

Jurisdicción ordinaria y control de convencionalidad en violencia de género y otros supuestos de afectación de derechos humanos (a propósito del ATC 301/2023, 6 junio)

Sumario

El artículo 834 del Código Civil reconoce el derecho del cónyuge superviviente a la legítima viudal. No obstante, se condiciona a que, en el momento del fallecimiento, los cónyuges no estén separados de hecho o legalmente. En el supuesto en que la causa de separación sea la existencia de una orden de protección en el ámbito de la violencia de género se planteó al Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad por entender que el artículo citado era inconvencional. En concreto, el Juzgado de Primera Instancia promotor de la cuestión consideró que la norma interna civil no respetaba diferentes derechos reconocidos en el Convenio de 11 de mayo de 2011, de Estambul. En el trabajo se analiza el auto del Tribunal Constitucional con el que se inadmitió la cuestión planteada y a propósito de este se profundiza en la concreción del papel que desempeña la Jurisdicción ordinaria en la se analiza la construcción jurisprudencial constitucional en torno al control difuso de convencionalidad. En concreto, se plantean dos cuestiones investigativas relevantes. Por un lado, si en caso de conflicto entre norma interna e internacional, la Jurisdicción ordinaria debe promover una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. En segundo lugar, se concreta con base a qué principios deben resolverse los concursos entre normas internas y convencionales sin que ninguna de ellas sea declarada inválida, pero sea desplazada, en cuanto a la aplicación, por la otra.

Abstract

Art. 834 of the Spanish Civil Code recognises the right of the surviving spouse to a statutory legacy. Nevertheless, it is conditional on the fact that, in the moment of the decease, the spouses are not legally or de facto divorced. In case that the reason of divorce is the existence of a restraining order in the scope of gender violence, a question of unconstitutionality was presented to the Constitutional Court, as it was understood that article 834 was unconventional. Specifically, the court of first instance that promoted this question considered that the internal civil precept did not respect different rights recognised on Convention of 11 May 2011, of Istanbul. This paper analyzes the order of the Constitutional Court by which the question raised was declared inadmissible and, on that basis, further examines the specific role played by the ordinary jurisdiction, as well as the constitutional jurisprudential construction surrounding diffuse control of conventionality. In particular, two relevant research questions are addressed. First, whether, in the event of a conflict between domestic and international legislative precepts, the ordinary jurisdiction must refer a question of constitutionality to the Constitutional Court. Second, the paper specifies the principles on the basis of which conflicts between domestic and conventional norms should be resolved when neither is declared invalid, but one is set aside in its application in favour of the other.

Title: *Ordinary jurisdiction and control of conventionality in gender violence and other human rights violation (in light of ATC 301/2023, of 6 June).*

-

Palabras clave: Jurisdicción ordinaria; control de convencionalidad; derechos humanos; control de constitucionalidad; violencia de género, sumisión jurisdiccional a la ley.

Keywords: *Ordinary jurisdiction, control of conventionality, human rights, constitutional control, gender-violence, jurisdictional submission to the law*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.04

2.2026

Recepción

1/12/2025

-

Aceptación

20/01/2026

-

1. Sumisión exclusiva a la ley, examen de legitimidad y garantía jurisdiccional de derechos humanos

2. Cuestión de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de normas internas: a propósito de los derechos humanos de víctimas de violencia de género (ATC 301/2023, 6 junio)

2.1. Antecedentes

2.2. Violencia de género y legítima viudal

2.2.1. Convenio de Estambul y derechos de las víctimas

2.2.2. *Ratio* del art. 834 CC

2.3. Inadmisión de la cuestión: los tratados internacionales no integran el bloque de constitucionalidad

3. Parámetros y principios para el control de convencionalidad en general, y en especial, en materia de derechos humanos

3.1. Introducción

3.2. Parámetros en la jurisprudencia constitucional

3.2.1. Debate en torno al carácter abstracto o difuso (STC 270/2015, 17 diciembre (Pleno))

3.2.2. Fijación del carácter difuso (STC 140/2018, 20 diciembre (Pleno))

3.2.3. Alcance de la intervención del TC *ex post* vía “recurso” de amparo

a. STC 10/2019, 28 enero (Sala 2ª)

b. STC 80/2019, 17 junio (Pleno)

3.3. Concurso de ley interna y convencional: prevalencia de los tratados y principio *pro persona*

4. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Sumisión exclusiva a la ley, examen de legitimidad y garantía jurisdiccional de derechos humanos^{1*}

La doctrina procesalista ha elaborado diferentes teorías para definir la función judicial², tanto subjetivas como objetivas. Para las primeras, la función jurisdiccional consiste en la tutela de derechos subjetivos de los particulares cuando necesitan protección³. Dentro de esta modalidad, se ha entendido que la función de la Jurisdicción es la resolución de controversias entre derechos subjetivos⁴. Sin embargo, esta teoría es incapaz de explicar todos los supuestos de actuación jurisdiccional en los que no están en juego ese tipo de derechos. Descartada la validez de las teorías subjetivas, la doctrina sostiene la adecuación de las objetivas para explicar la función jurisdiccional.

Dejando a un lado las distintas formulaciones teóricas⁵, existe unanimidad en sostener que la función de la Jurisdicción consiste en la actuación del Derecho objetivo al caso concreto. Esta concepción tiene como ventaja ofrecer una visión unitaria de la Jurisdicción en cuanto potestad o función estatal⁶, y es la que se deriva de la redacción del artículo 117.3 de la Constitución de 1978 (en adelante, “CE”). Somos conscientes de que la Administración pública también aplica el Derecho al caso concreto⁷, si bien, lo hace de distinta manera que la Jurisdicción y con diferente

^{1*} Luis Andrés Cucarella Galiana: Luis.a.cucarella@uv.es Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Aportes del Derecho procesal a la consecución y consolidación de la cultura de paz” (PID 2024-160932NB -I00). IP (1) Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín. IP (2): Marcos Loredo Colunga.

² Sobre la Jurisdicción en general, ORTELLS RAMOS, et al, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pp. 47-52. Sobre las diferentes teorías, SERRA DOMÍNGUEZ, “Jurisdicción”. *Estudios de Derecho Procesal*. Ariel, España, 1969, pp. 23-51; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, «Notas relativas al concepto de Jurisdicción». *Estudios de teoría general*. México 1974, pp. 29-60.

³ Sobre estas teorías, SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 24.

