

# EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: CINCO INTERROGANTES

## Conventionality Control: Five Issues

RICARDO ALONSO GARCÍA

Universidad Complutense

rag@der.ucm.es

### *Cómo citar/Citation*

Alonso García, R. (2020).

El control de convencionalidad: cinco interrogantes.

*Revista Española de Derecho Constitucional*, 119, 13-51.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.119.01>

### *Resumen*

El Tribunal Constitucional ha venido abiertamente a proclamar la competencia del juez ordinario para resolver los problemas de contradicción de las leyes con los tratados, asumiendo la prevalencia de estos sobre aquellas (control de convencionalidad). Tal doctrina suscita cinco interrogantes clave necesitados de aclaración para un correcto ejercicio del control de convencionalidad, sobre la base del máximo respeto hacia el sistema español de fuentes y de justicia constitucional.

### *Palabras clave*

Control de convencionalidad; control de europeidad; control de constitucionalidad; juez ordinario; Tribunal Constitucional; cuestión de inconstitucionalidad; cuestión prejudicial; Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### *Abstract*

The Spanish Constitutional Court has clearly proclaimed that it is within the powers of the Ordinary Judge the solution of compatibility problems concerning

Laws and International Treaties, giving primacy to the later (conventionality control). The said doctrine raises at least five main issues, which must be explored in order to serve of guidance for a correct exercise of the conventionality control by Judges, presided by highest respect for the Spanish rules governing the system of sources of law and the constitutional judicial system.

### **Keywords**

Conventionality control; European control by Spanish judges; constitutional control; ordinary judge; Constitutional Court; preliminary ruling on constitutionality; European preliminary ruling; European Court of Justice.

## SUMARIO

---

I. LA PROFUNDA TRANSFORMACIÓN DE LA POSICIÓN DEL JUEZ ORDINARIO FRENTE A LA LEY. II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA STC 140/2018, DE 20 DE DICIEMBRE: EL FJ 6 Y SUS DEFICIENCIAS. III. LAS PRIMERAS IMPRUDENCIAS: EL MAL EJEMPLO DE LA STJ DE CATALUÑA 274/2020, DE 17 DE ENERO, EN RELACIÓN CON EL DESPIDO POR ABSENTISMO LABORAL. IV. PRIMER INTERROGANTE: ¿SOBRE QUÉ NORMAS INTERNACIONALES Y QUÉ NORMAS INTERNAS SE PROYECTA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD? V. SEGUNDO INTERROGANTE: LA CONTRADICCIÓN ENTRE NORMA INTERNACIONAL Y NORMA INTERNA, ¿HA DE RESOLVERSE, POR DEFINICIÓN, EN TÉRMINOS DE SELECCIÓN DE NORMA APLICABLE? VI. TERCER INTERROGANTE: ¿SE ENCUENTRAN LAS NORMAS INTERNACIONALES EN UNA POSICIÓN ANÁLOGA A LA POSICIÓN DE LAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN SU RELACIÓN CON LAS NORMAS INTERNAS? VII. CUARTO INTERROGANTE: ¿TIENE EL JUEZ ORDINARIO LA ÚLTIMA PALABRA ACERCA DE LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA NORMA INTERNACIONAL Y LA NORMA INTERNA? VIII. QUINTO INTERROGANTE: ¿CÓMO DEBE COMPAGINARSE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CON EL DE CONSTITUCIONALIDAD? IX. A MODO DE CONCLUSIÓN. *BIBLIOGRAFÍA.*

---

### I. LA PROFUNDA TRANSFORMACIÓN DE LA POSICIÓN DEL JUEZ ORDINARIO FRENTE A LA LEY

Cuando terminé de cursar mis estudios en Derecho en la Complutense, allá por junio de 1985, mis conocimientos acerca de la posición del juez ordinario frente a la ley eran, en principio, bastante sencillos: sometimiento absoluto del juez a la ley, salvo cuestionamiento de esta, por motivos de inconstitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional.

La única matización a tal aserción derivaba de las leyes preconstitucionales, susceptibles de ser directamente inaplicadas por los jueces ordinarios sobre la base de su inconstitucionalidad sobrevenida, pues, como había declarado el TC en su Sentencia 4/1981, de 29 de abril, «así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las preconstitucionales los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad»; ello asumido, aclararía también el TC,

que «la declaración de inconstitucionalidad sobrevenida —y consiguiente derogación— efectuada por el Tribunal Constitucional tiene plenos efectos frente a todos»<sup>1</sup>.

Así las cosas, la posición del juez ordinario frente a la ley comenzó a sufrir una importante transformación a raíz de nuestro ingreso en las entonces Comunidades Europeas, efectivo a partir del 1 de enero de 1986<sup>2</sup>.

Como es sabido, dicho ingreso supuso no solo la recepción del derecho comunitario, sino también de la jurisprudencia emanada de su intérprete supremo, el Tribunal de Justicia. Y entre esa jurisprudencia ocupaban un lugar privilegiado los principios de primacía y de eficacia directa, así como su *modus operandi* de la mano de los jueces nacionales, en su condición de jueces europeos, en los términos sentados, en 1978, en el fallo mismo de la sentencia *Simmenthal*<sup>3</sup>:

Los Jueces nacionales encargados de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, están obligados a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que estén obligados a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o mediante otro procedimiento constitucional.

Tal *modus operandi*, recordado expresamente por el Tribunal de Justicia en 1989, en el marco de una de las primeras cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces españoles (asunto *Ford España*)<sup>4</sup>, sería asumido por el TC, pronta y también expresamente, en su Sentencia 28/1991, de 14 de febrero:

<sup>1</sup> «El criterio de la *lex posterior*», puntualizaría el TC, poco después, en su Sentencia 14/1981, de 29 de abril, «evitará planteamientos de cuestiones que puedan resolverse por la vía de la derogación afirmada en sede jurisdiccional, dejando la intervención del Tribunal Constitucional para aquellos supuestos en que la persistencia de interpretaciones contrarias a la Constitución o la dispersión de criterios reclamen una solución de alcance general, con los efectos que disponen los arts. 38.1, 39.1 y 40.2 de la LOTC».

<sup>2</sup> De «mutación constitucional» habla nuestro Consejo de Estado en su *Informe sobre modificaciones de la Constitución Española*, de 16 de febrero de 2006, pp. 75 y 113. Sobre las teorizaciones clásicas de la expresión y sus límites, puede verse Rollnert Liern (2014: 125 y ss.).

<sup>3</sup> STJCE de 9 de marzo de 1978 (106/77).

<sup>4</sup> STJCE de 11 de julio de 1989 (170/88).

En esa labor de los órganos judiciales ordinarios, en su caso mediatizada por el Tribunal de Justicia, ninguna intervención puede tener este Tribunal Constitucional a través de la cuestión de inconstitucionalidad que en su caso intentaran promover aquéllos, pues, tratándose de verificar únicamente la acomodación de una norma nacional a otra del Derecho comunitario europeo, la primacía de éste exige que sean sólo aquellos órganos los llamados a asegurar directamente la efectividad de tal Derecho. Así lo tiene declarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades en su Sentencia de 9 de marzo de 1978 (asunto Simmenthal), en la que, tras afirmar que resultaría «incompatible con las exigencias inherentes a la naturaleza misma del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica —legislativa, administrativa o judicial— que tuviera por efecto disminuir la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de no reconocer al Juez competente para aplicar este Derecho el poder de hacer, en el momento mismo de esta aplicación, todo lo necesario para descartar las disposiciones legislativas nacionales que eventualmente constituyen un obstáculo para la plena eficacia de las normas comunitarias», estima que «ese sería el caso si, en la hipótesis de contradicción entre una disposición del Derecho comunitario y una ley nacional posterior, la solución de este conflicto fuera reservada a una autoridad distinta del juez llamado a asegurar la aplicación del Derecho comunitario, investida de un poder de apreciación propio, incluso si el obstáculo que así resulta para la plena eficacia de este Derecho no fuera más que temporal».

Así quedó, pues, bien asentada por el TC, hace casi treinta años, la competencia del juez ordinario para inaplicar leyes por contrarias al derecho entonces comunitario, hoy de la Unión; competencia, además, de naturaleza plena, en el sentido de que, a diferencia de la del control de constitucionalidad de las leyes preconstitucionales, compartida entre el juez ordinario y el juez constitucional, esta de control de «europeidad» de las leyes, tanto anteriores como posteriores a nuestra adhesión, recaía, en términos exclusivos, en el juez ordinario (sin perjuicio, como se expondrá más adelante, del control último que más tarde se reservaría el TC, por la vía del recurso de amparo, «frente a inaplicaciones judiciales arbitrarias o insuficientemente fundadas de la ley española en nombre de la primacía del derecho comunitario europeo»)⁵.

A los hasta ahora referidos poderes del juez ordinario de inaplicación de leyes por contrarias a la Constitución y al derecho de la Unión se sumarán, a

---

<sup>5</sup> Sentencia 58/2004, de 19 de abril.

partir de 2016 (concretamente, de la STC 102/2016, de 25 de mayo)<sup>6</sup>, los de inaplicación de leyes autonómicas por contrarias a la legislación básica estatal en virtud del principio de prevalencia (art. 149.3 CE), en aquellos supuestos específicos en que el legislador autonómico, al desarrollar la legislación básica, reproduce la normativa estatal, y esta es posteriormente modificada en términos incompatibles con la legislación autonómica, sin que se produzca su correspondiente adaptación.

En tales supuestos, resume el Pleno del TC en su Auto 27/2019, de 9 de abril de 2019, «no resulta necesaria la declaración de inconstitucionalidad de la ley autonómica, sino que cabe su mera inaplicación, por haber sido desplazada por la norma estatal al amparo de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE».

Ello porque, continúa exponiendo el mencionado auto en su FJ 4:

[...] es el legislador autonómico el que debe acomodarse a la modificación de la legislación estatal básica; y si esa adaptación no se produce, «el operador jurídico primario, al que preferentemente van destinadas las normas, tiene que operar con la técnica del desplazamiento de una de las leyes en conflicto y no tiene legitimación para suscitar la cuestión de inconstitucionalidad» pues «otorgar preferencia a la legislación básica estatal es la solución lógica a una situación provocada por la propia Comunidad Autónoma que ha incumplido su deber de inmediata acomodación de su legislación de desarrollo a la nueva legislación básica», por lo que «es la solución que se corresponde con lo dispuesto en el art. 149.3 CE, que atribuye a las normas del Estado prevalencia sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas».

