

LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE LA LEY NACIONAL Y EL TRATADO INTERNACIONAL

THE COMPLEX RELATION BETWEEN NATIONAL LAW AND THE INTERNATIONAL TREATY

Alicia Villaseca Ballescá
Abogada del Estado

Fecha de recepción: 25 de noviembre de 2019
Fecha de aceptación: 11 de diciembre de 2019

RESUMEN: El lugar que ocupan en el sistema de fuentes los tratados internacionales con respecto a la ley ha sido y es una cuestión controvertida en nuestro país. Las previsiones de nuestra Carta Magna albergan en este punto una cierta ambigüedad que ha propiciado el nacimiento de múltiples tesis acerca de cuál debe ser la regla que discipline tal relación. Analizaremos en este artículo algunas de estas tesis: aquella que apuesta por la absoluta de primacía jerárquica del tratado sobre la ley, aquella otra que arbitra la ligazón entre una y otra norma en base a un criterio de competencia y, asimismo, aquella que defiende la combinación de una regla de validez y otra de eficacia o aplicabilidad. Estudiaremos también cuál ha sido la respuesta ofrecida por nuestro máximo intérprete constitucional y las previsiones que el legislador ha brindado al respecto. Se harán, en último lugar, algunas reflexiones acerca de la situación actual con indicación de algunos de los riesgos o problemas que la solución que parece haberse alcanzado puede entrañar.

ABSTRACT: The place of international treaties regarding the law in the source system has been and is a controversial issue in our country. The provisions of our Carta Magna contain at this point a certain ambiguity that has facilitated the emergence of multiple theses about what should be the rule that disciplines this relationship. We will analyze in this article some of these theses: the one that bets on the absolute hierarchical primacy of the treaty over the law, the other that arbitrates the link between one and the other norm based on a criterion of competence and, also, the one that defends the combination of a validity rule and an efficacy or applicability rule. We will also study what has been the response offered by our highest constitutional interpreter and the provisions that the legislator has provided in this regard. Lastly, some reflections will be made about the current situation, indicating some of the risks or problems that the solution that seems to have been reached may entail.

PALABRAS CLAVE: Sistema de fuentes, tratados, ley, superioridad jerárquica, competencia, regla de validez, regla de aplicabilidad, jurisprudencia del TC, Ley 25/2014.

KEYWORDS: Source system, treaties, law, hierarchical superiority, competence, validity rule, applicability rule, jurisprudence of the TC, Law 25/2014.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN DESDE LA DOCTRINA. i.- Superioridad jerárquica del tratado. ii.- Relación fundada en un principio de competencia. iii.- Sucesión temporal de una regla de validez y otra de eficacia o aplicabilidad. 1.- Normas internacionales y leyes anteriores. Criterio de validez. 2.- Normas internacionales y leyes posteriores. Criterio de aplicación. 3.- La no integración de los tratados internacionales en el bloque de la constitucionalidad. II. UNA SEGUNDA APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL III. UNA RESPUESTA LEGAL Y ALGUNOS INTERROGANTES IV. BIBLIOGRAFÍA

INTRUDUCCIÓN

El art.6 del Anteproyecto de Constitución, elaborado por la Ponencia y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 5 de enero de 1978, contenía un principio diáfano: la superioridad jerárquica de los tratados con respecto a la ley (apartado 1º); y una consecuencia fáctica a tal principio: la inderogabilidad de sus disposiciones mediante norma de rango legal (apartado 2º)¹.

A la luz del vigente art.96 CE cabe concluir que se conserva la consecuencia práctica relativa a la intangibilidad del tratado para las normas legales pero, sin embargo, se prescinde del principio dogmático que lo justificaba². La cuestión a dilucidar es, por tanto, si el mantenimiento del apartado 2º del art.6 del Anteproyecto trasluce una regla jerárquica o si, por el contrario, la eliminación del apartado 1º implica la inexistencia de tal

¹ Boletín Oficial de las Cortes nº 44 de 5 de enero de 1978, folio 670.

Art.6 del Anteproyecto de Constitución:

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados tendrán, una vez publicados, jerarquía superior a las leyes.

2. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en las formas previstas en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional.

3. Se podrá atribuir a un tratado o una ley orgánica el ejercicio de poderes derivados de la Constitución a instituciones de Derecho internacional, en régimen de paridad

² Art.96 CE:

1. 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.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

superioridad y, en tal caso, qué clase de relación existe entre tratados internacionales y leyes nacionales³.

Como decimos, nuestra Carta Magna guarda un ambiguo silencio sobre este punto, fruto, muy probablemente, del intenso debate técnico-jurídico que propició en las Cortes el alumbramiento del aludido precepto constitucional. Esta circunstancia, no obstante, ha alimentado un rico debate doctrinal sobre cuál debe ser la posición jerárquica de los convenios internacionales en nuestro sistema de fuentes y, muy especialmente, cuál debe ser su relación con las leyes internas.

I. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN DESDE LA DOCTRINA.

i.- Superioridad jerárquica del tratado.

El punto de arranque para autores como Araceli Mangas no es otro que el carácter monista del sistema español en lo tocante a las relaciones entre derecho internacional y derecho interno⁴. Se insiste en la idea de que desde el momento en que los Estados concurren a un tratado aceptan el nacimiento de una obligación internacional, asumiendo que a la fecha de entrada en vigor del acuerdo en él establecida lo prevenido en tal convenio internacional es exigible y, por consiguiente, obligatorio para el Estado suscriptor. Se pone en valor, en resumidas cuentas, el art.26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁵ por el cual “*todo Tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*”.

De esta forma, sobre la base de unidad de ordenamientos que el sistema monista lleva consigo, no es dable una disociación entre validez internacional de la norma y validez interna, imponiéndose una coherencia en la actuación del Estado en tanto que sujeto de derecho internacional y sujeto de derecho interno.

No se desconoce, empero, que tal monismo debe ser tildado de moderado toda vez que, conforme a los arts. 96.1 CE y 1.5 CC, la incorporación

³CARDONA LLORENS, J. “*El régimen de los tratados en el ordenamiento jurídico español*”. Universidad de Valencia 1983. Páginas 520 y 521 ProQuest LLC 2014.

⁴MANGAS MARTÍN, A. “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho español”. *Cuadernos de derecho judicial* nº11, 1994. Págs. 17 a 25.