⁴ Véase sobre esta teoría y su crítica, *Ibidem*, pp. 24-28

⁵ Sobre las distintas orientaciones de las teorías objetivas, *Ibidem* pp. 28-43.

⁶ En este sentido, CORDÓN MORENO, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*. Pamplona 1979, pp. 59-60, afirma que «en un sentido genérico, fin primario de la jurisdicción es, por tanto, el lograr la efectividad del derecho objetivo y, sólo como consecuencia, la efectividad de las situaciones jurídicas individuales. Sólo desde este punto de vista es posible un concepto unitario de jurisdicción como poder y como función del Estado aplicable a cada una de sus manifestaciones (civil, penal, administrativa, etc.)».

⁷ Es por ello que no podemos limitarnos a sostener que el papel que desempeñan los jueces y juezas es sin más, aplicar el Derecho al caso concreto. La razón es evidente. También la Administración pública desempeña esa función (art. 103 CE). Sobre este artículo y el papel que tiene encomendada la Administración pública en la CE, MARTÍN REBOLLO, «La Administración en la Constitución (Arts. 103 a 107)». *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992, pp. 51-82.

Respecto al control jurisdiccional de la actuación administrativa, el artículo 106.1 CE dispone que «los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Sobre este control, VANOSSI, Jorge Reinaldo, «La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder (homenaje al artículo 106 de la Constitución española)». *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano* (coord. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco), 2003, pp. 127-158.

De este modo, como la Administración pública debe servir a los intereses colectivos en los términos del artículo 103.1 CE, la actividad administrativa es controlable a los efectos de comprobar si se han respetado los derechos de los administrados. Por el contrario, la aplicación jurisdiccional del Derecho, sin perjuicio del sistema de recursos que se establezca, es irrevocable, en tanto que no es controlada por instancia posterior.

eficacia⁸. Así, es preciso indicar que la potestad jurisdiccional consiste en la actuación del Derecho objetivo por vía de heterotutela y con valor de cosa juzgada⁹.

En este contexto en que nos estamos moviendo, indicamos que descartamos como objeto de nuestro estudio los supuestos en que los órganos administrativos aplican al caso concreto normas jurídicas. Nuestro objetivo es prestar atención a la posición de los jueces y juezas de la Jurisdicción ordinaria en relación con la ley.

Al respecto, la doctrina ha señalado cuál debe ser esa posición: la Jurisdicción ordinaria debe llevar a cabo un doble examen de legitimidad de las normas aplicables al caso¹⁰. Por un lado, un análisis jurídico formal, atendiendo a su aprobación y el procedimiento seguido para ello, y por otro, jurídico material, verificando si contradice o no norma de rango superior¹¹. Por este motivo, en el caso en que se detecte esa contradicción, el juez o la jueza están legitimados para no aplicar un reglamento ilegal, o una norma inconstitucional previa a la CE.

⁸ Observada la identidad funcional entre la potestad jurisdiccional y algunas potestades administrativas, se ha querido encontrar en la diferente eficacia jurídica que produce el ejercicio de una y otra potestad, un criterio para distinguirlas. Véase en este sentido, BONET NAVARRO, Ángel, «Derecho y Derecho Jurisdiccional». *Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad*. Zaragoza 1981, pp. 57-58; SERRA DOMÍNGUEZ, op. cit., pp. 51-52; CASTILLO RIGABERT, *La admisión del recurso de amparo*. Universidad de Murcia, 1991, p. 26; ORTELLS RAMOS, et al, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pp. 127-130.

⁹ Sobre el efecto de cosa juzgada de las resoluciones judiciales, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Ramón Areces 1991; TAPIA FERNÁNDEZ, *El objeto del proceso: alegaciones, sentencia, cosa juzgada*. La Ley-Actualidad 2000; DE PADURA BALLESTEROS, *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada: su régimen en la LEC 1/2000*. Tirant lo Blanch 2002; DE LA OLIVA SANTOS, *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*. Aranzadi 2006; NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*. Atelier 2006. Por el contrario, la actuación del Derecho mediante potestades administrativas carece de la eficacia de producir cosa juzgada y el acto jurídico que se realiza con esa actuación se halla esencialmente expuesto a ser revisado y, en su caso, anulado, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional por los órganos (jurisdiccionales) que la tienen exclusivamente atribuida” (ORTELLS RAMOS, et al, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., p. 128).

Referencias al valor de cosa juzgada en las decisiones jurisdiccionales, podemos encontrar en algunos preceptos de la CE. Así, el artículo 161.1 a) CE que indica que la «declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada». También debe citarse el artículo 164.1 CE, que predica la eficacia de cosa juzgada de las sentencias del TC a partir del día siguiente de su publicación en el BOE.

Respecto al control jurisdiccional de la actuación administrativa, el artículo 106.1 CE dispone que «los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican». Sobre este control, VANOSSI, Jorge Reinaldo, «La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder (homenaje al artículo 106 de la Constitución española)». La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano (coord. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco), 2003, pp. 127-158.

De este modo, como la Administración pública debe servir a los intereses colectivos en los términos del artículo 103.1 CE, la actividad administrativa es controlable a los efectos de comprobar si se han respetado los derechos de los administrados. Por el contrario, la aplicación jurisdiccional del Derecho, sin perjuicio del sistema de recursos que se establezca, es irrevocable, en tanto que no es controlada por instancia posterior.

Observada la identidad funcional entre la potestad jurisdiccional y algunas potestades administrativas, se ha querido encontrar en la diferente eficacia jurídica que produce el ejercicio de una y otra potestad, un criterio para distinguirlas. Véase en este sentido, BONET NAVARRO, Ángel, «Derecho y Derecho Jurisdiccional». *Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad*. Zaragoza 1981, pp. 57-58; SERRA DOMÍNGUEZ, , op. cit., pp. 51-52; CASTILLO RIGABERT, *La admisión del recurso de amparo*. Universidad de Murcia, 1991, p. 26; ORTELLS RAMOS, et al, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pp. 127-130.

¹⁰ En este punto, seguimos a GIMENO SENDRA, (con DÍAZ MARTÍNEZ, /CALAZA LÓPEZ, *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, España. 2020, p. 46.

¹¹ En relación con este examen, *Ibidem*, p. 46, afirma que a través de este examen «debe constar la legitimidad de la norma, es decir, si se conforma o contradice otras de rango superior».