En definitiva, concluyó el auto reproduciendo la STC 102/2016,

[...] «este es uno de los casos en los que la aplicación del principio de prevalencia del derecho estatal no determina la derogación de la norma autonómica ni ha de conducir a su nulidad por inconstitucionalidad sobrevinida, sino que puede resolverse [...] inaplicando la ley autonómica por considerar prevalente la posterior legislación básica estatal. Supone el único resultado constitucionalmente respetuoso con la plenitud del ordenamiento jurídico (art. 149.3 CE), si el asunto no se hubiera judicializado, y es el único también al que en todo caso

<sup>6</sup> A la que seguirían las SSTC 116/2016, de 20 de junio, 127/2016, de 7 de julio, y 204/2016, de 1 de diciembre, todas ellas minuciosamente analizadas por Fernández Farreres (2017: 47 y ss.).

puede llegar el órgano judicial que conoce del mismo en vía contencioso-administrativa, tras el planteamiento y estimación de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal, la cual resulta por todo ello innecesaria». En definitiva, «esa prevalencia del derecho estatal debe jugar en tanto no haya sido puesta en duda la constitucionalidad de la legislación básica modificada, pues en tal caso el juez sí debería plantear cuestión de inconstitucionalidad, pero no sobre la legislación autonómica sino sobre la propia legislación básica posterior, si considerase que, efectivamente, concurrían las condiciones para ello».

Así las cosas, el control del juez ordinario sobre la ley en nuestro sistema jurídico se ha visto ampliado e intensificado con la STC 140/2018, de 20 de diciembre, en la que el TC ha venido a proclamar, de manera frontal y expresa, los poderes del juez ordinario para inaplicar leyes por contrarias a tratados internacionales.

## II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA STC 140/2018, DE 20 DE DICIEMBRE: EL FJ 6 Y SUS DEFICIENCIAS

Es cierto que ya existían en la jurisprudencia constitucional ciertas pistas acerca de la competencia exclusiva del juez ordinario para resolver los conflictos entre las leyes y los tratados internacionales, fundamentalmente a raíz de su Sentencia 49/1988, de 22 de marzo, en la que el TC declaró que «el examen de esta supuesta contradicción [entre ley y tratado] no corresponde a este Tribunal [...] ya que no puede considerarse vulnerado el artículo 96.1 de la Constitución».

Pero no menos cierto es que, en el momento de dictarse la Sentencia 140/2018, de 20 diciembre, tales pistas no dejaban de ser eso mismo, meras pistas<sup>7</sup>, sobre las que, como advirtiera justo tres años antes el magistrado Xiol Ríos en su voto particular<sup>8</sup> a la Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre, «este Tribunal, como máximo intérprete de la Constitución, deberá pronunciarse más fundadamente en algún momento».

De ahí que pueda sostenerse que la citada Sentencia 140/2018 (que, recordemos, resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados contra la Ley Orgánica 1/2014, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, relativa a la jurisdicción universal) pueda

<sup>7</sup> «Escaso bagaje» es la expresión utilizada por Andrés Sáenz de Santa María (2018: 366).

<sup>8</sup> Al que se adhirieron Asúa Batarrita y Valdés Dal-Ré.

considerarse como la primera en declarar, de manera abierta y ampliamente motivada en su FJ 6, que

[...] el análisis de convencionalidad [*i. e.*, de compatibilidad de las normas internas con las internacionales] que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso.

Expondré seguidamente la motivación sobre la que el TC fundamentó semejante conclusión. Y al hilo de la exposición, iré destacando las deficiencias de tal motivación, dejando para más adelante sus insuficiencias (o lo que es igual, los interrogantes que suscita).

Comenzó el TC por aclarar, en el ya mencionado FJ 6:

[...] la cuestión a resolver en esta sede no versa sobre la compatibilidad entre los tratados internacionales concernidos<sup>9</sup> y la regulación legal<sup>10</sup>, sino sobre la premisa de partida; esto es, sobre si el análisis de constitucionalidad puede o debe incluir un examen sobre la compatibilidad entre tratados y ley interna, y si ese eventual juicio puede derivar en la declaración de inconstitucionalidad de una ley interna por oposición a un tratado, sobre la base de la previsión contenida en el artículo 96 CE.

<sup>9</sup> Concretamente: el I Convenio de Ginebra, para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, el II Convenio de Ginebra, para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, el III Convenio de Ginebra, relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, y el IV Convenio de Ginebra de protección de personas civiles en tiempo de guerra (todos ellos de 12 de agosto de 1949); la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (de 10 de diciembre de 1984), y, finalmente, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (de 20 de diciembre de 2006).

<sup>10</sup> Concretamente, la nueva redacción del art. 23.4 LOPJ, apartados a), b) y c), derivada de la LO 1/2014 y restrictiva del ámbito de la jurisdicción universal previamente previsto en la LOPJ.

«Expresado en otros términos», ilustró el TC, «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» (según el cual, recordemos, «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional»).

Planteadas la cuestión que resolver en esos términos, el TC comenzó por traer a colación, recurriendo inusitadamente al derecho americano, la noción de «control de convencionalidad» construida a golpe de sentencia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Según argumentó el TC:

[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*)<sup>11</sup>, pronunciamiento en el que se establece que, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, sus jueces también están sometidos a dicho tratado, lo que les obliga a velar por que los efectos de sus disposiciones «no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos» y el tratado en cuestión, que en aquel pronunciamiento era la Convención Interamericana de Derechos Humanos<sup>12</sup>. Nuestro texto constitucional no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen dicho control de convencionalidad; y tampoco existe esta previsión en relación con el Tribunal Constitucional. Esta ausencia hace preciso verificar si, a pesar de esa constatación inicial, tal control tiene vinculación con algún precepto constitucional y

---

<sup>11</sup> La noción fue por primera aludida, exactamente, por Sergio García Ramírez, a la sazón, juez y, poco después, presidente de la Corte, en su voto particular concurrente en el asunto *Mack Chang v. Guatemala*, resuelto por sentencia de 25 de noviembre de 2003.

<sup>12</sup> Sentado lo cual, la Corte IDH no tardó en precisar que los tribunales internos debían ejercitar el control de convencionalidad «evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes» (véase asunto *Alfaro Aguado e.a. v. Perú*, resuelto por sentencia de 24 de noviembre de 2006).

expresa en su caso, cuál es el órgano jurisdiccional competente para formularlo y cuál debe ser su alcance.

Pues bien, he de señalar lo poco afortunado que estuvo el TC en esta incursión, por vez primera en su jurisprudencia, en la doctrina de la Corte IDH, habida cuenta de que no se desprende de esta lo que el TC le atribuye y que constituye el núcleo del problema que resolver, a saber, el del juez competente, si ordinario o constitucional, para ejercitar en el ámbito nacional el control de compatibilidad del derecho interno con los tratados internacionales.

En efecto, ni en el año 2006 ni a día de hoy la doctrina de la Corte IDH es concluyente al respecto, dejando en manos del sistema jurídico de cada Estado parte sometido a su jurisdicción la determinación del juez competente para ejercitar dicho control en términos de compatibilidad, y extraer sus consecuencias en términos de inaplicación o declaración de invalidez<sup>13</sup>. A lo que habría que añadir, por otro lado, que la noción americana de control de convencionalidad va mucho más allá del concreto contexto en el que se estaba moviendo nuestro TC, que no era otro, insisto una vez más, que el de la determinación del juez competente, si ordinario o constitucional, para ejercitar en el ámbito interno el control de compatibilidad del derecho nacional con los tratados internacionales. Así, conviene aclarar que el ejercicio judicial de dicho control en los referidos términos, siendo importante, no es la única operación que impone la noción americana, mucho más rica y amplia logística y funcionalmente. Baste con advertir cómo los operadores a quienes se dirige tal noción exceden con mucho el estricto ámbito jurisdiccional, y cómo las variantes que conlleva su ejercicio exceden también con mucho el control entendido exacta y precisamente como examen de compatibilidad normativa<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Paradigmática por su procedencia resulta la opinión de García Ramírez, que, en un trabajo publicado en el año 2011, escribía lo siguiente (151): «Sin perjuicio de la preferencia por uno u otro régimen de control [concentrado o difuso], lo cierto es que la Corte Interamericana no se ha pronunciado por ninguno de ellos con preferencia sobre el otro. Lo importante es que haya control de convencionalidad. Resulta secundario y opinable —y en todo caso depende de las circunstancias nacionales— el método que se elija, mientras no excluya el cumplimiento del deber de control que atañe a los depositarios de la función jurisdiccional pública». Y concluía: «Nos hallamos, pues, ante una decisión de método que compete a los Estados, soberanamente». En la misma línea y más recientemente, véase la opinión del también juez y exvicepresidente de la Corte, Vio Grossi (2018: 317).

<sup>14</sup> Con otras palabras, la noción americana del «control de convencionalidad» se aproxima no tanto, aunque también, a la previsión del art. 31 («prevalencia») de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, como de

Poca ayuda, en definitiva, aportaba la jurisprudencia de la Corte IDH a la cuestión a la que se enfrentaba nuestro TC, que quizá podría y debería haber encontrado un mejor momento para manejar aquella, al margen evidentemente del art. 10.2 CE<sup>15</sup>, para enriquecer una lectura de los derechos fundamentales de nuestro catálogo constitucional teniendo en cuenta el trabajo de una institución, como la americana, que viene sosteniendo a lo largo de los últimos años un discurso renovador y avanzado digno de atención en este lado de los mares.

Pero sigamos con el razonamiento del TC.

Según el TC, el art. 96 CE «no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación». E ilustró de nuevo:

Dicho en otros términos, la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario.

Lo primero que afirma el TC es que no existe una relación de jerarquía entre los tratados y las leyes («el artículo 96 no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas»). Ello, sin embargo, no excluye su naturaleza

---

su art. 29 («observancia»). Según dispone aquel, «las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional». El art. 29, por su parte, establece que «todos 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». Para una visión actualizada de la noción americana del «control de convencionalidad», valga la remisión al Cuadernillo de Jurisprudencia núm. 7, editado por la propia Corte, y puesto al día en 2019, el cual lleva por título, precisamente, *Control de convencionalidad*.

<sup>15</sup> Que se refiere, como es sabido, a los tratados y acuerdos internacionales «ratificados por España».

«supralegal», en la medida en que un tratado válidamente celebrado prevalece sobre toda ley interna, anterior o posterior, que se le oponga o contradiga<sup>16</sup>.

En efecto, si la ley es anterior, el tratado posterior, de haber sido válidamente celebrado, debería haber contado con la autorización de las Cortes, *ex art. 94.1.e CE*, a los efectos, precisamente, de bendecir cualquier contradicción<sup>17</sup>. Dicho lo cual, parece evidente que el tratado sí puede (al margen de cualquier debate en torno a si ello vendría formalmente de la mano del mismo tratado o del acto de autorización) derogar una ley anterior (así al menos lo prevé, *expressis verbis*, el citado art. 94.1.e). Parece que el único sentido que cabría dar a semejante afirmación del TC (de que el art. 96.1 contiene «una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación») ha de entenderse en un contexto no de derogación expresa o tácita (que sí sería posible, se insiste, a la luz del art. 94.1.e), sino de pura contradicción entre el texto del tratado y el de la ley; o, en palabras del propio TC, un poco más adelante, al referirse a la relación entre tratados y leyes posteriores, de «desajuste» normativo.