⁵ De 23 de mayo de 1969 y al que España se adhirió el 2 de mayo de 1972, si bien su publicación en el Boletín Oficial del Estado no se produjo hasta el 13 de junio de 1980.

de los convenios internacionales al ordenamiento interno impone la publicación oficial de aquéllos. Con todo, el requisito de publicación requiere de una matización: de él no depende la vigencia o despliegue de efectos jurídicos del tratado en el ámbito internacional. En efecto, la publicación solamente supedita la aplicación directa del tratado en cuanto a su oponibilidad; únicamente condiciona la posibilidad de que los derechos y obligaciones contenidos en él puedan ser invocados por los ciudadanos en sus relaciones con otros particulares o con Administraciones Públicas⁶.

Por consiguiente, la ausencia de publicación de un tratado, con independencia de las distorsiones que pueda acarrear en el plano interno, no obstaculiza el nacimiento de efectos jurídicos, siendo de sobras conocido que de acuerdo con el art.27 de la Convención de Viena la falta de publicación no podrá argüirse por el Estado como descargo del incumplimiento de un convenio internacional. De ello se desprende que ni la publicación de los tratados ni la eventual autorización de las Cortes transforma aquéllos en leyes o normas internas, conservando su naturaleza de norma internacional y su especial eficacia jurídica.

Araceli Mangas concluye que si bien nuestra *Norma Normarum* no declara expresamente la primacía del derecho internacional convencional sobre la ley ésta se infiere de manera inequívoca del art.96.1 CE. Entiende, por lo tanto, que la fuerza de resistencia del tratado frente a la ley es una garantía de primacía del convenio internacional sobre disposiciones legales anteriores o posteriores que lo contravengan. Por lo demás, sostiene, este ha sido el criterio acogido por nuestra jurisprudencia tanto previa como posterior a la entrada en vigor del texto constitucional⁷.

⁶ Sobre la condición de publicación para la oponibilidad de un tratado frente a particulares obsérvese la STC 414/1998 de 29 de junio, FJ 6º y 7º (falta de publicación en el BOE de la retirada de una reserva formulada por Italia al Convenio Europeo de Extradición).

⁷ STS de 27 de febrero de 1970: “(...) *los compromisos internacionales derivados de un instrumento expresamente pactado, llámese tratado, protocolo o de otro modo, tienen primacía en caso de conflicto o contradicción con las fuentes del Derecho interno que pudieran diferir de lo estipulado.*”

STS de 22 de mayo de 1989: “(...) *el Convenio, al haber pasado a formar parte del ordenamiento español, tiene plena vigencia en nuestro país, sin poder entenderse derogado por el Estatuto de los Trabajadores de posterior publicación al garantizar la Constitución Española el principio de legalidad y de jerarquía normativa (art. 9.3), ha de primar el citado Convenio.*”

La postura expuesta ha suscitado, sin embargo, cierto debate. De entrada, es preciso indicar que la explicación de la prevalencia de los tratados frente a la ley no puede residir, exclusivamente, en la asunción de obligaciones internacionales por parte del Estado desde la ratificación de aquél. De lo contrario, y siguiendo la misma lógica argumentativa, habría que aceptar que un convenio ya suscrito y contrario a la Constitución debiera primar sobre ésta última, extremo que no parece asumible a la luz de los arts. 27.2.c y 32 LOTC, art.5.1 LOPJ, art.32 Ley 25/2014 de 27 de noviembre y los reiterados pronunciamientos del TC sobre este extremo⁸.

De otra parte, si la causa de la superioridad jerárquica de los tratados sobre las leyes es que para éstas la validez de los convenios es indisponible, entonces, por la misma razón, debería concluirse que los tratados son también superiores a la Constitución desde el punto y hora en que aquéllos tampoco pueden ser derogados, modificados o suspendidos por una norma de reforma constitucional⁹. Tal conclusión, como veíamos, no es admisible.

Por último, tal como advierten Javier Pérez Royo e Ignacio de Otto, no todos los tratados ostentan fuerza activa o derogatoria frente a la ley¹⁰. El art.94.1.e CE establece que para modificar o derogar una ley por medio de un convenio es necesaria autorización de las Cortes Generales, de lo que se colige que los tratados únicamente suscritos por el Gobierno en los términos del art.94.2 CE carecen de la meritada fuerza activa ante normas de rango legal.

⁸Declaración del TC 1/1992 de 1 de julio FJ 1º: “(...) la Constitución ve garantizada, a través del procedimiento previsto en su Título X, su primacía (...) aquella supremacía quede en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar [arts. 27.2 C) 31 y 32.1 LOTC] o cuestionar (art. 35 LOTC) la constitucionalidad de los tratados una vez que formen parte del ordenamiento interno (art. 96.1 C.E.)”.

Declaración del TC 1/2004 de 13 de diciembre FJ 1º: “Con esta defensa jurisdiccional anticipada la Constitución ve asegurada su supremacía frente a las normas internacionales (...)”

⁹ REQUEJO PAGÉS, J.L. “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º34. Pág. 61.

¹⁰ DE OTTO, I. “Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.” Ariel Derecho, Barcelona 1995. Pág. 125 y PÉREZ ROYO, J. “Las Fuentes del Derecho”. Tecnos, Madrid 1984. Págs. 170 y 171

ii.- Relación fundada en un principio de competencia.

Legal Antonio Torres del Moral defiende que tratados y normas legales internas ostentan, pura y sencillamente, el mismo rango: el de ley¹¹. Esgrime, en este sentido, que todos los tratados, sin excepción, son susceptibles de sufrir un control de constitucionalidad (arts. 95 CE y 27.2 LOTC) lo que únicamente es posible con respecto a aquellas disposiciones o normas que detenten fuerza, rango o valor de ley (art.161.1.a CE).

Sentado cuando precede, dicho autor asevera que los tratados autorizados por ley orgánica, sobre los que versa el art.93 CE, tienen el carácter y la naturaleza jurídica interna de la ley orgánica que los aprueba. En cuanto a los tratados a los que alude el art.94.1 CE, cuyo perfeccionamiento solamente requiere de una autorización de las Cortes Generales, entiende que deben ser conceptuados como normas gubernativas con rango de ley¹². Finalmente, con respecto a los convenios internacionales sobre los que versa el art.94.2 CE- que no precisan de ninguna intervención activa de las Cortes sino de la mera información de su conclusión por parte del Ejecutivo-, mantiene que su forma de producción es equiparable a la del Decreto pero que, pese a ello, atesoran fuerza de ley por la nuda voluntad constitucional.