En el caso en que se trate de norma posterior a la CE, la posición de la Jurisdicción ordinaria es diferente. El sistema de Justicia constitucional previsto en nuestro ordenamiento jurídico impide que un juez o jueza de la Jurisdicción ordinaria pueda declarar, ni siquiera con efectos *inter partes*, la inconstitucionalidad de una norma¹². Al contrario, debe promover la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad para que sea el Tribunal Constitución (en adelante, “TC”) quien proceda a realizar dicha declaración y la expulse del ordenamiento jurídico¹³ (art. 163 CE).

El trabajo que estamos presentando se encuadra en este contexto de realización de control de legitimidad de normas internas por la Jurisdicción ordinaria y la decisión sobre la aplicación o no al caso concreto. En particular, queremos enfrentar el análisis de cómo debe proceder la Jurisdicción ordinaria en los casos en que tenga que aplicar al caso concreto una norma interna sospechosa de ser inconvencional. Es decir, contraria a lo previsto en un tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico español. Así, vamos a profundizar en el análisis de la posición de la Jurisdicción ordinaria frente a la “ley interna” y la “ley convencional” en caso de contradicción entre ellas.

Somos conscientes de que el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico se ha abordado por el TC en diferentes resoluciones. Sin embargo, nosotros queremos poner el acento exclusivamente en el ámbito de los derechos humanos.

Para realizar nuestro estudio, tomamos como punto de partida el auto 301/2023 del TC (en adelante, “ATC 301/2023”), de 6 de junio, rec. 1700/2023¹⁴, en el que se inadmite una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el titular de un Juzgado por considerar que una norma civil interna era contraria a disposiciones normativas internacionales en materia de derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia de género¹⁵. Nótese que el titular de la potestad jurisdiccional, al controlar si una norma interna era o no convencional, decide suspender el proceso y promover una cuestión de inconstitucionalidad. Es decir, remite al TC la decisión sobre si los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia y reconocidos en normas internacionales eran respetados por la norma civil interna.

Queremos subrayar que el TC fundamenta la decisión tomada en el auto referido, remitiéndose expresamente a la STC 140/2018, de 20 de diciembre. Esta resolución es reconocida por la

¹² Sobre el modelo de control en concreto de constitucionalidad de una norma puede verse, VÉLEZ, José Miguel, «El control concreto de constitucionalidad», *Revista Jurídica de Derecho Público*, tomo 5, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2011, pp. 19-75.

¹³ *Ibidem*, p. 46 afirma si el juez «observara la quiebra de alguno de estos dos exámenes, habrá de determinar su naturaleza, bien para dejarla inaplicada (caso de los Reglamentos ilegales o de Leyes inconstitucionales anteriores de la Constitución: vide art. 6 LOPJ y Disposición Derogatoria 3ª de la CE), bien para promover de oficio la “cuestión de inconstitucionalidad” (cuando se trate de disposiciones con rango de ley contrarias y posteriores a la Constitución: vide art. 5.2 y 3 LOPJ)».

¹⁴ Base de datos Aranzadi Westlaw RTC\2023\301 AUTO.

¹⁵ Sobre la dimensión civil de la violencia de género, ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar, *Violencia de género y responsabilidad civil*, Reus, España, 2020; BELLO JANEIRO, Domingo, «Aspectos civiles de la violencia de género» *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gonsálbez* (MARÍN VELLADRE, Asunción; CABEZUELO ARENAS, Ana Laura; MORENO MOZO, Fernadno, dirs.), 2021, pp. 271-290; FEBLES YANES, Eloísa, «La responsabilidad civil en los delitos de violencia de género y en la violencia doméstica» *La Ley* núm. 7786, 2012; HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *Implicaciones jurídico civiles de la violencia de género*, Dykinson 2025; TONNA PRUENCE, Lucía, «La responsabilidad civil derivada de la violencia basada en género» *Revista crítica de Derecho Privado*, núm. 17, 2020, pp. 1115-1125; MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, *Mujeres mayores víctimas de violencia de género y tutela civil de sus derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, España, 2024; SOLÉ RESINA, Judith, «El papel del Derecho Civil en lucha contra la violencia de género», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, 2006, pp. 1797-1816; VELA SÁNCHEZ, Antonio, *Las consecuencias civiles de la violencia de género. Estudio doctrinal y jurisprudencial*. Bosch, España, 2022.

doctrina como la que consagra el “control de convencionalidad¹⁶” en el sistema de Justicia constitucional español.

Es por ello por lo que para poder analizar y establecer cuál debe ser la posición de la Jurisdicción ordinaria ante normas internas inconvencionales, queremos estudiar cuáles han sido los precedentes jurisprudenciales de la STC 140/2018, así como otras resoluciones dictadas con posterioridad en las que el TC confirma la jurisprudencia fijada. En todo caso, nos movemos en relación con la necesidad de proteger adecuadamente los derechos humanos.

De esta manera, el trabajo que realizamos va dirigido a resolver a estas dos cuestiones investigativas que planteamos a continuación:

1ª. ¿La Jurisdicción ordinaria debe promover cuestión de inconstitucionalidad en supuestos de inconvencionalidad de normas internas?

2ª. ¿El control de convencionalidad en general, y en particular en materia de derechos humanos, con base a qué parámetros o principios se realiza?

2. Cuestión de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de normas internas: a propósito de los derechos humanos de víctimas de violencia de género (ATC 301/2023, 6 junio)

2.1. Antecedentes

El 14 de marzo de 2023 tuvo entrada en el registro general del TC un oficio del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (en adelante, “JPPI”) número 3 de Ronda promoviendo una cuestión de inconstitucionalidad del artículo 834 del Código Civil (en adelante, “CC”).

A los efectos de entender el contexto, es preciso tener presente que el JPPI estaba tramitando un procedimiento de sucesión hereditaria en el que la viuda, víctima de violencia de género, solicitó la declaración de legitimaria en el caudal hereditario de su esposo.

Fueron los tres hijos del matrimonio los que al no existir testamento del causante solicitaron declaración de herederos abintestato, omitiendo reconocer como legitimaria a la viuda al amparo de lo previsto en el artículo 834 CC, en la medida en que los progenitores se encontraban separados al tiempo del fallecimiento del padre.

La madre sostuvo que la separación se debió a una orden de alejamiento impuesta al fallecido por sentencia de un Juzgado de lo Penal dictada el 18 de febrero de 2018, condenado como autor de un delito de maltrato habitual del artículo 173.2 del Código Penal. Por el contrario, los hijos sostuvieron que la separación de los progenitores tuvo lugar antes de la emisión de la sentencia. En concreto, señalaron que se produjo desde el año 2013, por lo que debía aplicarse sin problema alguno el artículo 834 CC, no debiéndose reconocer a la madre como legitimaria a la cuota legal con respecto al tercio de mejora.