Hacia tal dirección pareció apuntar el TC ya en su citada Sentencia 49/1988, cuando impugnada una disposición adicional de la Ley 31/1985, de regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro, por incompatible con el Acuerdo con la Santa Sede de 1979, el TC se pronunció en los siguientes términos:

En su opinión [de los recurrentes], al suponer tal precepto una infracción de un convenio internacional, vulnera el art. 96.1 de la Constitución [...]. Pero la Ley impugnada no deroga, modifica o suspende cláusula alguna del Convenio con la Santa Sede citado. Lo que se discute por los recurrentes es si el contenido de

<sup>16</sup> Puntualizo: en el caso de los tratados válidamente concluidos sin autorización parlamentaria (art. 94.2 CE), su prevalencia es solamente sobre leyes posteriores (pues para prevalecer sobre las anteriores habrían requerido tal autorización por imperativo del art. 94.1.e CE). En contra, defendiendo la prevalencia de tales tratados sobre las leyes, tanto anteriores como posteriores, véase Matia Portilla (2018: 124). No se entiende muy bien, sin embargo, cómo es posible llegar a semejante conclusión tras haber sostenido que si «un tratado incurre en vicios relacionados con el consentimiento del Estado español [...] desde una perspectiva interna resulta indudable que estaríamos en presencia de una norma nula [a declarar por el Tribunal Constitucional], por haberse adoptado al margen del procedimiento constitucionalmente previsto» (*ibid.*: 77).

<sup>17</sup> E incluso a los efectos, según doctrina consolidada del Consejo de Estado, de amparar la incursión de los tratados, sin más, en ámbitos bajo reserva de ley (véanse, por ejemplo, los dictámenes de 6 de noviembre de 2014, n.º exp. 975/2014, y de 8 de octubre de 2015, n.º exp. 735/2015).

la Disposición adicional segunda es o no contrario a lo previsto en el Convenio, es decir la *adecuación* de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también fuerza de ley en el ordenamiento interior. Ahora bien, el examen de esa supuesta *contradicción* no corresponde a este Tribunal y no procede, por tanto, entrar en el fondo de este motivo alegado por los recurrentes, ya que no puede considerarse vulnerado el art. 96.1 de la Constitución.

Aclarado lo cual, es patente la similitud de su discurso con el sostenido, en relación con el derecho comunitario, hoy de la Unión, en su Declaración 1/2004, a la que, no obstante, no se refiere ni una sola vez (quizá para no resaltar la confluencia de resultados en relación con dos ordenamientos, el internacional y el europeo, diferenciados desde siempre por el Tribunal de Justicia)<sup>18</sup>.

«La primacía», sostuvo entonces el TC refiriéndose a las leyes incompatibles con las normas europeas, «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». «Toda supremacía», continuó, «implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, DTC 1/1992 FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación». «La supremacía de la Constitución», concluyó, «es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su art. 93». O en su art. 96, cabe leer ahora, siguiendo la Sentencia 140/2018, tratándose no de normas supranacionales, sino internacionales.

### III. LAS PRIMERAS IMPRUDENCIAS: EL MAL EJEMPLO DE LA STJ DE CATALUÑA 274/2020, DE 17 DE ENERO, EN RELACIÓN CON EL DESPIDO POR ABSENTISMO LABORAL

Para exponer la crítica a la STJ de Cataluña 274/2020, de 17 de enero, es necesario partir del previo pronunciamiento del TC en su Sentencia 118/2019,

---

<sup>18</sup> Véase asunto *Van Gend en Loos* (1963): «Ha de llegarse a la conclusión de que la Comunidad constituye un *nuevo ordenamiento jurídico* de Derecho internacional». «A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios», puntualizaría poco después en el asunto *Flaminio Costa* (1964), «el Tratado de la CEE creó un *ordenamiento jurídico propio*».

de 16 de octubre, desestimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juzgado de lo social de Barcelona en relación con un precepto del Estatuto de los Trabajadores que permitía al empresario extinguir la relación laboral por causa de absentismo derivado de enfermedades intermitentes de corta duración del trabajador, hubieran dado o no lugar a la expedición de partes oficiales de baja médica.

En lo que aquí importa, a la presunta contradicción entre dicho precepto (art. 52.d ET) y el art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT apuntada por el auto de planteamiento, el TC se pronunció en los siguientes términos:

Procede recordar, una vez más, que los tratados internacionales no integran el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes internas, al margen de su valor hermenéutico *ex art. 10.2 CE* en el caso de los textos internacionales sobre derechos humanos [...]. La eventual contradicción entre la regulación interna y los convenios y tratados internacionales ratificados por España no determina por sí misma violación constitucional alguna; se trata de un juicio de aplicabilidad —control de convencionalidad— que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria.

Sin perjuicio de cuanto acaba de indicarse, valga advertir que *no apreciamos que la regulación contenida en el art. 52 d) LET contradiga lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT*, conforme al cual la ausencia del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación laboral. Debe tenerse en cuenta que en el párrafo 2 del mismo art. 6 del Convenio se precisa que la «definición de lo que constituye una ausencia temporal de trabajo, la medida en que exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del presente artículo serán determinadas de conformidad con los métodos de aplicación mencionados en el artículo 1 del presente Convenio», a cuyo tenor deberá «darse efecto a las disposiciones del presente convenio por medio de la legislación nacional, excepto en la medida en que esas disposiciones se apliquen por vía de contratos colectivos, laudos arbitrales o sentencias judiciales, o de cualquier otra forma conforme a la práctica nacional». Es decir, *el legislador puede establecer, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT, como efectivamente lo ha hecho mediante la regulación contenida en el art. 52 d) LET*. Por lo demás, esta regulación se acomoda a lo dispuesto como regla general en el art. 4 del propio Convenio 158 de la OIT, conforme al cual cabe poner término al contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. Entre ellas sin

duda cabe incluir la defensa de la productividad, que puede verse comprometida por el incremento de costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia de las ausencias al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, acaecidas en un período determinado, conforme a las previsiones del art. 52 d) LET.

Así las cosas, el TSJ de Cataluña dictaba a los pocos meses el pronunciamiento antes referido, en el que puede leerse lo siguiente:

Como ha quedado razonado, el art. 52 *d* ET se opone y es contrario a:

- el art. 6.1 Convenio núm. 158 OIT;
- los arts. 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT y el art. 3 de la Carta Social Europea;
- el art. 11 CEDAW<sup>19</sup>.

Por tanto, y 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<sup>20</sup>, las normas convencionales deben prevalecer sobre el art 52 *d* ET en caso de conflicto<sup>21</sup>.

Entre todos los preceptos invocados por el TSJ<sup>22</sup>, destaca sobremanera el art. 6.1 del Convenio 158 OIT, habida cuenta de la patente contradicción entre la declaración del TC y la del TSJ en relación con dicho precepto y el

---

<sup>19</sup> Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 10 de diciembre de 1979, ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 (CEDAW — Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women).

<sup>20</sup> Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales. Su art. 31, recordemos, dispone lo siguiente: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional».

<sup>21</sup> Apenas un mes después, el art. 52.d ET sería finalmente derogado por el Real Decreto Ley 4/2020, de 18 de febrero.

<sup>22</sup> El Convenio 155 OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores, no aparece mencionado en la STC 118/2019. Otro tanto cabe decir de la Carta Social Europea. Finalmente, por lo que respecta a la CEDAW, y según recuerda la propia STJ, «la STC 118/2019, como apunta el voto particular de la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, no aborda la cuestión de la discriminación indirecta que supone

art. 52.d ET: según aquel, no existiría contradicción alguna; según este, la norma española se opondría y sería contraria a la convencional, lo cual determinaría su inaplicabilidad al caso.

Para llegar a semejante conclusión, frontal y abiertamente contraria a la STC 118/2019, el TSJ razonó en los siguientes términos: «Las consideraciones que el TC efectúa sobre la adecuación del art. 52 d ET al art. 6.1 del Convenio 158 de la OIT, constituyen un *obiter dicta*<sup>23</sup> no vinculante, por caer fuera de su competencia la realización del control de convencionalidad de dicha norma, que corresponde a la jurisdicción ordinaria».

Tan sorprendente como la contradicción, se insiste, frontal y abierta, con la STC 118/2019 (partiendo de la errónea premisa de que su interpretación del Convenio de la OIT fue simplemente un *obiter dictum*), resulta el manejo por el TSJ de Cataluña de la Carta Social Europea, en su versión de 1996, *aún no ratificada por España*, para llegar a semejante conclusión. Y es que la excentricidad de su utilización misma, pese a su no ratificación, destinada a producir efectos, por muy indirectos que sean, en el ámbito interno, se extiende al fundamento de esta en el criterio de la buena fe plasmado en el Convenio de Viena, al que el TSJ recurre para adecuar la lectura de una norma de ámbito universal (como son los Convenios de la OIT) a otra de ámbito regional (como es la Carta Social Europea).

«A diferencia del Convenio 158 OIT», sostuvo el TSJ, «el artículo 24 de la Carta Social Europea<sup>24</sup> no admite excepciones, por lo que garantiza un estándar de protección más elevado». Y continuó:

Si bien, como ya se apuntó, dicho precepto se contempla en la Carta Revisada de 1996, que no ha sido ratificada por España, el mismo constituye un innegable criterio hermenéutico para perfilar el contenido y el alcance del derecho a no ser despedido por ausencias temporales del trabajo por motivos de enfermedad, máxime cuando dicha Carta Social Revisada ha sido ya firmada por España (vid. art.2 k) de la Ley de Tratados Internacionales 25/149), y el art. 35 LTI en relación con los arts. 31-33 del Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados, imponen como primer criterio de interpretación da los Tratados y

---

consagrar una causa de despido, como las ausencias intermitentes en el trabajo, que afecta estadísticamente más a las mujeres que a los hombres».

<sup>23</sup> Léase *obiter dictum*, al ser singular.

<sup>24</sup> Que, por cierto, maneja con cierta confusión la STJ, atribuyéndole textualmente un contenido que corresponde, realmente, no al articulado, en sí mismo considerado, de la Carta, sino a su interpretación a la luz del anexo (parte integrante, según el artículo N, de la Carta).

Convenios el de la buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de tratado, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. La buena fe en la interpretación del art. 6 Convenio de la OIT es incompatible con una interpretación que lleve entender la excepción (posibilidad de imponer límites a la prohibición del despido por ausencias del trabajo derivadas de enfermedad), como regla, dejando sin efecto la regla general de prohibición del despido por ausencias derivadas de enfermedad, cuando el Estado ya ha suscrito un convenio con un nivel superior de protección (Carta Social Europea Revisada).

Solo le faltó al TSJ, para culminar semejante extravagancia, traducir dicha operación en el uso directo del art. 24 de la Carta en su versión revisada como parámetro inmediato para fundamentar la inaplicación del art. 52.d ET, como hizo con el art. 3 de la versión vigente.