Una vez advertida la identidad jerárquica entre tratado y ley, añade que la prevalencia en la aplicabilidad de los convenios internacionales no puede construirse sobre la base del criterio de temporalidad ni, tampoco, sobre el de especialidad. En efecto, de seguirse la regla de que la norma posterior deroga la anterior cualquier ley ulterior podría derogar un tratado por la misma razón. De igual modo, cualquier convenio internacional podría ser modificado o derogado por una ley más especial o concreta todavía como, por ejemplo, una ley-medida de aplicación singular.

Lo que la Constitución verdaderamente encierra, a juicio de dicho autor, es una reserva de competencia abierta e implícita en favor de los tratados; éstos derogan las normas internas anteriores que se les opongan por cuanto absorben la materia sobre la que se proyectan. De esta forma, las leyes nacionales no pueden disciplinar la misma materia contradictoriamente en tanto el convenio internacional no sea modificado ni denunciado por los cauces oportunos (art.96.2 CE). Y, en fin, la reserva competencial referida es calificada de abierta toda vez que no responde a ningún catálogo constitucional, pudiendo recaer sobre cualquier ámbito sustantivo.

Aun reconociendo las bondades de la posición planteada, no pueden ignorarse las críticas que, por diversos motivos, ha suscitado.

En primer lugar, en lo tocante a una posible declaración de inconstitucionalidad de un tratado como justificación de su carácter legal, baste recordar que el alcance de los efectos de dicha declaración es notoriamente limitado. Las consecuencias que llevaría consigo la inconstitucionalidad de un convenio internacional ya ratificado distan, en

¹¹ TORRES DEL MORAL, A. *“Principios de Derecho Constitucional Español 2”*. Átomo Ediciones, Madrid 1986. Páginas 183 a 185.

¹² Dicho autor matiza, no obstante, que el hecho de que gocen de rango de ley no los convierte en ley en sentido estricto pues, para ello, sería preciso que el Gobierno presentara a las Cortes el correspondiente proyecto de ley y se aprobara, a continuación, una ley ordinaria de autorización.

mucho, de las que acarrearía la inconstitucionalidad de una ley al uso. De esta forma, pese a que el 39.1 de la LOTC anuda la nulidad a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto, la peculiar naturaleza de las disposiciones de un acuerdo internacional impide que se pueda hablar con rigor de la determinación de nulidad por un órgano estatal. Parece obvio que la invalidez de un convenio no puede ser declarada por una única parte en el mismo, debiendo verificarse en el plano internacional. Recuérdese, en este sentido, el contenido del art.27 de la Convención de Viena antes citado y, asimismo, su art.42 conforme al cual la validez de un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la meritada Convención, siguiendo el cauce dibujado en sus arts. 65 a 67¹³.

Así pues, lo máximo a lo que podrá aspirar el Tribunal Constitucional es a privar de vigencia interna a tales previsiones internacionales, sin que en modo alguno éstas dejen de surtir efectos, igualmente vinculantes para el Estado, extramuros de la esfera nacional¹⁴. En resumidas cuentas, la moderada resistencia de los tratados a un eventual pronunciamiento del Tribunal Constitucional impide reconocer una completa simetría entre normas legales y convenios internacionales.

En segundo lugar, y abordando ya específicamente el criterio de competencia propuesto, según autores como Ignacio de Otto, éste parámetro puede traslucir cierta distorsión en tanto que presupone una distribución de materias entre normas que en el caso de los tratados no se da. De esta forma, la inderogabilidad de los convenios solamente podría explicarse a partir de la competencia si exclusivamente éstos pudieran regular ciertos ámbitos, previamente delimitados e inaccesibles para el legislador nacional; ocurre, no obstante, que esa reserva material no existe de suerte que el tratado puede imponerse a las leyes en cualquier asunto¹⁵.

iii.- Sucesión temporal de una regla de validez y otra de eficacia o aplicabilidad.

Ignacio de Otto y Juan Luís Requejo Pagés parten de la identificación de dos sistemas normativos distintos, el interno y el internacional, cuyas fuentes de validez y regímenes de aplicabilidad no son coincidentes. De esta forma, la validez y eficacia de las disposiciones nacionales se erigirá sobre los

¹³ SANTAOLALLA LÓPEZ, F. “La Ley y la autorización de las Cortes a los tratados internacionales”. *Revista de Derecho Político* n°11, Otoño 1981. Págs. 50 a 52.

¹⁴ Con tal de evitar que España incurriera en responsabilidad internacional cabría la posibilidad de que el propio Tribunal mantuviese pro futuro los efectos del tratado declarado disconforme a la Constitución hasta tanto se subsanara la tacha de inconstitucionalidad o se suscribiera otro tratado. Si bien nuestro TC no ha tenido que enfrentarse a dicha tesitura, pese a haber estado cerca (STC 38/2007 de 15 de febrero FJ3º), el TJUE sí ha tenido la ocasión de abordar esta cuestión. En la sentencia de 11 de septiembre de 2003 el TJCE decidió anular las Decisiones del Consejo de 2001 relativas a la celebración por la CE de los Acuerdos con Bulgaria y Hungría sobre transporte de mercancías por carretera y fomento del transporte combinado por ser contrarias a los Tratados (en tanto que “Carta constitucional de la Unión”). Sin embargo, el propio TJCE concluyó que debían mantenerse sus efectos hasta la adopción de las medidas que requiriese la ejecución de la Sentencia.

¹⁵ DE OTTO, I. “*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.*” Ariel Derecho, Barcelona 1995. Pág. 125.

postulados constitucionales mientras que, por el contrario, el carácter de válido y eficaz en los tratados dependerá de las normas generales de Derecho internacional.

El engarce entre ambos sistemas se ubica en los preceptos de la Carta Magna que habilitan la incorporación de las normas nacidas del entorno internacional al ordenamiento nacional. Una vez producida dicha integración, habrá que determinar el tipo de relación existente entre leyes y tratados, lo que traerá a colación dos cuestiones:

- De una parte, las consecuencias que sobre la validez de las leyes producen los actos jurídicos internos de incorporación de la norma internacional.
- De otra, la aplicación preferente de los convenios frente a la ley, de acuerdo con el ordenamiento internacional hecho suyo por el ordenamiento interno.

1.- Normas internacionales y leyes anteriores. Criterio de validez.

La pieza esencial en este punto será la ley orgánica recogida en el art.93 CE o, en su caso, el beneplácito de las Cortes por mayoría simple aludido en el art.94.1 CE. A través de estos dos elementos se modificarán o derogarán las leyes anteriores que regulen idénticas materias a las abordadas por un tratado posterior y que resulten incompatibles con él. Así, conviene poner de relieve que no será el tratado el que, per se, alterará la validez de la norma interna; antes bien, dicha modulación encontrará apoyatura en las autorizaciones constitucionalmente previstas. Obsérvese, que, como decíamos, ni la existencia jurídica del convenio internacional trae causa del Derecho interno ni la validez de las normas que integran este último depende del tratado. Sólo la Carta Magna puede determinar el modo en que se suceden en nuestro ordenamiento normas internas válidas. Por consiguiente, únicamente los tratados con respecto a los cuales se hayan cumplido las prevenciones constitucionales (arts. 93 y 94.1.e CE) detentarán fuerza activa frente a leyes precedentes.

