboral de la demandante debido al cuidado de un menor a su cargo, y su eventual compatibilidad con el Derecho internacional. El TSJ de Canarias efectuó un control de convencionalidad y consideró que la regulación laboral aplicable –

---

<sup>159</sup> Es decir, los arts. 27 y 31 CVDT y, a nivel interamericano, el art. 1.1 CADH –obligación de respeto y garantía de los derechos– y art. 2 CADH –obligación de adoptar disposiciones de Derecho interno–, a los que se suma el principio *pro persona* del art. 29.b CADH. Véase apartado II, punto 2.

<sup>160</sup> La metodología de este análisis se cumplió en dos etapas. La primera consistió en una búsqueda global en la base de datos de Aranzadi Instituciones (Thomson Reuters) bajo los siguientes parámetros: sentencias de la jurisdicción ordinaria, de cualquier instancia, que refirieran al término “control de convencionalidad” y/o a la STC 140/2018, en el período comprendido entre el 25 de enero de 2019 –fecha de publicación de esta sentencia en el “BOE”– y el 3 de mayo de 2021. Los resultados obtenidos arrojaron un total de cuarenta y seis decisiones. En la segunda etapa, cada sentencia fue analizada en forma individual para descartar aquellas en que la mención no se relacionaba con el fondo de la decisión, lo que arrojó el resultado final.

<sup>161</sup> Juzgado de lo Social (JS) de Palma de Mallorca, sentencias n° 324/2019, de 26 de julio, y n° 374/2019, de 6 de noviembre; Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Islas Baleares (Sala de lo Social), sentencia n° 412/2020 de 18 de noviembre; TSJ de Islas Canarias (Sala de lo Social), sentencias n° 255/2019 de 12 de marzo, n° 627/2019 de 7 de junio, n° 842/2019, de 31 de julio, n° 858/2019 de 27 de agosto, n° 14/2020 de 15 de enero, n° 243/2020 de 14 de febrero, n° 901/2020 de 16 de julio, n° 996/2020 de 1 de septiembre, n° 1179/2020 de 26 de octubre, n° 1339/2019 de 17 de diciembre, y n° 1404/2020 de 21 de diciembre; TSJ de Cataluña, (Sala de lo Social), sentencias n° 1877/2019 de 9 de abril, n° 274/2020 de 17 enero, n° 1142/2020 de 28 febrero, y n° 3497/2020 de 17 julio; TSJ Galicia (Sala de lo Social), sentencia de 26 de abril de 2019; JS n° 26 de Barcelona, sentencias de 28 julio de 2020, y de 31 julio de 2020; JS de Ponferrada, sentencia n° 94/2020 de 29 junio; JS de Badajoz, sentencia n° 478/2019, de 20 de diciembre; JS n° 2 de Madrid, autos n° 523/2019, sentencia de 21 de enero de 2020; TSJ de Madrid, (Sala de lo Social), sentencia n° 759/2020, de 15 de octubre; JS de Murcia, sentencia n° 102/2020, de 12 de junio; y TSJ del País Vasco (Sala de lo Social), sentencia n° 1317/2020 de 16 de octubre.

principalmente, el Estatuto de los Trabajadores (ET)– era contraria a lo dispuesto por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres (CEDAW), el Convenio nº 156 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Carta Social Europea (CSE), por lo que estimó el recurso<sup>162</sup>. De igual manera, la sentencia nº 412/2020 del TSJ de Islas Baleares efectuó un control de convencionalidad de ciertos preceptos del ET y declaró que resultaban incompatibles con lo dispuesto en el convenio nº 158 de la OIT<sup>163</sup>. De esta forma, hizo lugar a la petición y declaró improcedente los despidos de las demandantes, ordenando su reincorporación o el pago de las respectivas indemnizaciones.