En todo caso, mayor gravedad reviste el descarte de la interpretación del Convenio de la OIT realizada por el TC en su Sentencia 140/2018 amparándose en la insostenible consideración de esta como un *obiter dictum*, habida cuenta de que ello constituye una vulneración, creo que flagrante, del sometimiento de los jueces al imperio de la ley (art. 117.1 CE), el cual incluye, según proclama el art. 5.1 LOPJ<sup>25</sup>, y refuerzan los arts. 4.1 y 40.2 LOTC<sup>26</sup>, la plena sujeción a los pronunciamientos del TC, incluidas las interpretaciones por este del ordenamiento jurídico en su conjunto<sup>27</sup> (del cual, se insiste una vez más,

---

<sup>25</sup> «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».

<sup>26</sup> Fruto de la reforma del año 2007 (concretamente, de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo). «El Tribunal Constitucional», dispone el art. 4.1 LOTC, «delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben; asimismo podrá apreciar de oficio o a instancia de parte su competencia o incompetencia». «En todo caso», reza, por su parte, el art. 40.2 LOTC, «la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales».

<sup>27</sup> Convendría, pues, atajar de inmediato cualquier intento de reproducir en el terreno de la convencionalidad los episodios de confrontación, en ocasiones muy tensos, vividos al hilo de la delimitación fronteriza entre la constitucionalidad y la legalidad ordinaria. Como bien resume Banacloche Palao (2018: 17 y ss.): «A lo largo de estos

forman parte los tratados válidamente celebrados y publicados oficialmente en España).

Ello abriría las puertas del recurso de amparo por vulneración del art. 24 CE en los términos advertidos por la propia STC 140/2018<sup>28</sup>, cuestión sobre la que volveré más adelante.

También dejaré para el final la correcta aproximación que se impone, creo, al *modus operandi* del «control de convencionalidad», que en modo alguno excluye, en los términos asumidos por el TSJ, el control de constitucionalidad propio de nuestro sistema jurídico.

#### IV. PRIMER INTERROGANTE: ¿SOBRE QUÉ NORMAS INTERNACIONALES Y QUÉ NORMAS INTERNAS SE PROYECTA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

El parámetro de control son los «tratados internacionales», definidos actualmente por el art. 2.a de la Ley de Tratados, que, a su vez, reproduce casi literalmente el artículo 2.1a del Convenio de Viena, como aquellos «acuerdo[s] celebrado[s] por escrito entre España y otro u otros sujetos de Derecho Internacional, y regido[s] por el Derecho Internacional, ya conste[n] en un

---

cuarenta años, han tenido lugar diversos episodios reveladores de una relación muy tensa entre el Tribunal Supremo, “órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes (jurisdiccionales)” (art. 123.1 CE) y el Tribunal Constitucional, que es el superior “en materia de garantías constitucionales” (art. 123.1 CE). Y no sólo porque al primero le ha resultado difícil asumir doctrinas elaboradas por el segundo que no compartía, sino también porque, en ocasiones, el Tribunal Supremo discutía que se estuviera realmente ante una cuestión de naturaleza constitucional y no de legalidad ordinaria. La solución a este problema no resulta sencilla, especialmente cuando se debe al segundo motivo, dado que entonces el Tribunal Supremo niega *in radice* la competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre un asunto. La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modificaba la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, ha intentado zanjar la cuestión [...] según la normativa actual, una materia es de naturaleza constitucional si así lo indica el Tribunal Constitucional, y lo que declare al respecto debe ser respetado por todos los Tribunales ordinarios, incluido el Tribunal Supremo».

<sup>28</sup> Véase, por ejemplo, la STC 22/2017, de 13 de febrero, en la que se recuerda que «la negativa manifiesta al cumplimiento del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional [...] supone una quiebra patente del mandato recogido en el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de la que deriva la consiguiente lesión del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE».

instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación».

Conviene, pues, comenzar por advertir que el control de convencionalidad se proyecta, en principio, sobre cualquier tipo de tratado (que entre en la definición recién transcrita), al margen de la materia sobre la que verse; o lo que es igual, el control no queda circunscrito a los tratados sobre derechos fundamentales (que, dicho sea de paso, y como es bien sabido, gozan de un estatuto metaconstitucional en términos hermenéuticos<sup>29</sup>, en el sentido de que, salvada, como es obvio, su constitucionalidad material y formal<sup>30</sup>, como cualquier otro tratado, iluminan, *ex art.* 10.2 CE, la interpretación de los derechos fundamentales de nuestro texto constitucional)<sup>31</sup>.

Ello nos sitúa en un terreno de lo más variopinto, que abarcaría, también en principio, desde los firmados y ratificados en el marco regional europeo hasta los que exceden de dicho marco (por ejemplo, y por traer a colación uno protagonista en la jurisprudencia del TC relativamente reciente<sup>32</sup>, la Carta de la Energía). O, por enunciar algunos de los publicados en el *BOE* a lo largo de 2019, el Acuerdo entre el Reino de España y Bosnia-Herzegovina sobre transporte internacional por carretera, el Acuerdo de Cooperación en el ámbito de la defensa entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, o el Protocolo y su Memorando de entendimiento que modifican el Convenio y su Protocolo entre el Reino de España y los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto de los impuestos sobre la renta. O, en fin, por mencionar algunos multilaterales de los que España, además de ser parte

<sup>29</sup> De «pauta interpretativa indisponible» habla, por ejemplo, y sin ir más lejos, la STC 23/2020, de 13 de febrero.

<sup>30</sup> Recuérdese que el art. 94.1 c) de la Constitución incluye entre los tratados necesitados de autorización parlamentaria aquellos que «afecten a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I».

<sup>31</sup> Según destacó la STC 91/2000, de 30 de marzo, «esa decisión del constituyente [de incorporar el art. 10.2 a nuestro texto constitucional] expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado». Ello asumido, como ha insistido hasta la saciedad el TC, como puede verse en la propia Sentencia 140/2018, «que los tratados internacionales *no integran el canon de constitucionalidad* bajo el que hayan de examinarse las leyes internas, al margen de su valor hermenéutico *ex art.* 10.2 CE en el caso de los textos internacionales sobre derechos humanos».

<sup>32</sup> Véanse las SSTC 270/2015, de 17 de diciembre; 19/2016, de 4 de febrero; 29/2016, de 18 de febrero, y 61/2016, de 17 de marzo.

contratante del tratado, es depositaria de este, el Convenio para la protección del medio marino y de la región costera del Mediterráneo o el Acuerdo y Protocolo de cooperación en materia de astrofísica.

Advertido lo cual, conviene adelantar que es precisamente en el ámbito de los derechos fundamentales donde el «control de convencionalidad», entendido en términos de control difuso sobre la ley, está llamado a tener una menor incidencia. Ello porque la STC 140/2018, leída a la luz de nuestro sistema de fuentes y de justicia constitucional, en modo alguno excluye, creo, el control de constitucionalidad a ejercitar en relación con aquellas leyes que, al tiempo de vulnerar los tratados, infrinjan la Constitución al margen del art. 96 (significativamente el catálogo de derechos fundamentales de nuestro texto constitucional, por mucho que estos estén reflejados en un tratado internacional). Sobre tal trascendental asunto volveré al final del presente estudio.

Por otro lado, conviene también puntualizar que los tratados de la Unión Europea y las normas a partir de ellos generadas por sus instituciones responden a una naturaleza especial (al tener su origen en una cesión de soberanía operada *ex art. 93 CE*) que se traduce en un control, que llamaré de «europeidad», que presenta matices no desdeñables, como iremos viendo a lo largo de este estudio, respecto del bautizado por el TC como de «convencionalidad».

En lo que concierne, en fin, a las normas internas sobre las que se proyecta el control de convencionalidad, son todas ellas; es decir, tanto leyes y normas con fuerza de ley como disposiciones reglamentarias. Cuestión distinta es que el control deba materializarse, en todo caso, en términos de inaplicación de la norma interna en el supuesto de conflicto con el tratado internacional, cuestión que paso a analizar en el apartado siguiente.

## V. SEGUNDO INTERROGANTE: LA CONTRADICCIÓN ENTRE NORMA INTERNACIONAL Y NORMA INTERNA, ¿HA DE RESOLVERSE, POR DEFINICIÓN, EN TÉRMINOS DE SELECCIÓN DE NORMA APLICABLE?

La respuesta creo que debe ser negativa.

En primer lugar, porque a la incompatibilidad entre la norma interna y el tratado advertida por el juez ordinario en el marco del litigio del cual estuviera conociendo podría acompañar alguna causa de inconstitucionalidad de este último en términos formales (porque se eludió la ley orgánica tratándose de una cesión de soberanía *ex art. 93*, o la autorización de las Cortes pese a entrar en alguno de los supuestos contemplados por el art. 94.1) o materiales (por vulneración de algún precepto constitucional sustancial). En ese caso, faltaría precisamente la premisa de la que parte la supralegalidad de las normas internacionales implícitamente derivada del art. 96, a saber, que ha de tratarse

de tratados «válidamente celebrados», escapando del juez ordinario tal juicio en términos negativos; o lo que es igual, en esos supuestos, el juez ordinario devendría obligado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad concierne al tratado, cuya estimación por el TC convertiría a la norma interna, en principio<sup>33</sup>, en única norma aplicable.

En segundo lugar, porque la norma interna, de tener simple rango reglamentario, parece que podría y debería ser depurada del ordenamiento de caer en las manos del juez contencioso-administrativo y no admitir un radio de acción más allá del propio del tratado internacional.

En efecto, conviene no olvidar que el punto de partida, en relación tanto con las normas internacionales como con las europeas, fue la dificultad que un ordenamiento jurídico como el nuestro, construido sobre un sistema de control concentrado de constitucionalidad de las leyes, afrontó a la hora de acomodar un control de estas desde parámetros no constitucionales.

Tal dificultad, además, se acentuaba en el contexto de las Comunidades Europeas, habida cuenta de la imposición insoslayable derivada de la doctrina Simmenthal, que obligaba a una lectura *pro communitate* del texto constitucional (lo que tempranamente hizo el TC en su Sentencia 28/1991, de 14 de febrero) para evitar su reforma.

Asumido que un control desconcentrado sobre la ley en ningún caso podría desembocar en una anulación de esta, por la sencilla razón de que nuestro sistema, a día de hoy, solo la contempla por motivos de inconstitucionalidad (lo que no sería el caso de aquellas contrarias, *exclusivamente*, a normas internacionales o europeas), el TC recurrió a la tesis de la contraposición entre ordenamientos distintos imposible de abordar en términos de jerarquía y, por tanto, de supremacía, reconduciéndolos a técnicas de desplazamiento e inaplicación, próximas a la primacía o la prevalencia. Pero tal discurso del TC estuvo entonces (Declaración 1/2004) y está ahora (STC 140/2018) marcado, se insiste, por una ausencia de jurisdicción para anular leyes, salvo por motivos de inconstitucionalidad; lo que no sería el supuesto de la contradicción, de naturaleza infraconstitucional, entre leyes y normas europeas y/o internacionales.