Desde esta perspectiva, en el examen de constitucionalidad ex post de un tratado (art.27.2.c LOTC) lo que se residenciará ante el máximo intérprete constitucional no será el convenio en sí mismo sino el cauce emprendido a nivel estatal para acoger la norma internacional en la legislación interna.

2.- Normas internacionales y leyes posteriores. Criterio de aplicación.

Conforme a lo razonado supra, los criterios de existencia jurídica de normas en los ordenamientos interno e internacional en nada se confunden de manera que el Derecho interno no condiciona la validez de las disposiciones de Derecho internacional y, como reverso de lo anterior, tampoco éstas inciden en la validez de aquéllas. La conexión entre ambos ordenamientos radica, como veíamos, en las autorizaciones constitucionales que incorporan los preceptos internacionales al ordenamiento interno, brindándoles de esta forma el carácter de aplicables.

Así las cosas, acogido un convenio en el Derecho español, sus previsiones serán aplicables y válidas sin que ninguna norma estatal pueda privarlas de tales atributos. En observancia del principio *pacta sunt servanda*, los tratados

vinculan a los Estados que los hayan celebrado en tanto no se decreta internacionalmente su inaplicabilidad. Por consiguiente, con arreglo al Derecho internacional, en particular el art. 27 de la Convención de Viena, los acuerdos internacionales gozan de preferente aplicación sobre las disposiciones internas.

De lo relatado resulta que de aprobarse una ley contradictoria con un tratado previamente ratificado, ambas disposiciones serán igualmente válidas; sin embargo, el convenio retendrá su preferente aplicación de acuerdo con el ordenamiento internacional asumido por el ordenamiento interno en los términos que preceptúa nuestra Carta Magna. La circunstancia expuesta no tiene que implicar, inexorablemente, la petrificación normativa del ámbito sustantivo disciplinado por el convenio; no obstante, de pretender el legislador imponer su voluntad será imprescindible recorrer el procedimiento diseñado en el ordenamiento internacional para la denuncia de tratados.

3.- La no integración de los tratados internacionales en el bloque de la constitucionalidad.

Por último, Requejo Pagés sostiene que la lógica de aplicabilidad de normas que preside la ligazón entre leyes y convenios forzosamente excluye los tratados del bloque de la constitucionalidad. Asevera, en tal sentido, que únicamente integran el mencionado bloque aquellas disposiciones que, de algún modo, condicionan la validez de otras normas, circunstancia que no se da con respecto a los tratados internacionales. Insiste en que las normas legales internas, desde el momento en que mantengan un escrupuloso respeto hacia la Carta Magna, serán siempre válidas, con independencia de su coexistencia en el ordenamiento jurídico con tratados que disciplinen la misma materia en términos no coincidentes.

Añade, asimismo, que la incorporación de tratados al bloque de la constitucionalidad conduciría al Tribunal Constitucional a erigirse en intérprete de la norma externa algo que, según dicho autor, en modo alguno permite el ordenamiento internacional¹⁶.

Pese a lo coherente de esta tesis se han planteado algunas objeciones. En cuanto a la afirmación de que lo enjuiciable ante nuestro Tribunal Constitucional no serán los convenios en sí mismos sino las autorizaciones para su celebración, cabe oponer que el art.27.2 LOTC en su epígrafe “c” refiere, lisa y llanamente, una eventual declaración de inconstitucionalidad de los “tratados internacionales” sin deslinde alguno entre el texto internacional sustantivo y la autorización nacional para su incorporación. A mayor abundamiento, del tenor del mencionado precepto bien podría inferirse que las leyes orgánicas de autorización tienen cabida en la letra “a” de la citada disposición y las autorizaciones por mayoría simple de las Cámaras en el epígrafe “b”, quedando el epígrafe “c” reservado al contenido material del tratado internacional¹⁷.

¹⁶ REQUEJO PAGÉS, J.L. “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º34. Pág.64 y 65.

¹⁷ Art.27.2 LOTC:

Son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad:

a) *Los Estatutos de Autonomía y las demás Leyes orgánicas.*

De hecho, en la STC nº 38/2007 de 15 de febrero se trató este asunto de forma tangencial, afirmando que los tratados internacionales son normas que, aun no siendo formalmente leyes, son primarias y, en consecuencia, susceptibles de ser sometidas a la jurisdicción del máximo intérprete constitucional. Cuestión distinta es los efectos que tal declaración puede acarrear en la medida en que, a renglón seguido, el Tribunal Constitucional sostuvo que aquélla “*no tiene que presuponer necesariamente la nulidad de la previsión contenida en el acuerdo internacional*”.

Sea como fuere, incluso si obviásemos que conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional las concretas previsiones de un tratado sí pueden ser sometidas a control constitucional y asumiésemos que sólo las autorizaciones internas para su acogimiento en el ordenamiento nacional permiten el meritado examen, habrá de convenirse que la sanción de invalidez de éstas últimas impacta inmediatamente en la aplicación del acuerdo internacional.

En otras palabras, siendo cierto que validez y aplicabilidad son dos términos conceptualmente distintos, esta diferencia se difumina, se diluye, al descender al terreno de lo real; una y otra categoría no son compartimentos estancos sino, bien al contrario, vasos comunicantes. Por muy exquisita o deferente que sea la declaración de inconstitucionalidad del instrumento estatal con la fuente autónoma de la que emana el tratado, tal declaración puede tener una incidencia directa en la eficacia, en la virtualidad misma del convenio. Como botón de muestra obsérvese la STC nº155/2005 de 9 de junio por la que se declara la inconstitucionalidad de la autorización para la adhesión a diversos Acuerdos del Fondo Monetario Internacional, otorgada mediante Real Decreto Ley 14/1998 convalidado mediante ley 13/1999, por vulnerar los arts. 94.1 y 74.2 CE. En el supuesto reseñado la constatación de inconstitucionalidad de la ley no se anudó a la declaración de su nulidad, advirtiendo que “*la inidoneidad del específico procedimiento seguido por las Cortes Generales, con ser, insistimos, tan grave como puede serlo toda infracción de la Constitución, encuentra sanción suficiente con la declaración de inconstitucionalidad del precepto que de ese procedimiento ha resultado, sin necesidad de añadir a ello un efecto anulatorio que, sobre no reparar en su integridad el mal causado, sumaría al ya producido el de la revisión de un compromiso internacional inatacable desde la perspectiva de los tratados.*”