El JPPI número 3 de Ronda acogió la argumentación de la madre y antes de dictar sentencia en el procedimiento hereditario decidió promover cuestión de inconstitucionalidad del artículo 834

¹⁶ Véase al respecto, JIMENA QUESADA, «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*, núm. 53, 2019, p. 441.

CC «por ser contrario al principio de igualdad perjudicando a las víctimas de violencia de género que para salvaguardar su integridad física hayan sido protegidas mediante orden de protección, pudiendo suponer igualmente una vulneración de los tratados internacionales firmados por España en esta materia particularmente del Convenio de Estambul y sus protocolos» (antecedente 2).

El Juzgado pone de relieve que el artículo 834 CC aplicado en los casos en que exista una separación motivada por una orden de alejamiento «provoca una doble victimización de la mujer, que es perjudicada directamente por el delito y que se ve privada por la regulación civil del derecho al usufructo del tercio destinado a mejora» (antecedente 3).

Por todo ello, el JPII presumió que el artículo 834 CC era sospechoso de inconstitucionalidad «al no diferenciar entre motivos de la separación de hecho», lo que supone «una discriminación injustificada en perjuicio de las víctimas de violencia de género y produce una vulneración (...) directa a los arts. 12.3, 18 y 29 del convenio antes citado», en concreto, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (en adelante, “Convenio de Estambul”), el 11 de mayo de 2015¹⁷.

En definitiva, como puede apreciarse, la cuestión de inconstitucionalidad se fundamenta en la sospecha de que el artículo 834 CC contradice, principalmente, varios preceptos de carácter convencional. Es decir, se toma como canon de constitucionalidad de una norma interna, varios preceptos de un tratado internacional que consagra derechos a las mujeres víctimas de violencia de género y doméstica y que impone obligaciones a los Estados parte.

A los efectos de poder comprender mejor el alcance de la cuestión planteada y prestar atención a la decisión que toma el TC, consideramos oportuno concretar algunos aspectos relacionados con la violencia de género y el derecho a la legítima viudal.

2.2. Violencia de género y legítima viudal

2.2.1 *Convenio de Estambul y derechos de las víctimas*

Enfrentarse al problema de la violencia de género y analizar las soluciones que desde un punto de vista normativo se han adoptado para combatirla, exige prestar atención a dos perspectivas. Por un lado, obviamente, hay que tener presente la regulación normativa interna. Al respecto, la norma principal es la Ley Orgánica 1/2004, 28 diciembre, de medidas para la protección integral contra la violencia de género¹⁸ (en adelante, “LO 1/2004”). Como se indica en el apartado II de la exposición de motivos de esta ley «los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a los derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de

¹⁷ Boletín Oficial del Estado 6 junio 2014, núm. 137.

¹⁸ En ese contexto, es evidente que el proceso penal juega un elemento esencial a través del cual se impongan las correspondientes penas por haber realizado alguna de las conductas penalmente punibles y que pueden englobarse en el ámbito de la violencia de género. Obviamente, con esto no estamos sosteniendo que el proceso sea el único instrumento para la erradicación de la lacra. Existen otras muchas medidas o instrumentos que los poderes públicos tienen en sus manos para conseguir ese objetivo y de las que debe hacerse uso.

la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud»¹⁹.

No obstante, si bien la LO 1/2004 es la regulación básica interna en la materia, no hay que desdeñar la perspectiva convencional o internacional. Y al respecto, dado el contenido del ATC 301/2023, prestamos atención al Convenio de Estambul.

El artículo 13 de este Convenio regula los aspectos relacionados con la sensibilización en materia de igualdad y lucha contra cualquier forma de violencia hacia las mujeres. En concreto, el apartado 1 dispone que «las Partes promoverán o dirigirán, regularmente y a todos los niveles, campañas o programas de sensibilización, incluso en cooperación con las instituciones nacionales de derechos humanos y las entidades competentes en materia de igualdad, la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales, en particular las organizaciones de mujeres, en su caso, para incrementar la concienciación y la comprensión por el público en general de las distintas manifestaciones de todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio y sus consecuencias en los menores, y de la necesidad de prevenirlos».

El apartado 2 añade que «las Partes garantizarán la amplia difusión entre el público en general de información sobre las medidas disponibles para prevenir los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio».

El Convenio de Estambul contempla la necesidad de que se preste especial atención por los Estados parte a aspectos relacionados con la violencia física (art. 35), sexual (art. 36), matrimonios forzados (art. 37), mutilación genital (art. 38), abortos o esterilizaciones forzadas (art. 39), etcétera.

Un papel clave, pero en el único, en la lucha contra la violencia de género lo tiene la Jurisdicción²⁰. En este contexto es donde el titular del JPPI de Málaga lleva a cabo un análisis de la convencionalidad del artículo 834 CC, procurando la protección de los derechos de la víctima de violencia de género que era parte en el proceso civil de naturaleza sucesoria que estaba tramitando. La norma interna de carácter civil, la confronta con los artículos 12.3, 18 y 29 del Convenio de Estambul.

Así, el JPPI concluyó que el artículo 834 CC era sospechoso de inconstitucionalidad por inconventionalidad, al no tener en cuenta las necesidades específicas de las mujeres vulnerables

¹⁹ En relación con esta Ley, y sin ánimo de exhaustividad, CASTILLEJO MANZANARES, «Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género». *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 14, 2005, pp. 13-24; FUENTES SORIANO, «La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género». *La Ley* núm. 5, 2005, pp. 1153-1170; GÓMEZ COLOMER, «La nueva ley española de medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Derecho penal liberal y dignidad humana: libro homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez* (VELÁSQUES VELÁSQUES, /AMBOS) autores varios (a partir de ahora AAVV). Editorial Temis. Colombia 2005, pp. 273-302; GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *Violencia de género y proceso*. Valencia. Tirant lo Blanch 2007.

²⁰ Hasta tal punto se confiaba ese papel a jueces y juezas, que el legislador, a pesar de las reformas realizadas tendentes a generalizar los medios adecuados de solución de controversias, mantiene la prohibición de estos medios en los supuestos de violencia contra la mujer. En general sobre esta cuestión, CASTILLEJO MANZANARES, «Mediación en violencia de género: una solución o un problema, en *Mediación: un método de conflictos: estudio interdisciplinar*» (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, dir.; SANZ HERMIDA/ORTIZ PRADILLO, coords.). Colex, 2010, pp. 193-204.