---

<sup>33</sup> Salvo que el TC, con la posible responsabilidad internacional en juego, decidiera posponer los efectos internos, como mínimo en términos de inaplicación, en principio vinculados a la declaración de inconstitucionalidad. Ejemplos no faltan en su doctrina en los que la nulidad ligada a la inconstitucionalidad bien no ha comportado la retroacción de sus efectos (Sentencia 45/1989, de 20 de febrero), bien ha quedado diferida temporalmente, fijando el TC un plazo expreso para su eficacia (Sentencia 13/2015, de 5 de febrero) o estableciendo que operaría cuando se dictara la correspondiente disposición sustitutiva (sentencias 195/1998, de 1 de octubre, y 132/2010, de 2 de diciembre).

El problema de tal discurso, más allá de la rígida y hasta ficticia separación entre ordenamientos, nacional, por un lado, e internacional y europeo, por otro, es que, precisamente al plantearlo en términos ordinamentales, el TC pareció extender sus consecuencias no solo a las leyes, sino también a las disposiciones de rango reglamentario.

«Con la incorporación de España a las Comunidades Europeas en 1986», puede leerse en el FJ 4 de la Declaración 1/2004, «se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias *frente a cualesquiera del orden interno* con las que pudieran entrar en contradicción».

El FJ 6 de la Sentencia 140/2018, por su parte, tras referirse indiscriminadamente a «leyes» o «normas internas con rango de ley» y —sin mayor precisión— «normas internas» o «disposiciones internas», concluye constatando que «el marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable».

Así las cosas, no creo, sin embargo, que el discurso del TC sea predicable en relación con las disposiciones reglamentarias. Ello porque la jurisdicción contencioso-administrativa tiene plenas competencias para controlar la actividad reglamentaria y proceder a su anulación, vía directa o indirecta<sup>34</sup>, por su no conformidad a derecho<sup>35</sup> o su infracción del ordenamiento jurídico<sup>36</sup> (y no olvidemos que tanto los tratados internacionales válidamente celebrados y oficialmente publicados como las normas europeas son, al tiempo, ordenamiento jurídico interno)<sup>37-38</sup>. Tal ha sido, por lo demás, la posición de la Sala Tercera del

<sup>34</sup> Esto es, con ocasión de la impugnación de sus actos de aplicación.

<sup>35</sup> Véase el art. 26 LJCA.

<sup>36</sup> Véase el art. 70 LJCA.

<sup>37</sup> En el caso de los tratados internacionales, porque así expresamente lo dispone el art. 96.1 CE. En el de las normas europeas, porque entre dichos tratados figuran, según el TC, los de la Unión Europea, así como el derecho derivado dotado de eficacia directa (véase, por ejemplo, la Sentencia 58/2004, de 19 de abril). Son varias, por lo demás, las alusiones del TC al acervo comunitario *integrado* en nuestro ordenamiento (véanse DTC 1/2004, de 13 de diciembre, o STC 100/2012, de 8 de mayo) o *incorporado* a este (véanse, por ejemplo, STC 145/2012, de 2 de julio, o STC 215/2014, de 18 de diciembre). Por lo demás, resulta particularmente discutible, como señalé en el texto, mantener una rígida separación entre ordenamientos cuando las normas internas se dirigen, de manera expresa y específica, a transponer la normativa internacional o europea (paradigmáticamente, las directivas) en el ámbito interno.

<sup>38</sup> Véase, en la misma línea, Díez-Hochleitner (2015: 583-584).

Tribunal Supremo, tanto antes como después de la Declaración 1/2004<sup>39</sup>, procediendo a la *anulación* de disposiciones reglamentarias por incompatibles con normas europeas<sup>40</sup>. Y otro tanto cabría decir en relación con su incompatibilidad con normas internacionales, tanto antes como después de la Sentencia 140/2018<sup>41</sup>. Se evitan, así, en el nivel reglamentario, problemas vinculados, al menos en el contexto de la integración europea, con la imposibilidad de depurar judicialmente, con efectos *erga omnes*, leyes por contrarias al derecho de la Unión<sup>42</sup>; problemas estos que conciernen, sobre todo, al principio europeo de seguridad jurídica, el cual obliga a expulsar del ordenamiento nacional toda norma interna contraria al derecho de la Unión<sup>43</sup> (constituyéndose, así, la técnica de la pura inaplicación en garantía mínima, pero no suficiente, para cumplir con las obligaciones que derivan de nuestra pertenencia a la Unión)<sup>44</sup>.

He dejado para el final el supuesto más abierto, quizá, a debate. Se trataría de aquellos casos en los que el legislador manifestara, abierta y frontalmente, su voluntad de «derogar, modificar o suspender» lo previsto en un tratado internacional.

---

<sup>39</sup> Véase la opinión favorable, al respecto, del Consejo de Estado, en su *Informe sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrero de 2008, pp. 223-224.

<sup>40</sup> Véanse, por ejemplo, la STS 4224/2003, de 17 de junio, admitiendo expresamente la posibilidad de tal anulación, y la STS 4259/2010, de 1 de junio, anulando efectivamente diversos preceptos del Real Decreto 240/2007, regulador de la entrada, libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión, por ser excesivamente restrictivos en relación con la Directiva 2004/38. Especialmente paradigmática resulta la STS 807/2015, de 10 de febrero (del Pleno de la Sala Tercera), que anuló no solo un precepto del Reglamento de Extranjería por contrario a la Directiva Retorno, sino también otro, por el mismo motivo, que se limitaba, a su vez, a reproducir literalmente una disposición de la Ley de Extranjería, que fue simplemente inaplicada (simultaneando la misma STS, pues, la anulación reglamentaria con la inaplicación legal).

<sup>41</sup> Véanse, por ejemplo, la STS 4901/2014, de 19 de noviembre, confirmando la anulación de una orden del Ministerio y Hacienda en relación con el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras por vulneración del Acuerdo con la Santa Sede de 1979 sobre Asuntos Económicos, y la STS 1492/2019, de 30 de octubre, anulando un anexo de un decreto asturiano también por vulneración de un Acuerdo con la Santa Sede de 1979, en este caso sobre enseñanza y asuntos culturales.

<sup>42</sup> Véase el *Informe sobre modificaciones de la Constitución Española*, del Consejo de Estado, ya citado, pp. 75-76 y 113 y ss.

<sup>43</sup> Doctrina esta consolidada del TJUE que arranca del asunto *Comisión v. Francia* (167/73), resuelto por sentencia de 4 de abril de 1974.

<sup>44</sup> Véase el asunto *Comisión v. Países Bajos* (72/85), resuelto por sentencia de 20 de marzo de 1986.

En tales casos, bien podría entenderse que el art. 96.1 adquiriría una dimensión sustantiva, cuya vulneración debería ser constatada por el TC. Ello sería congruente con la doctrina del TC, en la medida en que «la selección de la norma aplicable», en favor de la ley, vendría ya impuesta de manera explícita por el legislador. Y esa selección creo que debería ser corregida por el TC, en la medida en que se trataría de una actuación legislativa dirigida a vulnerar, intencionadamente, el mandato del art. 96.1 CE<sup>45</sup>.

## VI. TERCER INTERROGANTE: ¿SE ENCUENTRAN LAS NORMAS INTERNACIONALES EN UNA POSICIÓN ANÁLOGA A LA POSICIÓN DE LAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN SU RELACIÓN CON LAS NORMAS INTERNAS?

Si el interrogante lo referimos al efecto prevalente (ya se traduzca este, como hemos visto, en términos de inaplicación, ya de anulación, de la norma

<sup>45</sup> En el ámbito del derecho de la Unión, tal sería el supuesto, en mi opinión, y como sostuve hace años, de las «leyes reivindicatorias de la cesión de soberanía», entendiendo por tales: 1) aquellas opuestas a la normativa europea de manera diáfana, explicitando conscientemente el legislador su voluntad de recuperar unilateralmente la cesión en su momento operada en favor la Unión, y 2) aquellas declaradas contrarias al derecho de la Unión en el específico marco de un recurso por incumplimiento, manifestando el legislador, por acción u omisión, su voluntad de no derogarlas o modificarlas. En ambos casos estaríamos, creo, ante una inconstitucionalidad (de naturaleza sobrevenida en este segundo supuesto) por vulneración sustancial del art. 93, cuya constatación debería recaer en exclusiva en el TC, bien por la vía directa de un recurso de inconstitucionalidad (en el primero de los casos), bien por la indirecta de una cuestión de inconstitucionalidad (en ambos casos). Véase Alonso García (2003: 53 y ss.). Aunque por la naturaleza patente de la transgresión constitucional sería altísimamente improbable que esta no fuera declarada por el TC, siempre quedaría en manos del juez ordinario la decisión última de inaplicar la ley por contraria a la Unión: véanse asuntos acumulados *Melki y Abdeli* (C-188 y 189/10), resueltos por sentencia de 22 de junio de 2010, en la que el TJUE sostuvo que «en la medida en que el Derecho nacional prev[ea] la obligación de iniciar un procedimiento incidental de control de constitucionalidad que pueda impedir que el juez nacional deje inmediatamente inaplicada una disposición legislativa nacional que ese juez considere contraria al Derecho de la Unión, el funcionamiento del sistema establecido por el artículo 267 TFUE exige no obstante que ese juez esté facultado para adoptar toda medida necesaria para asegurar la tutela judicial provisional de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, por una parte, y por otra parte para dejar inaplicada, una vez finalizado ese procedimiento incidental, dicha disposición legislativa nacional si la considera contraria al Derecho de la Unión».

interna incompatible), la respuesta podría ser afirmativa (de hecho, y como ya indiqué, el FJ 6 de la Sentencia 140/2018 parece inspirado en el FJ 4 de la Declaración 1/2004).

Ahora bien, si vinculamos el interrogante al paso previo del manejo por el juez español de ambas normas, europeas e internacionales, antes de concluir, en su caso, en dicho efecto prevalente sobre las normas internas incompatibles, la respuesta creo que es claramente negativa<sup>46</sup>.

Al margen del distinto fundamento constitucional de ambas normas, de la Unión (*ex art. 93 CE*) e internacionales (*ex art. 94*), existirían, en mi opinión, otras razones que, íntimamente vinculadas al terreno estrictamente judicial, avalarían la diferencia entre ellas; en concreto, razones vinculadas a que las normas europeas, además de contar con un intérprete supremo (el Tribunal de Justicia de la Unión) que se impondría sobre posibles visiones judiciales unilaterales procedentes de las altas partes contratantes (esto es, de los Estados miembros), cuentan también con el soporte de un mecanismo *sui generis* (la cuestión prejudicial) sobre el que articular las decisiones uniformadoras del Tribunal de Justicia a partir de las dudas interpretativas suscitadas por los jueces nacionales<sup>47</sup>.

Ello permite, evidentemente, ganar peso en el terreno de la seguridad jurídica a la hora de activar la prevalencia en términos coherentes con el contenido mismo de la norma destinada a provocar la inaplicación o, en su caso, anulación de la norma interna; contenido que, en ocasiones, y como sucede también en el caso de las normas internacionales<sup>48</sup>, presenta dudas, dada su

<sup>46</sup> En las antípodas de mi opinión, véase Jimena Quesada (2019: 444-445).