De otra parte, el mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico de leyes internas válidas pero siempre inaplicables por colisionar con un tratado no supone sino un engorde estéril del magma legislativo vigente en nuestro país que introduce altas dosis de inseguridad para los operadores jurídicos y que puede ir acompañada de una progresiva erosión de la fuerza vinculante y de la

b) Las demás Leyes, disposiciones normativas y actos del Estado con fuerza de Ley. En el caso de los Decretos legislativos, la competencia del Tribunal se entiende sin perjuicio de lo previsto en el número seis del artículo ochenta y dos de la Constitución.

c) Los Tratados Internacionales.

d) Los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales.

e) Las Leyes, actos y disposiciones normativas con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, con la misma salvedad formula en el apartado b) respecto a los casos de delegación legislativa.

f) Los Reglamentos de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas.

obligatoriedad de la ley como categoría normativa. Repárese que las normas se estabilizan por medio de su aplicación por lo que la existencia de leyes vigentes gravitando en nuestra constelación normativa que, sin embargo, no deben ser observadas en ningún caso, resta vigor e intensidad a la noción de imperativo legal.

En lo tocante a la afirmación de que el Tribunal Constitucional no puede erigirse en intérprete de tratados internacionales, baste decir que la Convención de Viena ofrece, en sus arts. 31 y 32, herramientas para llevar a cabo esa tarea hermenéutica que no reserva a un intérprete internacional. Téngase en cuenta que no todos los convenios prevén la creación de organismos o tribunales internacionales encargados de tal misión interpretativa. Siendo ello así, la abstención del Tribunal Constitucional en dicha exégesis empuja a que esta labor sea desarrollada por la jurisdicción ordinaria que, de acuerdo con nuestra dinámica procesal y sistema de recursos, no siempre concluye en un pronunciamiento del Tribunal Supremo¹⁸. Parece evidente que ante una aparente contradicción entre tratado y ley la instancia dirimente necesariamente tendrá que entrar en el significado de las disposiciones contenidas en el tratado internacional siendo que, si el Tribunal Constitucional no es apto para tal cometido, con mayor razón no lo será el juez ordinario.

II. UNA SEGUNDA APROXIMACIÓN DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia de nuestro máximo intérprete constitucional ha acogido la última postura expuesta en virtud de la cual, como veíamos, la relación que se entabla entre tratados internacionales y disposiciones legales gira en torno a una condición de aplicabilidad de normas, de selección del Derecho pertinente entre dos alternativas posibles, correspondiendo tal decisión a la jurisdicción ordinaria. Con todo, la lectura de los sucesivos pronunciamientos emitidos por el Tribunal sobre esta cuestión permite vislumbrar un tránsito que arranca en una tímida inclinación inicial por la remisión del asunto a los tribunales ordinarios y desemboca en una abierta asunción, sin ambages, del test de convencionalidad formalmente proclamado en su día por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el celeberrimo asunto *Almonacid Arellano y otros c. Chile*¹⁹.

Haremos, a continuación, un repaso cronológico de algunas de las sentencias emitidas por nuestro Tribunal Constitucional en las que se aborda la controvertida relación tratado-ley.

Cabe citar, como punto de partida, la STC 49/1988 de 22 de marzo, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad formulado contra diversos preceptos de la Ley 31/1985 de 2 de agosto de regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorro. En el marco del precitado procedimiento se planteó la eventual incompatibilidad de la DA 2ª LORCA con el Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre España y la Santa Sede.

¹⁸ Con la divergencia de interpretaciones de disposiciones convencionales que pueden surgir entre diferentes órganos jurisdiccionales y la enorme inseguridad jurídica que ello puede generar.

¹⁹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de septiembre de 2006.

El TC, en el FJ 14º de su sentencia y en términos más bien parcos, se limitó a advertir que, puesto que lo que se discutía era la adecuación de una norma legal a lo preceptuado en un tratado- que también ostentaba fuerza de ley en el ordenamiento interior-, el examen de esa supuesta contradicción no correspondía a dicho Tribunal.

Más expresiva resultó la STC 28/1991 de 14 de febrero, dictada en el marco del recurso de inconstitucionalidad planteado contra dos preceptos introducidos en la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio del Régimen Electoral General por la Ley Orgánica 1/1987 de 2 de abril. En el seno de precitado recurso se sugirió que los preceptos discutidos entrañaban una vulneración del art. 5 de la Decisión 76/787/CECA, CEE, Euratom del Consejo de la Comunidad Europea y, por consiguiente, del art.2 del Acta del Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas.

En su FJ 5º la sentencia clarificó una serie de aspectos de notoria relevancia:

- Ningún tratado integra, en virtud del referido art. 96.1, el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español.
- El art.96.1 CE únicamente confiere fuerza pasiva a los convenios internacionales.
- La supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas; por consiguiente, tal colisión no incumbe al Tribunal Constitucional sino a los órganos judiciales quienes deberán decidir con ocasión de los litigios de que conozcan qué disposición resulta aplicable²⁰.

En el ámbito del amparo son de reseñar dos resoluciones que, si bien coinciden en la mayor parte de sus razonamientos, difieren en algunas de sus conclusiones. Así, en fecha 31 de mayo de 1993 se dictó la sentencia nº180 emitida en relación con el recurso interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de marzo de 1990, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a causa de la inaplicación de la Directiva 87/164/CEE de 2 de marzo de 1987. El máximo intérprete constitucional comenzó su disertación haciendo hincapié en que la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad cuya resolución corresponde a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 CE. Como correlato de lo anterior, señaló que la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales es una cuestión excluida del recurso de amparo.