Por su parte, la serie jurisprudencial que inició la sentencia nº 274/2020 del TSJ de Cataluña<sup>164</sup> merece una consideración especial. La decisión estimó el recurso de suplicación interpuesto y declaró que el art. 52 d) ET<sup>165</sup> resultaba contrario a diversas disposiciones de los Convenio nº 155 y nº 158 OIT, de la Carta Social Europea y de la CEDAW<sup>166</sup>. Lo interesante del caso es que el Tribunal Constitucional había declarado previamente la constitucionalidad de ese precepto en la STC 118/2019, de 16 de octubre<sup>167</sup>. Sin embargo, el TSJ de Cataluña consideró a esa declaración del TC como un mero *obiter dictum*, no vinculante, “por caer fuera de su competencia la realización del control de convencionalidad de dicha norma, que corresponde a la jurisdicción ordinaria”<sup>168</sup>. Resulta interesante que los fundamentos que emplea el TSJ para avalar este aspecto competencial se apoyan en el art. 27 de la Convención de Viena y en el art. 31 LTOAI, así como en jurisprudencia internacional y nacional –incluyendo la propia STC 140/2018–. De esta manera, la sentencia distinguió el examen de convencionalidad –en manos de la jurisdicción ordinaria– y el de constitucionalidad –a cargo de la justicia constitucional–, desplazando al TC en este ámbito. Así, enunció que “sin entrar en el juicio de constitucionalidad de dicha norma, la misma no resulta de aplicación al caso, puesto que de conformidad con el art.31 LTI, las normas convencionales deben prevalecer sobre el art.52d) ET en caso de conflicto”<sup>169</sup>. La sentencia mereció una severa crítica de ALONSO GARCÍA, por la infracción –a su juicio, grave y flagrante– de diversas normas que imponen al juez ordinario su plena sujeción a las decisiones del TC<sup>170</sup>.

Por último, otras dos sentencias de la jurisdicción ordinaria también son dignas de mención. En primer lugar, la sentencia nº 1665/2019 del TSJ de Castilla-La Mancha, la

<sup>162</sup> TSJ de Islas Canarias (Sala de lo Social), sentencia nº 255/2019 de 12 de marzo. Idéntica doctrina fue aplicada en otras seis sentencias dictadas luego por este mismo tribunal.

<sup>163</sup> TSJ de Islas Baleares (Sala de lo Social), sentencia nº 412/2020 de 18 de noviembre.

<sup>164</sup> TSJ de Cataluña (Sala de lo Social), sentencia nº 274/2020, de 17 enero.

<sup>165</sup> El art. 52 d) ET regulaba la extinción del contrato por causas objetivas, en casos de ausencias de corta duración, reiteradas y no consecutivas del trabajador derivadas de enfermedades intermitentes. La norma fue finalmente derogada por medio de Real Decreto-ley 4/2020, de 18 de febrero.

<sup>166</sup> Descartó, por otro lado, la vulneración de los arts. 2, 6, 8 y 14 del CEDH, pero examinó la jurisprudencia de Estrasburgo para tal examen.

<sup>167</sup> STC 118/2019, de 16 de octubre. Se trataba de una cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por un juzgado de lo social de Barcelona, que consultó sobre la constitucionalidad del art. 52 d) ET.

<sup>168</sup> TSJ de Cataluña, sentencia nº 274/2020, FJ 2.

<sup>169</sup> *Ibidem*, FJ 2.

<sup>170</sup> Véase ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 29, el cual refiere a los arts. 117.1 CE, 5.1 LOPJ, 4.1 y 40.2 LOTC.

cual se presenta como un buen contrapunto de la decisión del TSJ de Cataluña. La materia discutida era idéntica, es decir, la convencionalidad del art. 52 d) ET. Sin embargo, el TSJ rechazó efectuar un control de convencionalidad sobre esta norma, ya que consideró que no podía avanzar en sentido contrario a lo declarado por el Tribunal Constitucional en la STC 118/2019. En la decisión se dice que la Sala, a pesar de que “habría sido ontológicamente partidaria del contenido de los votos particulares [discrepantes], asume obviamente la decisión constitucional”<sup>171</sup>. En segundo lugar, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra –ya citada–, que refiere a un control de convencionalidad, pero en relación con el Derecho de la Unión, más precisamente la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>172</sup>. En este sentido, la referencia puede ser leída como un buen ejemplo de las confusiones que puede generar la fundamentación que emplea la STC 140/2018, que –recordemos– acude al principio de prevalencia de las normas de Derecho comunitario derivado.

## **V. REFLEXIONES FINALES: ¿ES EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD UNA IMPORTACIÓN DEFECTUOSA EN EL DERECHO ESPAÑOL?**

A modo de conclusión, cabe preguntarse si el control de convencionalidad constituye – en su configuración actual– una importación defectuosa en el Derecho español. Para ello refiero, por un lado, al valor o importancia intrínseca que tiene este mecanismo, desde una consideración global; y, por otro lado, a sus dificultades para incardinarse en el ordenamiento jurídico interno. En relación con el primer aspecto, en mi opinión no hay dudas sobre la utilidad y trascendencia que el control de convencionalidad tiene para el Derecho internacional de los derechos humanos. Tal como se señaló, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido de una importancia capital para mejorar la calidad institucional, social, política y económica en América Latina. No sólo ha forjado y expandido de manera notable el Derecho común latinoamericano, sino que también ha permitido mejorar los estándares de cumplimiento de los derechos fundamentales, transformándose en un pilar esencial del llamado *constitucionalismo transformador latinoamericano*<sup>173</sup>. Este extremo no es baladí, ya que se traduce en mayores niveles de acceso y goce de esos derechos, y una mejor calidad de vida de las personas. Incluso con aspectos por mejorar, el control de convencionalidad se erige como una herramienta fundamental en ese proceso transformador.