<sup>47</sup> No creo determinante para un cambio de discurso el hecho de que algún día España se decidiera a ratificar el Protocolo 16 al CEDH, que prevé la opinión consultiva solicitada al TEDH por los jueces nacionales en el contexto de los litigios de los que están conociendo. Ello porque, al margen de que esta carece formalmente de valor vinculante (art. 5), ha de contextualizarse en un sistema, como el del CEDH, que, a diferencia del sistema de la Unión, ni impone un control judicial nacional difuso ni exige la inaplicación inmediata de las leyes con él incompatibles. Cuestión distinta es que la opinión emitida por el TEDH a solicitud del juez ordinario refuerce, en su caso, los términos del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, y que, llegado el momento, se pueda modular nuestro régimen de medidas cautelares y de resolución de tales cuestiones en términos de preferencia y celeridad. Sobre el referido protocolo puede verse, entre los estudios más recientes, Lemmens (2019: 691 y ss.); entre nosotros, Hinojo Rojas (2018: 675 y ss.) y Cacho Sánchez (2019: 171 y ss.).

<sup>48</sup> Asumido que existen, asimismo, otras muchas normas europeas que están redactadas, también en muchas ocasiones, de manera bastante más precisa y detallada que los tratados internacionales.

elasticidad, en cuanto a su aptitud misma para producir efectos prevalentes en el ámbito interno. De hecho, basta simplemente con ojear la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para advertir cómo muchas de las cuestiones prejudiciales planteadas se dirigen precisamente, de manera específica, a obtener una respuesta acerca de la aptitud o no de la norma europea para producir tales efectos prevalentes (esto es, y en terminología ya consagrada, acerca de si goza o no de eficacia directa)<sup>49</sup>.

Esta vía de diálogo judicial entre nuestros jueces y Luxemburgo es susceptible, por lo demás, de provocar alteraciones, como pasamos a abordar en los dos interrogantes siguientes, en la posición del TC en relación con inaplicaciones de leyes derivadas del control de convencionalidad, si se compara con las derivadas del específico control de europeidad.

## VII. CUARTO INTERROGANTE: ¿TIENE EL JUEZ ORDINARIO LA ÚLTIMA PALABRA ACERCA DE LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA NORMA INTERNACIONAL Y LA NORMA INTERNA?

La respuesta es de nuevo negativa.

El TC, concluye el FJ 6 de la Sentencia 140/2018, «podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso».

Aflora aquí también el paralelismo con la manera de abordar el TC su control sobre el —valga la redundancia— control de europeidad ejercitado por el juez ordinario (el cual, a su vez, y por lo demás, comparte las mismas premisas generales que presiden el de toda selección del derecho aplicable, al margen del origen de las normas implicadas en la selección). Como puede leerse —con normativa comunitaria en juego— en la STC 180/1993, de 31 de mayo:

<sup>49</sup> Sin ir más lejos, tal fue precisamente el caso en el que el Tribunal de Justicia proclamó por vez primera el principio de eficacia directa vinculado a los tratados constitutivos (asunto ya mencionado *Van Gend en Loos*), en el que el juez neerlandés remitente planteó al Tribunal de Justicia, literalmente, «si el artículo 12 del Tratado CEE tiene efecto interno, o dicho en otros términos, si los justiciables pueden invocar, basándose en dicho artículo, derechos individuales que el Juez deba proteger».

Si bien la selección de las normas aplicables y su interpretación corresponde, en principio, a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que con carácter exclusivo les atribuye el art. 117.3 C.E., ello no significa que la determinación de la norma aplicable al caso carezca siempre y en todos los casos de relevancia constitucional alguna [...]. Este Tribunal está llamado a ejercitar un cierto control sobre la selección de la norma aplicable llevada a cabo por los órganos jurisdiccionales, si bien este control sólo podría producirse, en términos generales, si se ha tratado de una selección arbitraria o manifiestamente irrazonable o ha sido fruto de un error patente; o si de dicha selección se ha seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva e igualmente tutelable a través de la vía del recurso de amparo.

Advertido lo cual no creo que la intervención del TC por la referida vía del amparo vaya a seguir con exactitud en el futuro, al menos inmediato, los mismos derroteros según las normas protagonistas del problema de su selección sean de la Unión o internacionales.

Expondré primero cuál es la doctrina del TC en el marco del derecho de la Unión, para explicar después el porqué de mi vaticinio.

Fue a partir, especialmente, de la STC 58/2004, de 19 de abril, cuando el TC empezó a perfilar su doctrina sobre la operatividad del art. 24 CE en el terreno específico del derecho de la Unión, que la STC *plenaria* 37/2019, de 26 de marzo, ha venido expresamente a sintetizar, distinguiendo los siguientes cuatro supuestos:

- a) Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (tenga ésta rango de ley o no) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una «duda objetiva, clara y terminante» sobre esa supuesta contradicción [...]. Tal duda objetiva puede derivar (i) del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, que el órgano judicial no desvirtúa mediante una motivación específica en la resolución impugnada en amparo; (ii) porque pese a haberse dictado una o más resoluciones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan; (iii) o bien por la conjunción de ambas circunstancias [...].
- b) Resulta igualmente contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por alteración del sistema de fuentes: inaplicar una norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del «acto aclarado», en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que «la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo» (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, *Cilfit*) [...] <sup>50</sup>.

c) En sentido contrario a lo anterior, «dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el art. 24 CE» [...].

d) Asimismo, cumpliéndose con los requisitos de la doctrina del «acto aclarado», también hemos dicho que «corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea <sup>51</sup>. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva» [...] <sup>52</sup>.

Así sintetizada su doctrina por el propio TC, salta a la vista el protagonismo que, a la hora de examinar si el juez ordinario incurrió o no en una vulneración del art. 24 al seleccionar la norma aplicable con el derecho de la

<sup>50</sup> En realidad, los supuestos a) y b) podrían unirse en uno solo, a saber, la no aplicación de una norma interna por supuestamente contraria al derecho de la Unión sin previo planteamiento de la cuestión prejudicial, cuando este resulte obligatorio *ex art.* 267 TFUE a la luz de la doctrina *CILFIT*; de hecho, los supuestos a) ii) y b) creo que son los mismos: un incorrecto uso de la noción de «acto aclarado».

<sup>51</sup> O lo que es igual, la aplicación de una norma interna con toda evidencia inaplicable por haber sido declarada incompatible con el derecho de la Unión por el propio Tribunal de Justicia, vía recurso por incumplimiento (véase la STC 145/2012, de 2 de julio) o vía prejudicial (véanse las SSTC 232/2015, de 5 de noviembre, y 75/2017, de 19 de junio).

<sup>52</sup> A dichos supuestos habría que añadir, en mi opinión, aquel, aún no abordado por el TC, de la no aplicación del derecho derivado de la Unión por considerarlo inválido sin planteamiento previo de la cuestión prejudicial, en la medida en que le sería plenamente extrapolable la doctrina acerca de las inaplicaciones de leyes posconstitucionales consideradas por la jurisdicción ordinaria, *motu proprio*, inconstitucionales (véase la STC 23/1988, de 22 de febrero).

Unión en juego, tienen tanto el intérprete supremo de este como su diálogo vía prejudicial con el juez nacional.

Pues bien, la ausencia misma, como vimos, de una institución judicial similar y de un mecanismo de diálogo judicial también similar en el marco convencional, debería, *per se*, suscitar recelo hacia los intentos de extrapolar automáticamente a estas las soluciones arbitradas por el TC en el marco de la Unión.

Por ceñirme a las inaplicaciones de la ley por el juez ordinario, creo que en la doctrina del TC sigue muy presente que tales operaciones son particularmente delicadas, habida cuenta de que, como sostuvo en su Sentencia 58/2004:

[...] de la misma manera que el constituyente quiso sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución [...], por corresponder de forma exclusiva la depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, al Tribunal Constitucional [...], el eventual juicio de incompatibilidad de una norma legal interna con el Derecho comunitario [...] debe estar revestido de ciertas cautelas y garantías, «tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es la expresión de la voluntad popular —como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución— y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España».

Descartada una lectura de tal doctrina, por contraria al derecho de la Unión, tendente a someter al juez a una certeza absoluta acerca de la incompatibilidad de la ley con el derecho de la Unión para proceder a su inaplicación, en el sentido de imponerle unas exigencias *ex art. 267 TFUE* más allá de las derivadas del propio precepto interpretado conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia<sup>53</sup>, el TC parece dispuesto a seguir estrechando el cerco

---

<sup>53</sup> Lo cual implica, desde luego, descartar la exigencia de plantear la cuestión prejudicial como *conditio sine qua non* para inaplicar la ley (véase el asunto *Küçükdeveci*, resuelto por STJUE en Gran Sala, de 19 de enero de 2010, C-555/07: «[...] el juez nacional, ante una disposición nacional comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión que estime incompatible con dicho principio y cuya interpretación conforme a éste resulte imposible, debe abstenerse de aplicar dicha disposición, sin estar obligado a plantear previamente una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia ni estar impedido para hacerlo»). Pero implica también descartar la exigencia, más sutil, de certezas absolutas acerca de la contradicción con el derecho de la Unión (véase el asunto *Akerberg Fransson*, resuelto por STJUE, también en Gran Sala, de 26 de febrero de 2013, C-617/10: «[...] el Derecho de la Unión se

sobre el juez ordinario, por la vía del amparo, en el contexto de inaplicaciones de *leyes* por contrarias al derecho de la Unión<sup>54</sup>.

Prueba evidente de ello es, creo, su referida Sentencia 37/2019, en la que estimó el amparo por no haber activado el TS el mecanismo de la cuestión prejudicial valiéndose —incorrectamente, en opinión del TC— de la noción del «acto aclarado».

En efecto, basta también aquí con una simple ojeada a la sentencia para quedarse con un cierto regusto de legalidad ordinaria. Me explico: los FF. JJ. 5 y 6 de la sentencia podrían parecer más cercanos a un pronunciamiento de un juez ordinario que del TC, con un examen de la directiva en juego (concerniente al mercado interior de la electricidad), y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que podría incidir sobre ella (sobre el mercado interior del gas), a los efectos de determinar si el Tribunal Supremo hizo o no un uso correcto de esta última para descartar el planteamiento de la cuestión prejudicial sobre la base de la noción del «acto aclarado». Y tras proceder a dicho examen, el TC llegó a la conclusión de que no concurrían los presupuestos necesarios para considerar satisfecha tal noción en el caso de autos, habida cuenta de que, «aunque el precepto interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuviera el mismo contenido tanto en la Directiva del sector eléctrico como en la relativa al sector del gas, no se trataba de las mismas Directivas, ni del mismo sector ni los problemas abordados, respectivamente, por las sentencias Federutility y Anode y por la sentencia impugnada son exactamente iguales».