Por su parte, la STC 102/2000 de 10 de abril, pese a no otorgar el amparo petitionado, introdujo *obiter dictum* en su FJ 7º, una importante matización. De esta forma, reiteró que la selección e interpretación de las normas aplicables en supuestos de incompatibilidad entre tratados y leyes era una labor propia de Jueces y Tribunales ordinarios. No obstante, el Tribunal Constitucional añadió que la elección llevada a cabo por la jurisdicción ordinaria podía revestir relevancia constitucional y, en consecuencia, podía ser

²⁰ En idéntico sentido: STC 142/1993 de 22 de abril FJ 3º, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad formulado contra varios artículos de la Ley 2/1991 de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación por infracción del Convenio 81 de la OIT.

controlada por él si resultaba arbitraria o manifiestamente irrazonable, si había sido fruto de un error patente o si a ella se le había seguido daño para otro derecho fundamental distinto al de la tutela judicial efectiva e igualmente tutelable a través de la vía de amparo. Así pues, pareció abrirse levemente la posibilidad de supervisión constitucional, en supuestos muy específicos y a raíz de un recurso de amparo, en la selección efectuada por los jueces ordinarios ante la dicotomía tratado internacional-norma legal. Pese a todo, entiendo que este pronunciamiento no modificó sustancialmente el esquema preexistente toda vez que no alteró la premisa según la cual los tratados no constituyen parámetro de validez de las leyes. Siendo ello así, la eventual sentencia estimatoria que pudiera dictarse en estos términos se limitaría a otorgar el amparo, declarando la nulidad de la decisión judicial; concretando, reconociendo y restableciendo el derecho fundamental quebrantado (arts. 53, 54 y 55 LOTC), pero sin pronunciamiento alguno sobre la validez de la ley²¹.

Retomando el cauce de la inconstitucionalidad, es de ver la STC 12/2008 de 29 de enero dictada como consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº1 de Santa Cruz de Tenerife en relación con las dudas que le suscitaba la constitucionalidad del art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²². Al mismo procedimiento se acumuló el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular contra diversas disposiciones procedentes de la misma ley. Tanto el Juzgado promotor de la cuestión como todas las partes en el recurso de inconstitucionalidad manejaron, a favor y en contra de la constitucionalidad de las normas impugnadas, argumentos tomados del Derecho internacional y del Derecho comparado. Al hilo de esta cuestión, el FJ 4º de la sentencia recordó la doctrina del Tribunal según la cual los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal. Debe subrayarse, sin embargo, que la propia sentencia puso en valor la remisión que nuestro texto constitucional, en su art.10.2, efectúa a instrumentos internacionales como parámetro interpretativo. De este modo, por medio de esta cláusula de apertura contenida en nuestra Carta Magna, los convenios fueron incorporados como instrumento normativo apto para el control de constitucionalidad de la ley si bien en un rol atenuado, como herramienta hermenéutica y únicamente en relación con la exégesis de los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución.

Más cercana en el tiempo es la STC 270/2015 de 17 de diciembre dictada como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Murcia contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptaban medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico²³. El motivo de inconstitucionalidad sugerido por el impugnante era,

²¹ Cuyo canon de validez quedaría reservado al bloque de la constitucionalidad, ajeno a los convenios internacionales.

²² En relación a cuotas paritarias en candidaturas políticas.

²³ Con anterioridad se emitió otro fallo que no hizo sino reiterar criterios preexistentes. La STC 207/2013 de 5 de diciembre abordó una supuesta inconstitucionalidad del apartado 7

en síntesis, la vulneración del principio de jerarquía normativa consagrado en el art.9.3 CE en la medida en que las disposiciones legales cuestionadas colisionaban con el Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 y ratificado por España.

En el FJ 6º de la sentencia se repasaba la reiterada doctrina constitucional conforme a la cual los tratados no pueden erigirse en normas fundamentales ni criterios de constitucionalidad; el enjuiciamiento de constitucionalidad viene proporcionado por la Carta Magna y, eventualmente, por las normas que integran el bloque de la constitucionalidad (entre las cuales no se encuentran los tratados internacionales). Por lo demás, sostuvo que el criterio de jerarquía no resulta idóneo para desempeñar la labor que compete al Tribunal Constitucional desde el momento en que la apreciación de contradicción entre un texto legal y la *Norma Normarum* no entraña una mera transgresión por norma de rango inferior de lo establecido en otra de rango superior, sino pura y simplemente, la inconstitucionalidad de la norma con rango de ley. En resumidas cuentas, el principio de jerarquía normativa no puede ser, aisladamente considerado, fundamento último de relevancia constitucional pues lo contrario supondría reconocer ésta a cualesquiera infracciones de normas inferiores de otras de superior jerarquía tales como reglamentos con respecto a leyes, hurtando tal cometido a la jurisdicción contenciosa²⁴.

Al fin llegamos a la reciente STC 140/2018 de 20 de diciembre, relativa a una supuesta inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2014 de 13 de marzo que modificó la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial en lo atinente a la jurisdicción universal. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto sugirió que la citada ley contravenía el IV Convenio de Ginebra de protección de personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949, la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 2006, y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

La resolución del Tribunal, en su FJ 6º, abraza el test de convencionalidad a la hora de encarar el conflicto convenio internacional-ley nacional. Los razonamientos que en dicha sentencia se desarrollan coinciden, en gran parte, con la tesis en su día defendida por Requejo Pagés. De esta forma, la sentencia asevera:

“Este precepto (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.”

del artículo único de la Ley Foral navarra 10/2013 de 12 de marzo por contravenir el Acuerdo sobre asuntos económicos suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Gobierno de España y la Santa Sede. En dicha resolución se reprodujo doctrina ya expresada en las SSTC 49/1988 de 22 de marzo, 28/1991 de 14 de febrero, 180/1993 de 31 de mayo y 102/2000 de 10 de abril.

²⁴ Y vaciando de contenido las previsiones recogidas en la LJCA 29/1998 de 13 de julio en tal sentido (arts. 1.1; 9.1.c; 10.1b, c y f; 11.1.a; 12.1 y 3.a; 25.1; 27 y 123 y ss.).

Es de ver que la sentencia restringe la fuerza activa de cualesquiera tratados al mero “desplazamiento”, que no derogación, de una norma legal previa. Cabe decir que tal aseveración, realizada en términos absolutos y sin distinción del tipo de convenio de que se trate, resulta chocante por cuanto la derogación o modificación de leyes anteriores por razón de un tratado ulterior se encuentra expresamente reconocida con respecto a los tratados internacionales autorizados conforme al art.94.1.e CE.

En cuanto a la fuerza pasiva de los tratados, se les reconoce plena resistencia frente a leyes posteriores incompatibles con los mismos, sin que ello entrañe vicio de invalidez de la norma legal sino su mera inaplicación. La razón de ser de esta inaplicabilidad reside en el paradigma antes apuntado según el cual tratados y leyes internas beben de fuentes de validez distintas por lo que aquéllos no podrán apreciarse como parámetros o filtros de corrección de éstas ni viceversa²⁵. Por lo tanto, en el contexto esbozado, ninguna depuración del ordenamiento jurídico de normas inválidas sería requerida sino, por el contrario, una mera selección de disposición aplicable encomendada a la jurisdicción ordinaria.