Ahora bien, ¿el control de convencionalidad es realmente necesario en otras latitudes como Europa o España? ¿Podría tener el mismo efecto que ha tenido en América Latina? Me inclino por una respuesta afirmativa. Más allá de las realidades diversas entre ambos sistemas, los mecanismos de garantía de derechos humanos pueden pensarse también desde el prisma de su rendimiento, es decir, reflexionando sobre su impacto como herramientas de transformación, incluso cuando ese impacto pueda ser potencial. Se podrá coincidir en que siempre habrá derechos por proteger, desde los elementales hasta

---

<sup>171</sup> TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social), sentencia nº 1665/2019, de 17 de diciembre, FJ 3.

<sup>172</sup> AP de Pontevedra, sentencia nº 87/2019, de 22 febrero, FJ 2.

<sup>173</sup> BOGDANDY, *op. cit.*, 2019, p. 25.

otros más complejos y que requerirán de nuevos medios para asegurar su cumplimiento. De la misma forma, las herramientas para alcanzar niveles dignos de tutela difícilmente se agoten. Así, el sistema del Tribunal Europeo estaría dando señales de un nuevo camino de cara a esa protección, con un sentido doble: un rol cuasi-constitucional del TEDH, por un lado, y un mayor protagonismo de los jueces nacionales, por otro. En este último punto, el ejercicio del control de convencionalidad por los tribunales nacionales en Francia, Holanda e Italia apuntan a ese cambio. En definitiva, el control de convencionalidad como mecanismo interno para proyectar el Derecho internacional y hacer cumplir los derechos humanos arroja un balance altamente positivo.

Sin embargo, lo anterior no implica aceptar necesariamente que este mecanismo –que tiene una ingeniería compleja y un largo recorrido–, se injerte sin reflexionar sobre la adecuación jurídica que su implementación requiere. A partir de la STC 140/2018, y de su aplicación por los jueces y tribunales ordinarios, no quedan dudas de que la importación del control de convencionalidad al Derecho español ya es un hecho. No obstante, subsisten algunas dudas acerca de si tal importación no ha sido un tanto precipitada. Si bien no puede negarse que existen ciertas bases jurídicas para su ejercicio, todo parece sugerir que aún no son lo suficientemente sólidas como para que esa implementación esté libre de varios inconvenientes. En la esfera internacional, a pesar del leve y tímido giro del Tribunal Europeo hacia un mayor peso de la dimensión de tutela objetiva, todavía no se alcanza una aplicación contundente del efecto de cosa interpretada. Si bien las nuevas opiniones consultivas del Protocolo nº 16 podrían reforzar ese nuevo rol cuasi-constitucional del TEDH, su valor no vinculante y la poca adhesión que ha logrado –España incluida– persuaden en sentido contrario. En la esfera interna, el Derecho español es bastante receptivo a la aplicación de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. El tándem ejecución directa y posición suprallegal de los tratados, junto con la interpretación conforme, aseguran un amplio cumplimiento. Pero la intermediación que hace el Tribunal Constitucional en la aplicación de los estándares internacionales y ciertos aspectos de su doctrina –como la exclusión de los tratados y de la jurisprudencia internacionales del bloque de constitucionalidad–, podrían traducirse en obstáculos internos para una implementación eficaz del control de convencionalidad.

Por último, la reciente caracterización de la STC 140/2018 sobre el control de convencionalidad ha empañado bastante el panorama. Es cierto que no puede soslayarse la importancia de que el Tribunal Constitucional haya reconocido por primera vez la existencia de este mecanismo, y que además se haya embarcado en una especie de diálogo judicial con la Corte Interamericana. Sin embargo, ni la conceptualización ni la fundamentación que utiliza la sentencia han sido de lo más adecuados. La justicia constitucional ha venido a coronar una importación defectuosa del control de convencionalidad en España. Las extensas discusiones que esta nueva doctrina constitucional ha generado, así como ciertos inconvenientes en su aplicación por la justicia ordinaria, convencen en ese sentido. Pero no creo que esto signifique descartar el control de convencionalidad en el Derecho español, sino todo lo contrario. Habrá que seguir contribuyendo en la reflexión y el debate, para lograr una implementación más robusta y contundente. Tal vez el camino por recorrer sea, aún, más largo de lo que parece.