Sin entrar en las bondades y/o deficiencias de tal aproximación por parte del TC<sup>55</sup>, creo que cabría afirmar, sin temor a equivocarme, que, cuando menos, ronda la frontera de la legalidad ordinaria; lo que, traducido al terreno que venimos analizando, significa un control más riguroso de las decisiones del juez

---

opone a una práctica judicial que supedita la obligación del juez nacional de no aplicar ninguna disposición que infrinja un derecho fundamental garantizado por la Carta al requisito de que dicha infracción se deduzca claramente del texto de dicha Carta o de la jurisprudencia en la materia, dado que priva al juez nacional de la facultad de apreciar plenamente, con la cooperación del Tribunal de Justicia en su caso, la compatibilidad de dicha disposición con la Carta» [léase, donde dice derechos fundamentales de la Carta o simplemente Carta, disposiciones del derecho de la Unión]).

<sup>54</sup> A pesar de que la STC 37/2019 refirió la síntesis de su doctrina, expresamente, a la «norma interna (*tenga ésta rango de ley o no*)», me cuesta creer que tal extensión inmotivada de su discurso a las disposiciones reglamentarias se debiera a una operación consciente dirigida a situar estas en el mismo nivel que las leyes, sometiendo sus inaplicaciones por el juez ordinario al más riguroso escrutinio propio, hasta ahora, de estas últimas.

<sup>55</sup> Véanse, al respecto, por ejemplo, Sarmiento (2019), Huelin (2020) y Ripol (2020).

ordinario inaplicativas de leyes (en el caso, de la ley del sector eléctrico entonces en vigor, que establecía el régimen de financiación del bono social eléctrico) por contrarias al derecho de la Unión.

Así las cosas, de llegar a consolidarse esta tendencia hacia la que parece apuntar la Sentencia 37/2019, creo que en ausencia de una institución estrictamente judicial, como es el Tribunal de Justicia (garante de una interpretación uniforme y suprema de una norma, como la europea, susceptible, *a priori*, de tantas interpretaciones diversas como Estados miembros) y de un mecanismo como el de la cuestión prejudicial (cuyo uso por el juez ordinario en el contexto de interpretaciones dudosas de esa norma europea vendría, en su caso, a respaldar sus conclusiones en términos de incompatibilidad con la ley interna), el TC se inclinará hacia una intensificación aún mayor en su labor revisora, por la vía del amparo, de la selección por el juez ordinario del tratado internacional conducente a la inaplicación de la ley.

### VIII. QUINTO INTERROGANTE: ¿CÓMO DEBE COMPAGINARSE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD CON EL DE CONSTITUCIONALIDAD?

Hablar de *compaginar* presupone, lógicamente, que el control de convencionalidad de las leyes no es incompatible con su control de constitucionalidad, por mucho que se asuma que los tratados no son canon de constitucionalidad, y que sus contradicciones con las leyes constituyen, en consecuencia, un problema de legalidad ordinaria que solo a los jueces ordinarios compete resolver por la vía de la selección de la norma aplicable.

En efecto, al margen de la posibilidad planteada *supra* de una aproximación en términos de inconstitucionalidad a las leyes contrarias a los tratados de manera abierta y frontal, hay que tener en cuenta que aquellas, junto con teóricas incompatibilidades materiales con los tratados, pueden suscitar problemas de compatibilidad, materiales y/o formales, con la Constitución.

Tal podría ser el caso, por ejemplo, de leyes vulneradoras de la reserva de ley orgánica; o de la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, o de la infracción, por ejemplo, de derechos fundamentales o de principios rectores de la política económica y social de la Constitución reflejados en tratados que el juez podría también manejar en términos de control de convencionalidad<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> En el ámbito del derecho de la Unión, el TC no duda en entrar a conocer de posibles vulneraciones de la reserva de ley orgánica o de la distribución territorial de

Así las cosas, hay que recordar que la STC 140/2018 se limitó a excluir el art. 96 CE, y solo el art. 96 CE, como canon de constitucionalidad de las leyes, rechazando, así, el control por el TC sobre estas por el único y exclusivo motivo de ser contrarias a tratados internacionales. En ningún momento declaró el TC, ni siquiera insinuó, que no pueda o deba conocer de la inconstitucionalidad de una ley que, además de vulnerar un tratado, infrinja el texto constitucional al margen del referido precepto<sup>57</sup>.

Ello implica que, de llegar a producirse esa doble vulneración, y con independencia de que la misma se refiera a disposiciones de un tratado que tengan reflejo en nuestra Constitución (significativamente, en el terreno de los derechos fundamentales)<sup>58</sup>, el juez ordinario sigue estando obligado, en tales supuestos, a respetar plenamente nuestro sistema de fuentes y de justicia constitucional<sup>59</sup>, y, en consecuencia (de llegar a la conclusión de que existe la infracción constitucional), a plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Y cabría, asimismo, interponer recurso de inconstitucionalidad (obviamente, por quien tenga legitimación para hacerlo).

---

competencias (véase, por ejemplo, la STC 215/2014, de 18 de diciembre, en relación con el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de Canarias contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 2/2102, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera); también de infracciones de derechos fundamentales de nuestro texto constitucional reflejadas en el ordenamiento de la Unión (ya en la STC 64/1991, de 22 de marzo, declaró que «en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho Comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 CE»).

<sup>57</sup> Lo que parece no advertir Fondevila Marón (2019: 439 y ss.).

<sup>58</sup> Donde, dicho sea de paso, el TC no ha tenido reparos en admitir que la interpretación que realizar *ex art. 10.2 CE* «no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales» (por ejemplo, STC 31/2018, de 10 de abril), aun cuando las decisiones procedentes de tales órganos «no sean resoluciones judiciales, no tengan fuerza ejecutoria directa y no resulte posible su equiparación con las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos» (STC 116/2006, de 24 de abril).

<sup>59</sup> En coherencia, por lo demás, con el art. 10.2 CE y el importante rol hermenéutico por dicho precepto atribuido a los tratados sobre derechos humanos a la hora de iluminar la aplicación de los derechos fundamentales reconocidos en nuestro texto constitucional; rol que quedaría muy desvirtuado si cupiera esquivar estos últimos recurriendo directamente a controles de convencionalidad.

Este discurso exige, sin embargo, matizaciones en el ámbito del derecho de la Unión.

En efecto, el sistema de la Unión impone, como se ha venido exponiendo, la activación de la cuestión prejudicial cuando se dan las condiciones para ello; e impone, asimismo, el pleno respeto de las decisiones del TJUE (en todo caso y fuera de discusión, de las que no tengan una repercusión constitucional, como sería el supuesto, en principio, de las declaraciones de infracción del ordenamiento de la Unión por leyes internas). Pero el sistema de la Unión también obliga, por otro lado, no solo a la inaplicación de leyes por contrarias al derecho de la Unión, sino, además, a que esta tenga lugar de manera inmediata una vez constatada la contradicción por el juez nacional, bien por su propia autoridad, bien auxiliado vía prejudicial por el TJUE<sup>60</sup>; lo cual, según el TC, convertiría a la ley, a partir del momento mismo de tal constatación, en norma incapaz de superar el «juicio de aplicabilidad» como presupuesto ineludible para la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad<sup>61</sup>.

Con palabras del propio TC (Pleno) en su Auto 168/2016, de 4 de octubre:

---

<sup>60</sup> Según declaró el TJUE (Gran Sala) en el asunto *The Minister for Justice and Equality y Commissioner of the Garda Síochána* (C-378/17), resuelto por sentencia de 4 de diciembre de 2018, el órgano jurisdiccional nacional que plantee «una cuestión de interpretación de las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión, al estar vinculado por la sentencia que el Tribunal de Justicia dicte con carácter prejudicial, deberá proceder a la *aplicación inmediata de dicha sentencia, si es necesario dejando inaplicadas, en el ejercicio de su propia competencia, las disposiciones contrarias de la legislación nacional*».

<sup>61</sup> Adviértase, en todo caso, que se trata de una lectura en pura clave interna del *modus operandi* de la cuestión de inconstitucionalidad en nuestro sistema jurídico, amparada por la neutralidad del sistema de la Unión al respecto. De hecho, el TJUE ha admitido expresamente la posibilidad de una precedencia del control incidental de constitucionalidad sobre el control, vía prejudicial, de europeidad. Significativo resulta al respecto el fallo de la sentencia de 4 de junio de 2015, en el asunto *Kernkraftwerke Lippe-Ems* (C-5/14): «El artículo 267 TFUE debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional, que albergue dudas acerca de la compatibilidad de una normativa nacional, tanto con el Derecho de la Unión como con la Constitución del Estado miembro de que se trate, no está privado de la facultad ni, en su caso, exento de la obligación de plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones sobre la interpretación o la validez de ese Derecho por el hecho de que esté pendiente un procedimiento incidental de control de la constitucionalidad de esa misma normativa ante el órgano jurisdiccional nacional encargado de ejercer ese control».

Al disponer los arts. 163 CE y 35.1 LOTC que la cuestión de inconstitucionalidad debe referirse siempre a una norma legal «aplicable al caso», ha de entenderse que la prioridad en el planteamiento debe corresponder, por principio, a la cuestión prejudicial del art. 267 TFUE; la incompatibilidad de la ley nacional con el Derecho de la Unión Europea sería causa de su inaplicabilidad y, por tanto, faltaría una de las condiciones exigidas para la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. Esta sólo sería admisible si se ha descartado la posibilidad de que la ley cuestionada sea incompatible con el Derecho de la Unión y, en consecuencia, inaplicable. Dicho de otro modo, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, el órgano judicial que duda de la constitucionalidad de una ley no podrá plantear cuestión sobre la misma ante el Tribunal Constitucional si al propio tiempo considera que esa ley es claramente incompatible con el Derecho de la Unión Europea, pues viene entonces obligado por este Derecho a inaplicarla. Si lo que sucede es que alberga dudas sobre la compatibilidad de esa ley con el Derecho de la Unión, lo que habrá de hacer es plantear primero la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de suerte que solo cuando este haya descartado la incompatibilidad de la norma nacional con el Derecho comunitario cabrá plantear la cuestión de inconstitucionalidad<sup>62</sup>.

En relación con las normas internacionales, en cambio, debe tenerse en cuenta que el derecho internacional, a diferencia del derecho de la Unión, ni impone un control difuso de convencionalidad, ni prevé la intervención incidental, en el contexto de dicho control, de una institución judicial cuyas decisiones exijan una «aplicación inmediata», «si es necesario dejando inaplicadas, en el ejercicio de su propia competencia, las disposiciones contrarias de la legislación nacional»<sup>63</sup>. Por ello creo que, no siendo extrapolable la doctrina del TC recién expuesta respecto del derecho de la Unión, existiría

---

<sup>62</sup> En la misma línea, véase el ATC 204/2016, de 13 de diciembre. Adviértase que, en el contexto de un hipotético recurso directo de inconstitucionalidad contra una ley de transposición en términos reglados del derecho derivado, el TC, de llegar a considerar que el motivo de inconstitucionalidad tendría reflejo en alguna disposición del derecho originario, debería activar, él mismo, la cuestión prejudicial, para permitir al TJUE enjuiciar, con carácter previo, la validez de la norma de derecho derivado: véanse asuntos acumulados *Melki y Abdeli* (2010), ya citados. Tal escenario prejudicial, dicho sea de paso, debería extenderse, en caso de duda razonable, a la interpretación misma del margen de maniobra permitido por el derecho derivado en su transposición interna.