Debemos señalar que en este contexto, el artículo 89 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas de eficiencia del Servicio Público de Justicia, al regular la competencia de las Secciones de Violencia sobre la Mujer de los Tribunales de Instancia, dispone de manera tajante en su apartado 9 que «en todos estos casos está vedada la utilización de los medios adecuados de solución de controversias».

por ser víctimas de violencia de género, y sin que estén presentes sus circunstancias particulares y sus derechos humanos (art. 12.3 Convenio Estambul).

De igual manera, consideró que se infringían las obligaciones de carácter general impuestas a los Estados en el artículo 18 Convenio Estambul, de carácter legislativo y de cualquier otra naturaleza para la mejor protección de las víctimas, las cuales tienen que implicar un enfoque integrado y evitar la revictimización.

De igual manera, sostuvo que el artículo 839 CC deja a las víctimas de violencia de género sin las acciones y recursos adecuados frente al victimario (art. 29 Convenio Estambul).

Por todo ello, suspendió el proceso civil y planteó duda de “constitucionalidad” del artículo 834 CC.

2.2.2. *Ratio del art 834 CC*

El artículo 834 CC dispone que «el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora». En definitiva, el cónyuge supérstite pierde la legítima viudal tanto si es el determinante de la separación, como si la impuso el cónyuge premuerto o si fue de mutuo acuerdo.

Este artículo está ubicado en la sección séptima: “Derechos del cónyuge viudo”, capítulo II, título III, libro III CC. Se le dio la actual redacción con la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Como se indica en la exposición de motivos de esta ley, se decide mantener la figura de la separación, si bien, reforzando el principio de libertad de los cónyuges. En concreto, se afirma que «de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio».

La separación se configuró con esta reforma como una opción «a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos».

Por otro lado, añadimos que el artículo 834 CC que nos ocupa es concordante con otras disposiciones del CC. En concreto, el artículo 944 CC dispone que «en defecto de ascendientes y descendientes, y antes que los colaterales, sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente», matizando, el artículo 945 CC, que “no tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado legalmente o de hecho».

Sin perjuicio de que vamos a profundizar en el análisis del ATC 301/2023 queremos destacar las palabras que se recogen en el fundamento jurídico (en adelante, “FJ”) 5 en donde se contextualiza los aspectos relacionados con la legítima viudal y su consideración como derecho vinculado a la convivencia conyugal. En concreto, queremos destacar las siguientes palabras:

«Estos preceptos expresan la decisión del legislador en el sentido de que la legítima del cónyuge sea un derecho vinculado a la pervivencia del vínculo matrimonial, lo

que no se da ante una ruptura de la convivencia conyugal en determinados supuestos de crisis matrimonial, como en el caso de separación judicial o de hecho, en los cuales la ausencia de “affectio maritalis” no justifica la existencia de una atribución sucesoria. El precepto elimina la legítima del cónyuge superviviente tanto si fue este el que impuso la separación, como si fue de mutuo acuerdo o fue impuesta por el cónyuge premuerto. Esta exclusión es también coherente con el hecho de que el reconocimiento de legítima viudal busca el objetivo de proporcionar al superviviente recursos con los que atender a su subsistencia y preservar el nivel de vida de que disfrutó en compañía del premuerto. Si no existe convivencia el derecho de legítima queda, en el esquema diseñado por el Código civil, sin justificación».

2.3. Inadmisión de la cuestión: los tratados internacionales no integran el bloque de constitucionalidad

A los efectos de tomar la decisión de admitir o no la cuestión de inconstitucionalidad que analizamos, el TC, al amparo de lo previsto en el art. 37.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, analiza si faltan las condiciones procesales necesarias, por un lado, o si es notoriamente infundada la cuestión por el otro.

Respecto de la primera cuestión concluye que no hay tacha que realizar (FJ 2º). Sin embargo, acaba inadmitiendo a trámite la cuestión por no haber dado cumplimiento al debido juicio de relevancia²¹.

Simplificando la argumentación del TC queremos destacar que acaba reprochando al JPPII que podría haber hecho otra interpretación del artículo 834 CC que evitara sus dudas de inconstitucionalidad. En concreto, destaca que dicha disposición, en el caso de la separación de hecho, se refiere a supuestos en los que la misma se produzca por decisión de ambos o uno solo de los cónyuges. Es decir, cuando concorra la voluntad de uno o ambos cónyuges de poner fin a la convivencia, siendo su “libre decisión”. Sin embargo, la separación de hecho motivada por una orden judicial de alejamiento en caso de violencia de género cae fuera del ámbito de adecuación de la disposición analizada, puesto que no concurre la libre decisión, sino que es impuesta judicialmente (FJ 5 in fine):

«Este es uno de esos casos en la medida en que era posible, sin forzar su sentido, hacer una interpretación del precepto que permitía excluir la duda de constitucionalidad que se plantea, atendiendo a la interpretación sistemática del precepto “en relación con el contexto” (art. 3.1 CC). En tal sentido es posible entender que, a diferencia del supuesto de la separación judicial en el que esta deriva de la decisión de un tercero, el juez, el concepto de separación de hecho como productora de efectos jurídicos no se refiere a toda cesación temporal de la convivencia conyugal por hechos ajenos a la voluntad de los esposos, sino que solamente será este el caso cuando esa cesación de la vida conyugal tiene lugar por

²¹ El juicio de aplicabilidad se entiende que concurre tal y como se indica en el FJ 3º in fine: «Cabe considerar cumplidas las anteriores exigencias respecto al juicio de aplicabilidad, si bien, dadas las circunstancias concurrentes en el proceso a quo, la duda de constitucionalidad debe quedar limitada al supuesto de exclusión del usufructo del tercio destinado a mejora en el caso de sucesión abintestato del cónyuge superviviente separado de hecho. Por tanto, únicamente a los términos “o de hecho” del art. 834 CC.».

voluntad de estos o de alguno de ellos, sin que exista pronunciamiento judicial al respecto. De hecho, ese es uno de los argumentos que se sostienen en la demanda, en relación con un entendimiento del precepto que vincula la separación de hecho a la que alude el precepto con la idea de voluntariedad en la decisión de, al menos, uno de los cónyuges y la excluye en caso de que se trate de una decisión de un tercero».