Por lo demás, el Tribunal Constitucional retoma el criterio sentado en la STC [102/2000](#), aludiendo a un eventual control constitucional de la elección de la norma aplicable realizada por el Juez o Tribunal ordinario, sólo en supuestos de arbitrariedad o error palmario en la decisión judicial y exclusivamente en clave de amparo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

III. UNA RESPUESTA LEGAL Y ALGUNOS INTERROGANTES

El 18 de diciembre de 2014 entró en vigor la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales 25/2014 de 27 de noviembre (en adelante, LTOAI) que sustituyó al ya lejano Decreto 801/1972 de 24 de marzo, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales. El art.31 LTOAI reconoce la prevalencia de los tratados válidamente celebrados y publicados oficialmente sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno salvo las normas de rango constitucional. Conviene señalar que dicho precepto debe ser interpretado en consonancia con el art.30.1 de la misma ley que prevé que la aplicación directa de los tratados únicamente procederá cuando éstos no requieran leyes o medidas reglamentarias de desarrollo²⁶.

²⁵ Es preciso señalar que la imposibilidad de emplear tratados internacionales como parámetro de validez y no de mera inaplicabilidad de normas internas sí se encuentra admitido para normas de rango reglamentario; así, el Auto del TS (Sala de lo Contencioso Sección Cuarta) de 10 de septiembre de 2014 señala que “*la constatación de que una disposición reglamentaria española es contraria al derecho de la Unión Europea es fundamento suficiente para declarar **la nulidad** de aquella **con efectos erga omnes**.”*

²⁶ Este último precepto viene a reflejar el criterio previamente manifestado por el Consejo de Estado (Dictamen de 9 de septiembre de 1993) y por el Tribunal Supremo en sentencias tales como la de su Sala 3ª de fecha 10 de marzo de 1998. En la precitada sentencia el Alto Tribunal condicionaba la aplicabilidad directa de los tratados a que sus disposiciones fueran *self-executing*, es decir, a que su redacción fuera lo suficientemente precisa para que no fuera necesario un desarrollo legal o reglamentario que representara la voluntad de los Estados contratantes.

Parte de la doctrina, entre otros Javier Díez-Hochleitner, ha visto en el art.31 LTOAI una voluntad del legislador de extender a toda suerte de tratados la misma primacía de la que goza el Derecho de la Unión, reconocida de antiguo en las Sentencias Costa contra Enel del 15 de julio de 1964 y Simmenthal de 9 de marzo de 1978²⁷. Debe admitirse que, tras la STC 140/2018, así ha resultado; no obstante, el giro que encierra el carácter difuso del test de convencionalidad habría precisado de un acompañamiento del resto del ordenamiento jurídico.

De esta forma, en mi modesta opinión, deberían haberse modificado las leyes procesales, pudiendo optar por dos alternativas: o bien garantizando la casación en supuestos de inaplicación de normas con rango legal por contravención de un tratado y removiendo los obstáculos que impedirían una previa apelación; o bien recogiendo una suerte de cuestión de convencionalidad, simétrica a la cuestión de ilegalidad regulada en los arts.27 y 123 y ss. LJCA 29/1998 para normas reglamentarias contrarias a leyes²⁸. Parece razonable que, por razones de seguridad jurídica y a excepción de que se trate de Derecho de la Unión, nuestro Alto Tribunal tenga siempre y en todo caso la última palabra sobre cuál debe ser el sentido que deba darse a disposiciones internacionales capaces de dejar sin efecto la voluntad del legislador nacional. De hecho, llama poderosamente la atención que el legislador haya puesto tanto esmero en centralizar la declaración de ilegalidad de los reglamentos en determinadas instancias judiciales sorteando así la inseguridad jurídica que la inaplicación difusa de las normas reglamentarias puede conllevar y, sin embargo, nada haya previsto para normas legales en casos de eventual infracción de tratados²⁹.

²⁷ DÍEZ-HOCHLEITNER, J. “Artículo 31. Prevalencia de los tratados.”, en *Comentarios a la Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales* Editorial Aranzadi, Navarra 2015, pág. 582.

²⁸ No obstante, el pronunciamiento de la instancia superior que conociera de la cuestión de convencionalidad debería limitarse a esclarecer de manera unitaria la compatibilidad o no de la ley con el tratado a efectos de aplicación de aquélla, sin pronunciamiento alguno sobre la validez intrínseca de la norma legal.

²⁹ No en vano, en relación con la cuestión de ilegalidad de reglamentos, la Exposición de Motivos de la LJCA 29/1998 en su epígrafe Quinto señala:

En cambio, ha parecido necesario destacar en el texto de la Ley las peculiaridades de los recursos en que se enjuicia la conformidad a derecho de las disposiciones generales, hasta ahora no suficientemente consideradas.

En realidad, los efectos que tienen estos tipos de recurso y, en particular, la declaración de ilegalidad de una disposición general por cualquier vía que se produzca, no pueden compararse, en términos generales, con los del recurso contra actos. La diferencia asume cada vez mayor relieve en la práctica, si se tiene en cuenta la extensión y relevancia que en el polifacético Estado moderno ha asumido la producción reglamentaria.

*La nueva Ley asegura las más amplias posibilidades de someter a control judicial la legalidad de las disposiciones generales, preservando los que se han dado en llamar recursos directo e indirecto y eliminando todo rastro de las limitaciones para recurrir que estableció la legislación anterior. Ahora bien, al mismo tiempo **procura que la impugnación de las disposiciones generales se tramite con celeridad y que aboque siempre a una decisión judicial clara y única, de efectos generales, con el fin de evitar innecesarios vacíos normativos y situaciones de inseguridad o interinidad en torno a la validez y vigencia de las normas.** Este criterio se plasma, entre otras muchas reglas de detalle, en el tratamiento procesal que se da al denominado recurso indirecto.*

De la misma manera, parece oportuno adaptar la normativa sobre responsabilidad patrimonial del Estado Legislador, en particular el art. 32 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público, para aquellos casos en que un órgano jurisdiccional no pueda aplicar un tratado internacional *non self-executing* por la pasividad del Estado en el desarrollo normativo al que está obligado (art.30 apartados 2º y 3º LTOAI).