<sup>63</sup> *The Minister for Justice and Equality y Commissioner of the Garda Síochána*, cit. *supra*.

la obligación, una vez advertidos por el juez ordinario problemas simultáneos de convencionalidad y de inconstitucionalidad de la ley, de activar el control incidental por este último motivo, abonando el terreno para la seguridad jurídica en el supuesto de un juicio negativo, con efectos *erga omnes*, del TC<sup>64</sup>. Por el contrario, en caso de un juicio positivo, siempre cabría la posibilidad de proceder a una inaplicación de la ley por motivos *estrictamente* convencionales (sujeta dicha inaplicación, como vimos en su momento, a una posible revisión por la vía de amparo); o lo que es igual, pero desde la otra cara de la moneda, el juez ordinario no podría sortear el juicio positivo de constitucionalidad de la ley, realizado sobre la base de determinados preceptos constitucionales, recurriendo a sus equivalentes convencionales (habida cuenta, como también vimos en su momento, del pleno sometimiento del juez al derecho a la luz de su interpretación por el TC)<sup>65</sup>.

## IX. A MODO DE CONCLUSIÓN

Jimena Quesada (2019: 445), considerado con razón, y alabado por ello, como uno de los principales impulsores de la consagración definitiva, en sede constitucional, del control difuso de convencionalidad<sup>66</sup>, consideraba, comentando la STC 140/2018, que «los argumentos tendentes a excluir el neto control difuso de convencionalidad de la esfera judicial ordinaria para reconducirla a la supervisión concentrada de la jurisdicción constitucional, parecen poco realistas y, sobre todo, se alejan del principal papel y mayor virtud del primer control, a saber, la efectividad de la tutela judicial de los derechos fundamentales en plazo razonable». Y añadía:

<sup>64</sup> Así actuó, por ejemplo, la Sala Tercera del TS en su auto de 1 de julio de 2019 (Roj: ATS 7591/2019), en el que cuestionó la constitucionalidad de determinados preceptos del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales por su eventual oposición a los principios de capacidad económica y, específicamente, de prohibición de confiscatoriedad, que proclama el art. 31.1 CE, conforme a la interpretación que del mismo, según el TS, reclamaría el Protocolo núm. 1 al CEDH (derecho de propiedad), leído a su vez a la luz de la jurisprudencia del TEDH, aportada y analizada a lo largo del FJ 3.

<sup>65</sup> Como ya expliqué *supra*, en la nota 47, no creo determinante para un cambio de discurso el hecho de que algún día España se decidiera a ratificar el Protocolo 16 al CEDH.

<sup>66</sup> El prof. Jimena Quesada presidió el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa entre 2009 y 2014. El prof. Canosa Usera, su sucesor como miembro del mencionado Comité, postuló, en cambio, el control concentrado (Canosa Usera, 2015).

[...] a mayor abundamiento, [que] los recelos dogmáticos (y jurisdiccionales) se presentan tanto más injustificados cuanto que, en la praxis (y el cómputo no puede ser estadísticamente más sencillo, por su carácter excepcional), el ejercicio responsable del control de convencionalidad se operará en supuestos aislados en los que la norma internacional (y, sobre todo, la jurisprudencia internacional correspondiente) ofrezcan claridad y certeza en cuanto al supuesto controvertido.

Pues bien, he de decir que a lo largo de estas páginas lo que he pretendido es reducir los excesos de un entendimiento del control de convencionalidad precisamente en términos «netos», tendente, llevado a su extremo, a tergiversar nuestro sistema de fuentes y de justicia constitucional.

En efecto, que el juez constitucional no sea el único, a día de hoy, competente para controlar las leyes, ni puede ni debe entenderse como una mutación de nuestro sistema concentrado de control de constitucionalidad de la ley. Lo que se ha producido es algo más sutil, consistente en ampliar el parámetro de control de las leyes, más allá de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, a las normas de la Unión y las normas internacionales, y en atribuir el ejercicio de este a la jurisdicción ordinaria<sup>67</sup>.

En ningún sitio está escrito en sede constitucional, al menos por el momento, que dicha ampliación del parámetro de control y la atribución de su ejercicio a la jurisdicción ordinaria lleven aparejada una renuncia al bloque de constitucionalidad como parámetro de control y a la atribución de su ejercicio al TC en exclusiva cuando, recayendo sobre leyes posconstitucionales, se pretenda traducir en juicios negativos (esto es, en declaraciones de inconstitucionalidad).

No ha sido el caso, desde luego, del control sobre las leyes ejercitado en el contexto del derecho de la Unión, en el que el TC se ha limitado a sostener que la pura y dura contradicción entre una ley y una norma de la Unión no convierte a aquella, por ese solo y exclusivo motivo, en inconstitucional; es, por tanto, el entendimiento de dicha contradicción como un mero problema no de constitucionalidad, sino de legalidad ordinaria, lo que acarrea la competencia del juez ordinario para resolverlo.

No está por ello renegando el TC de su condición de juez constitucional, sino más bien acotando su ejercicio a la resolución de problemas con la ley en

---

<sup>67</sup> Que también habría visto extendida su competencia, según se advirtió al inicio de este estudio, para inaplicar leyes preconstitucionales, así como leyes autonómicas en aquellos supuestos específicos, recordemos, en que el legislador autonómico, al desarrollar la legislación básica, reproduce la normativa estatal, y esta es posteriormente modificada en términos incompatibles con la legislación autonómica, sin que se produzca su correspondiente adaptación.

términos estrictamente constitucionales (lo que no sería el supuesto, se insiste, de la contradicción con el derecho de la Unión). En ningún momento ha renunciado el TC a su monopolio para declarar la inconstitucionalidad de las leyes que, *además* de infringir la normativa europea, vulneren algún precepto constitucional al margen del art. 93 y al margen, asimismo, de la existencia o no de una confluencia de contenido entre ambos textos, constitucional y europeo, supuestamente quebrantados. Lo más que ha hecho es declarar que, cuando dicha confluencia es advertida por un juez ordinario en un marco de contradicción de tales textos con una ley, el juicio de constitucionalidad debe posponerse al de europeidad, y que este último puede desplazar a aquel si se constata la vulneración por la ley de la norma europea (que no si se constata la compatibilidad entre ambas, la cual no descarta, *per se*, un posible juicio posterior en términos de constitucionalidad).

Así entendido el control difuso de europeidad, asumido hace tiempo por el TC en la Sentencia 28/1991, nada debería inducir a pensar, más bien lo contrario, que el control difuso de convencionalidad, proclamado ahora en la Sentencia 140/2018, deba traducirse, simultáneamente, en un desplazamiento del control concentrado de constitucionalidad.

Con otras palabras: que el juez ordinario ejerza en adelante con mayor convicción y conocimiento el control de convencionalidad sobre las normas internas, incluidas las leyes, ni puede ni debe entenderse en el sentido neto de que tal ejercicio pueda o deba excluir la entrada en juego de parámetros de control constitucionales, en su caso análogos en contenido a los convencionales, ejercitado frente a leyes por el TC en términos de preferencia (mientras no se aporten imperativos constitucionales en sentido contrario) y exclusividad (respecto de los juicios negativos).

Por lo demás, coincidiendo los controles de europeidad y de convencionalidad en su naturaleza difusa, ello no se traduce en una equiparación total en el *modus operandi* de uno y otro: mientras que el juez ordinario está en aquel caso sometido a la superioridad interpretativa de una institución accesible vía prejudicial —en términos facultativos e incluso obligatorios— en el contexto del litigio del cual estaría conociendo, nada de eso rodea, en principio, el manejo por el juez ordinario de la norma internacional en el marco de su control de convencionalidad, incidiendo tales diferencias en su *modus coexistendi* con el control de constitucionalidad concentrado en el TC.

### Bibliografía

Alonso García, R. (2003). *El juez español y el Derecho comunitario*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

- Andrés Sáenz de Santa María, P. (2018). Comentario al artículo 96. En M. Rodríguez Piñero y M.<sup>a</sup> E. Casas (dirs.). *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario* (pp. 355-373). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- Banacloche Palao, J. (2018). El desarrollo de los Derechos Fundamentales por el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. *Estudios de Deusto*, 66 (2), 17-46. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-66\(2\)-2018pp17-46](https://doi.org/10.18543/ed-66(2)-2018pp17-46).
- Cacho Sánchez, Y. (2019). El potencial desarrollo del nuevo procedimiento consultivo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas. *Revista Española de Derecho Internacional*, 71 (2), 171-194. Disponible en: <https://doi.org/10.17103/redi.71.2.2019.1.07>.
- Canosa Usera, R. (2015). *El control de convencionalidad*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- Díez-Hochleitner, J. (2015), Comentario al artículo 31. En P. Andrés Sáenz de Santa María, J. Díez-Hochleitner y J. Martín y Pérez de Nanclares (dirs.). *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdo Internacionales* (pp. 575-589). Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- Fernández Farreres, G. (2017), ¿Puede el juez inaplicar la ley autonómica por razón de la prevalencia del derecho estatal?: estado actual de la cuestión. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 186, 47-82.
- Fondevila Marón, M. (2019). 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*, 23 (2), 439-458. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.23.13>.
- García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, 5 (28), 123-159. Disponible en: <https://doi.org/10.35487/rius.v5i28.2011.68>.
- Hinojo Rojas, M. (2018). El Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 34, 675-706. Disponible en: <https://doi.org/10.15581/010.34.675-706>.
- Huelin, J. (2020). La tormentosa relación del Tribunal Constitucional con el derecho de la Unión Europea (Comentario a la STCo 37/2019). *elderecho.com*, 6-2-2020.
- Jimena Quesada, L. (2019). 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, 434-461.
- Lemmens, K. (2019). Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue? *European Constitutional Law Review*, 15 (4), 691-713. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019619000373>.
- Matia Portilla, F. J. (2018). *Los tratados internacionales y el principio democrático*. Madrid: Marcial Pons.
- Ripol, S. (2020). La sentencia del Tribunal Constitucional 37/2019: la aplicación del canon de control más específico del artículo 24.2 CE a las decisiones judiciales que no aplican una norma nacional contraria al Derecho de la UE sin planteamiento de cuestión prejudicial. *Revista General de Derecho Europeo*, 50, 205-241.
- Rollnert Liern, G. (2014). La mutación constitucional: entre la interpretación y la jurisdicción constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, 125-155.

- Sarmiento, D. (2019). Los Tribunales Constitucionales como garantes de la obligación de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia. *almacendederecho.org*, 2-7-2019.
- Vio Grossi, E. (2018). El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 24, 311-335.