De hecho, reprocha al Juzgado que no haya hecho “un esfuerzo argumental” para realizar esta interpretación que hubiera evitado la promoción de la cuestión de inconstitucionalidad²²:

«Como se despende de las circunstancias del proceso a quo es posible una interpretación alternativa a la que el órgano judicial formula como punto de partida de su duda de constitucionalidad. Interpretación centrada en la mencionada vinculación de la separación de hecho a la que alude el precepto cuestionado con la idea de voluntariedad, en el sentido de que esa separación dependa, en realidad, de la libre decisión de uno o ambos de los cónyuges. Por tanto, el órgano judicial debería haber realizado un esfuerzo argumental dirigido a probar por qué esa interpretación alternativa aplicada al caso concreto no era factible con el marco legal vigente y procedía en su lugar plantear la cuestión de inconstitucionalidad».

Como hemos indicado más arriba, el segundo argumento que utiliza el JPII para sospechar de la “inconstitucionalidad” del artículo 834 CC en relación con las víctimas de violencia de género, es su contradicción con los artículos 12.3, 18 y 29 del Convenio de Estambul. En definitiva, utiliza el cauce procesal de la cuestión de inconstitucionalidad para solicitar al TC un pronunciamiento acerca de la adecuación de una norma interna con normas convencionales. Es decir, entiende que la cuestión de inconstitucionalidad es el cauce procesal oportuno para que el TC lleve a cabo un control concentrado de convencionalidad, sin que la Jurisdicción ordinaria pueda realizarlo de manera difusa.

Pues bien, el TC subraya que efectivamente, las normas internas deben interpretarse de acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros tratados internacionales (art. 10.2 CE). Sin embargo, subraya que los tratados internacionales no ocupan la misma posición que la CE ni sirven como parámetro para un eventual control de constitucionalidad. Al respecto, en el FJ afirma:

«En primer término, por lo que hace a la denunciada infracción del art. 10.2 CE en relación con el Convenio de Estambul, hay que recordar que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales a la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, pero eso no significa que tales

²² A efectos informativos destacamos que el ATC 301/2023 presenta un voto particular concurrente formulado por la magistrada Dña. Inmaculada Montalbán Huertas en el que se indica que la discrepancia no se da en relación con la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad ya que «considero que es notoriamente infundada dado que, cuando el art. 834 del Código Civil se refiere a la separación de hecho de los cónyuges, se circunscribe a lo que por esa expresión se entiende en el ámbito del Derecho Civil, sin que sea extensible o extrapolable a aquellas “separaciones”, de muy distinta naturaleza, que se producen en los contextos de violencia de género que dan lugar a la investigación criminal y, en su caso a órdenes judiciales de protección de las víctimas, como es el caso». Por el contrario, la discrepancia se da en relación con la argumentación seguida mayoritariamente en relación con los juicios de aplicabilidad y relevancia.

tratados ocupen la misma posición que la Constitución y sean parámetro directo de la constitucionalidad de las normas internas».

Es decir, los tratados internacionales no integran el bloque de constitucionalidad, por lo que no incumbe al TC, vía cuestión de inconstitucionalidad, y añadimos, ni tampoco vía “recurso” de inconstitucionalidad, controlar la adecuación de las normas internas con las convencionales.

El TC recuerda su sentencia 140/2018, de 20 de diciembre, dictada en relación con la regulación sobre la extensión y límites de la Jurisdicción española en materia criminal -emitida previa interposición de un “recurso” de inconstitucionalidad- para sostener que un tratado internacional, no es «parámetro directo de constitucionalidad del precepto que se ha cuestionado por el órgano judicial».

En definitiva, una “cuestión de inconstitucionalidad”, de igual manera que un “recurso” de inconstitucionalidad, no son instrumentos procesales adecuados para procurar la obtención de un pronunciamiento del TC sobre la convencionalidad de las normas internas. El TC es claro en sostener que no le incumbe el control -concentrado- de convencionalidad de normas internas. Corresponde a la Jurisdicción ordinaria dicho enjuiciamiento -de manera difusa- y tras el mismo, elegir la norma a aplicar al caso concreto. Así, afirma:

«Por otra parte, desde otro punto de vista, no puede ser admitida la pretensión de que las disposiciones del Convenio de Estambul sean parámetro directo de constitucionalidad del precepto que se ha cuestionado por el órgano judicial. Conforme a la doctrina que recuerda la STC 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6, esta tacha no puede ser apreciada, ya que el análisis de constitucionalidad no incluye un examen sobre la compatibilidad entre tratados internacionales y ley interna, en cuanto que “[e]l marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria».

En la elección de la norma aplicable no se realiza un juicio de “validez” como sí hace el TC. Es simplemente la resolución de un concurso normativo entre dos normas (interna y convencional) igualmente válidas. Nótese, que el TC excluye los tratados del canon de “validez” de las normas internas. El eventual choque o contradicción entre normas internas y convencionales por lo tanto, no se dirime ante el TC. Es la Jurisdicción ordinaria la que debe tomar la decisión acerca de qué norma aplica al caso concreto. Como indica el TC es “una mera regla de selección de derecho aplicable”.

En definitiva, tenemos resuelta la primera cuestión investigativa que hemos planteado al inicio de nuestro trabajo. La Jurisdicción ordinaria en su posición ante una norma interna inconventional aplicable a un caso concreto no puede ni debe promover cuestión de inconstitucionalidad. Los procesos de enjuiciamiento de normas ante el TC no son los idóneos para resolver los conflictos entre normas internas y convencionales. Como hemos indicado, estos conflictos se producen entre normas igualmente válidas y es la Jurisdicción ordinaria la de que manera difusa debe realizar el control de convencionalidad y decidir qué norma aplica al caso concreto, sin que ninguna de ellas sea expulsada del ordenamiento jurídico.

Al dar respuesta a la primera cuestión investigativa, estamos sentando las bases para abordar y profundizar en la segunda. En concreto, si el TC no es competente para resolver las dudas de convencionalidad, esta función le incumbe a la Jurisdicción ordinaria con carácter difuso. En este caso, la duda investigativa a resolver es la de concretar con base a qué parámetros o criterios la

Jurisdicción ordinaria, de manera difusa y en el caso concreto, “opta” por aplicar una norma interna o convencional al caso concreto, procediendo a desplazar la que no es aplicada.