De otra parte, sigue sin ofrecerse una solución para el supuesto en que sea una Comunidad Autónoma quien, por resultar competente, deba dictar una ley en aplicación del tratado y dicha norma legal resulte contraria al convenio internacional. La situación del Estado en dicho escenario se verá seriamente comprometida toda vez que resultará imposible plantear recurso de inconstitucionalidad contra la ley autonómica, habida cuenta del criterio del Tribunal Constitucional conforme al cual los tratados no integran el bloque de constitucionalidad. En tales casos únicamente los particulares que se vean afectados directa y personalmente por la norma autonómica podrán proponer su inaplicación ante los tribunales, con ocasión de un pleito concreto; sucede que si el perjudicado es otro Estado parte en el tratado no acudirá a los tribunales internos sino que, bien al contrario, optará por exigir responsabilidad internacional al Estado³⁰.

Por último, y en otro orden de cosas, se plantea el interrogante de si el test de convencionalidad difuso lleva ínsito un cierto riesgo de devaluación de nuestra *Norma Normarum*. Dado el amplísimo ámbito material sobre el que los tratados pueden versar y la inmediatez que supone el control de convencionalidad-con la instantánea inaplicación de la ley por los tribunales

Hasta ahora ha existido una cierta confusión en la teoría jurídica y en la práctica judicial sobre los efectos de esta clase de recurso, cuando la norma que aplica el acto impugnado es considerada contraria a derecho.

Y, lo que es más grave, el carácter difuso de este tipo de control ha generado situaciones de inseguridad jurídica y desigualdad manifiesta, pues según el criterio de cada órgano judicial y a falta de una instancia unificadora, que no siempre existe, determinadas disposiciones se aplican en unos casos o ámbitos y se inaplican en otros.

La solución pasa por unificar la decisión judicial sobre la legalidad de las disposiciones generales en un solo órgano, el que en cada caso es competente para conocer del recurso directo contra ellas, dotando siempre a esa decisión de efectos «erga omnes». De ahí que, cuando sea ese mismo órgano el que conoce de un recurso indirecto, la Ley disponga que declarará la validez o nulidad de la disposición general. Para cuando el órgano competente en un recurso de este tipo sea otro distinto del que puede conocer del recurso directo contra la disposición de que se trate, la Ley introduce la cuestión de ilegalidad.

(...)La regulación de este procedimiento ha tenido en cuenta la experiencia de la cuestión de inconstitucionalidad prevista por el artículo 163 de la Constitución y se inspira parcialmente en su mecánica; las analogías acaban aquí. La cuestión de ilegalidad no tiene otro significado que el de un remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el Juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya ilegalidad se aduce, pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez.

³⁰ Adviértase que las consultas preceptivas al Consejo de Estado (arts. 21.2 y 22.2 de la LOCE 3/1980) o al órgano equivalente de la Comunidad Autónoma no son vinculantes y que, de la misma forma, el deber de colaboración general que debe presidir las relaciones entre Estado y Comunidades Autónomas (STC 252/1988), por desgracia, no siempre es tal.

ordinarios-, a ojos del ciudadano la invocación de los convenios internacionales para la defensa de sus derechos frente a la ley puede resultar más atractiva por veloz y resolutive que la búsqueda de protección en la Constitución. Existe, pues, el peligro real de que los valores y reglas contenidos en normas externas terminen por desplazar los consagrados en nuestra Carta Magna. Nuestro país camina, por lo tanto, en dirección inversa a la senda transitada en Francia que, precisamente, acometió la reforma de su Ley fundamental en julio 2008 para poner fin a una inquietante deriva de su sistema constitucional por la cual los tratados y convenios internacionales habían suplido, de facto, el lugar reservado a su Constitución^{31 32}.

IV. BIBLIOGRAFÍA

MANGAS MARTÍN, A. “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho español”. *Cuadernos de derecho judicial* n°11, 1994.

SANTAOLALLA LÓPEZ, F. “La Ley y la autorización de las Cortes a los tratados internacionales”. *Revista de Derecho Político* n°11, Otoño 1981.

REQUEJO PAGÉS, J.L. “Consideraciones en torno a la posición de las normas internacionales en el ordenamiento español”. *Revista Española de Derecho Constitucional* n°34.

BON, P. La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia, ¿solución o problema?, UNED D. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009

CARDONA LLORÉNS, J. “*El régimen de los tratados en el ordenamiento jurídico español*”. Universidad de Valencia 1983.

³¹ Tradicionalmente el control de constitucionalidad de las leyes galas era principalmente abstracto y previo. Este control precedente a la promulgación únicamente era preceptivo para leyes orgánicas y reglamentos de las asambleas parlamentarias, de suerte que el sometimiento al examen de constitucionalidad del resto de normas de rango legal no sólo era facultativo sino que, además, los legitimados para instarlo se circunscribían a sujetos muy concretos (el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado y sesenta diputados o sesenta senadores).

De esta forma, determinadas leyes no evaluadas por el Consejo Constitucional francés antes de su promulgación no podían ser puestas en cuestión por un tribunal ordinario, dando lugar a lo que se denominó “teoría de la ley pantalla”. Sin embargo, y paradójicamente, esos mismos tribunales ordinarios sí podían inaplicar una ley que colisionase con un tratado internacional. Esta dinámica generó que la ley fundamental francesa cayese en desuso y fuese relegada entre sus propios conciudadanos.

Acometida la reforma constitucional en el año 2008, el actual art.65 de la Constitución francesa de 1958 establece la posibilidad de plantear una cuestión prejudicial de constitucionalidad en aquellos casos en que una disposición legislativa vulnera derechos y libertades garantizados en la Constitución tratando de desterrar, así, el permanente control de convencionalidad y la falta de invocación del texto fundamental galo por los operadores jurídicos.

³² BON, P. La cuestión prejudicial de constitucionalidad en Francia, ¿solución o problema?, UNED D. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23, 2009, págs. 313 a 325.

DE OTTO, I. “*Derecho Constitucional. Sistema de fuentes.*” Ariel Derecho, Barcelona 1995.

PÉREZ ROYO, J. “*Las Fuentes del Derecho*”. Tecnos, Madrid 1984.

TORRES DEL MORAL, A. “*Principios de Derecho Constitucional Español 2*”. Átomo Ediciones, Madrid 1986.

MATÍA PORTILLA, F.J, “*Los tratados internacionales y el principio democrático.*” Marcial Pons, Madrid 2018.

ANDRÉS SAÉNZ DE SANTAMARÍA, P. “Artículo 96”, en *Comentarios a la Constitución española.* (M.E. CASAS y M. RORÍGUEZ-PIÑERO, Dirs.), Wolters-KLuwer, 2009.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J. “Artículo 31. Prevalencia de los tratados.”, en *Comentarios a la Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales* Editorial Aranzadi, Navarra 2015