Para poder abordar de manera adecuada esta cuestión, nos vemos en la necesidad de contextualizar la interpretación constitucional acerca del sistema difuso de control de convencionalidad que se realiza en la STC 140/2018, para así, abordar el análisis de los criterios deben adoptar jueces y juezas de la Jurisdicción ordinaria para la selección del Derecho aplicable al caso. Como ya hemos indicado es un juicio de “aplicabilidad” que queda en manos cada juez o jueza en el proceso que esté conociendo.

3. Parámetros y principios para el control de convencionalidad en general, y en especial, en materia de derechos humanos

3.1. Introducción

En el apartado anterior hemos puesto de manifiesto que en el ATC 301/2023 se indica que la función de control de constitucionalidad del TC «no incluye un examen sobre la compatibilidad entre tratados internacionales y ley interna», añadiendo que el control de convencionalidad es «una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria»²³. Es decir, se deja en manos de la Jurisdicción ordinaria, de manera difusa, el control de convencionalidad de normas internas.

Precisamente, el análisis del ATC 301/2023 nos obliga a seguir avanzando en nuestra investigación a los efectos de identificar coordenadas que permitan encuadrar mejor el papel de los jueces y juezas ante la ley interna inconvencional. En especial, queremos prestar atención a la inconvencionalidad en materia de derechos humanos. Al respecto, recordamos que el ATC 301/2023 y la STC 140/2018 a que se remite, abordan el control de convencionalidad en relación con los derechos humanos, en violencia de género en el primer caso, y Jurisdicción penal universal, en el segundo.

Para un mejor seguimiento de este apartado, indicamos que lo vamos a articular en dos partes. En la primera, analizamos la jurisprudencia constitucional más relevante en relación con la consolidación de la construcción acerca del control difuso de convencionalidad en materia de derechos humanos.

Posteriormente, daremos un paso más a los efectos de ofrecer los principios o criterios para la resolución del concurso entre norma interna y convencional que sean contradictorias, y que, sin embargo, son igualmente válidas. Es decir, el control de convencionalidad en manos de la Jurisdicción ordinaria nunca implica una declaración de invalidez de una norma, sino una selección, para su aplicación en el caso concreto, entre normas igualmente válidas. En este caso, las situaciones que pueden darse son dos.

²³ A efectos complementarios, indicados que la magistrada da. Inmaculada Montalbán Huertas en el voto particular concurrente que emitió, en relación con la referencia al Convenio de Estambul afirma que no era necesario recurrir a él para inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad. En concreto, afirma: «mi discrepancia no lo es con la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad. Considero que es notoriamente infundada dado que, cuando el art. 834 del Código Civil se refiere a la separación de hecho de los cónyuges, se circunscribe a lo que por esa expresión se entiende en el ámbito del Derecho Civil, sin que sea extensible o extrapolable a aquellas “separaciones”, de muy distinta naturaleza, que se producen en los contextos de violencia de género que dan lugar a la investigación criminal y, en su caso a órdenes judiciales de protección de las víctimas, como es el caso. Hubiera bastado este razonamiento para inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad, sin insistir, por otra parte, en la improcedencia por parte del órgano judicial de aludir al Convenio de Estambul; ya que lo cierto es que, tras la válida celebración del convenio y su publicación oficial, forma parte del ordenamiento interno (art. 96.1 CE)».

La primera, que la norma interna que contradice la convencional sea más restrictiva en el ámbito de los derechos humanos. La segunda situación que puede darse y que no hay que descartar es la contraria. Es decir, que la contradicción entre la norma interna y la convencional sea porque la primera reconoce de manera más amplia o dota de mayor virtualidad al derecho humano.

En ambos casos, estamos ante normas válidas que concurren en un caso concreto. En la segunda parte de este apartado ofrecemos los criterios para la resolución de estos concursos normativos. En definitiva, es preciso tener presente para entender bien el alcance de nuestra investigación que el control de convencionalidad y los aportes que realizamos se hacen con el objetivo de reforzar el papel de cada juez y jueza como garante de los derechos humanos, permitiendo obviar las trabas normativas que impidan la efectividad de esos derechos, sin que en ningún caso se esté actuando al margen de la “ley” ni declarando o considerando inválida ninguna norma. De hecho, no puede desconocerse que pertenece al núcleo duro e irreductible de la labor jurisdiccional, la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas²⁴.

3.2. Parámetros en la jurisprudencia constitucional

3.2.1. Debate en torno al carácter abstracto o difuso (STC 270/2015, 17 diciembre (Pleno))

El ATC 301/2023 hace remisión expresa a la STC 140/2018 que abordamos en el siguiente subapartado. Esta sentencia supone la consolidación y fijación de la jurisprudencia constitucional en torno al control (difuso) de convencionalidad. No obstante, creemos que es interesante, con carácter previo, analizar la STC 270/2015, 17 diciembre (Pleno), y el voto particular concurrente que formula el magistrado D. J.A. Xiol Ríos, al que se adhieren la magistrada Dña. A. Asua Batarrita y el magistrado D. F. Valdés Dal-Ré²⁵. En el mismo se evidencia la necesidad de que el TC aborde de una vez y de manera clara, si el control de convencionalidad en abstracto le incumbe o si, por el contrario, debe ser siempre difuso. Es cierto que en el momento de emisión de la STC 270/2015 existe jurisprudencia precedente acerca de la posición de los tratados en el ordenamiento jurídico español y que van indicando cómo resolver los eventuales conflictos con normas internas. Sin embargo, el TC en el momento de emisión de esta sentencia aún no ha resuelto con rotundidad la cuestión, y encontramos voces discordantes en la sentencia acerca de la naturaleza que debe tener el control de convencionalidad, si abstracto o difuso.

La sentencia recae como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, contra el artículo 1 y diferentes disposiciones del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio²⁶. En lo que nos interesa destacar, uno de los argumentos expuestos en la demanda de inconstitucionalidad, es que el Real Decreto-ley vulnera el artículo 9.1 y 3 CE, en lo que referente al principio de jerarquía normativa y de sometimiento de los poderes públicos al CE y al resto del ordenamiento jurídico. En

²⁴ Por otro lado, también la CE permite sostener que la limitación de los derechos fundamentales incumbe necesariamente a la Jurisdicción. Así, la lectura de los artículos 17.2, 18.2, 18.3, 20.5, 22.3 y 4 CE, evidencian que en los casos en que se pretenda la limitación de este tipo de derechos, la decisión solamente puede tomarla la Jurisdicción. Al respecto, ORTELLS RAMOS, «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional. Medidas restrictivas de derechos fundamentales». Cuadernos de Derecho Judicial 1996, pp. 13-66; ORTELLS RAMOS, et al, *Introducción al Derecho Procesal*, 12 edición, Aranzadi, España, 2024, pp. 131-132.

²⁵ TOL5.621.306, ponente Encarnación Roca Trías.

²⁶ Dicho Decreto adoptaba medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, introduciendo modificaciones del régimen retributivo de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

particular, se consideran infringidos los artículos 10 y 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía, hecho en Lisboa el 17 de diciembre de 1994.

No vamos a entrar en el análisis de fondo ya que no se plantea un problema acerca de la virtualidad de los derechos humanos. Lo importante es destacar que el demandante de inconstitucionalidad puso de manifiesto que, a su juicio, la regulación impugnada no se ajustaba a lo previsto en un tratado internacional.

En el FJ 6º, el TC abordó la cuestión, rechazando que la norma impugnada fuera inconstitucional. Los argumentos que se exponen en la sentencia, principalmente, son los siguientes:

1º. Los tratados internacionales no son parámetro o canon para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes. Al respecto, afirma que «procede advertir que este Tribunal ha declarado reiteradamente que los tratados internacionales no constituyen por sí mismos parámetro de contraste para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes».

2º. No corresponde al TC, por lo tanto, analizar la eventual contradicción entre un tratado y una norma interna. Es un problema de selección del Derecho aplicable, que entendemos que debe resolver la Jurisdicción ordinaria, en la medida en que se deja fuera de las competencias de la jurisdicción constitucional. Así, el TC afirma:

«(...) 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 y que, por tanto, deba ser resuelto por el Tribunal Constitucional (STC 49/1988, fundamento jurídico 14, in fine), sino que como puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan— (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5, y 207/2013, de 5 de diciembre, FJ 4). En suma,—no corresponde a este Tribunal determinar la compatibilidad o no de un precepto legal con un tratado internacional, ni éstos pueden erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad— (STC 142/1993, de 22 de abril, FJ 3)».

3º. Al no integrar los tratados internacionales el bloque de constitucionalidad no puede sostenerse que una eventual contradicción en el ordenamiento interno con un tratado, vulnere el principio de jerarquía normativa:

«En ese sentido tampoco la incorporación de un tratado al ordenamiento jurídico interno, tras su ratificación y publicación oficial, determina -como pretenden los recurrentes-, la supuesta vulneración del principio de jerarquía normativa, puesto que la —garantía de la jerarquía normativa proscribire que una norma de rango inferior contravenga lo dispuesto en una de rango superior. Sin embargo, si el criterio de enjuiciamiento en un proceso de constitucionalidad viene proporcionado por la Constitución y, eventualmente, por las normas que integran el bloque de constitucionalidad, dado que, por definición, en todo recurso de inconstitucionalidad subyace un problema de jerarquía normativa, resulta que tal jerarquía no es un canon idóneo para esta labor. La apreciación de contradicción entre un texto legal y la Constitución 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— (SSTC 91/1998, de 23 de abril, FJ 2 y 198/2012, de 26 de noviembre, FJ 2.a)».

La aplicación de estos presupuestos lleva al TC a concluir que no se produce la infracción constitucional denunciada en el Real Decreto-ley²⁷.

Queremos destacar que el TC no utiliza la expresión “control de convencionalidad”, en los FFJJ de la sentencia. Sin embargo, en el voto concurrente que formula el magistrado D. J.A. Xiol Ríos, al que se adhieren la magistrada Dña. A. Asua Batarrita y el magistrado D. F. Valdés Dal-Ré, expresamente se utiliza dicha expresión. En su primera parte se desarrollan los aspectos relacionados con «el control abstracto de convencionalidad de normas con rango legal».

Del contenido de dicho voto, queremos destacar que los magistrados firmantes subrayan que es preciso que, en un futuro, el TC se pronuncie de manera más fundamentada en torno al control de convencionalidad, que ellos consideran que debería ser abstracto y no difuso. Así afirman:

«La respuesta aportada por la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia es doble, argumentándose que (i) es jurisprudencia constitucional reiterada que los tratados internacionales no constituyen por sí mismos parámetro de contraste para valorar la posible inconstitucionalidad de las leyes, ya que no es una cuestión que afecte a la constitucionalidad de estas, sino un mero problema de selección del derecho aplicable al caso concreto cuya resolución corresponde a los órganos judiciales; y (ii) tampoco la eventual contradicción de una ley con un tratado internacional determina una supuesta vulneración del principio de jerarquía normativa que corresponda resolver a la jurisdicción constitucional, que queda limitada a los casos en que una norma con rango legal resulte contradictoria con la Constitución.

Esta respuesta, al margen de que pueda encontrar precedentes en la jurisprudencia constitucional, creo que (i) en su primer razonamiento, no responde al planteamiento de la recurrente y (ii) en su segundo razonamiento, debería ser sometida a una reconsideración más profunda por este Tribunal para evitar determinadas situaciones paradójicas que se plantean en el ordenamiento jurídico español con el llamado control abstracto de convencionalidad de las leyes y respecto del que este Tribunal, como máximo intérprete de la Constitución, deberá pronunciarse más fundadamente en algún momento.»

A su vez, sostienen que en dicha construcción jurisprudencial el TC debería replantearse el hecho de que la jurisdicción constitucional no realice dicho control, ya que los tratados internacionales tienen reconocimiento constitucional como fuente del ordenamiento jurídico. Así, afirman:

²⁷ Al respecto, el TC afirma que «si bien es cierto que la Carta de la Energía contempla la necesidad de dotar de seguridad y permanencia a las inversiones en energías renovables y la prohibición de adoptar medidas que afecten a dichas inversiones con efectos equivalentes a la expropiación, lo que el recurrente pretende plantear en realidad es una cuestión relacionada con el sistema de fuentes, en particular con el principio de jerarquía normativa. En modo alguno se argumenta sobre el fondo del asunto, esto es, de qué forma las normas que cuestiona contravendrían las reglas del Tratado y, sobre todo, cuáles serían las consecuencias de dicha contravención, a efectos de su enjuiciamiento en sede constitucional. Por eso no se ha levantado la carga alegatoria que pesa sobre quien pretende la declaración de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, pues el recurso carece en este punto de la mínima fundamentación que permita a este Tribunal inferir las razones por las que el recurrente considera que la norma legal impugnada infringe la Constitución. La demanda se limita a hacer referencia al contenido de los arts. 10 y 13 del Tratado sobre la Carta de la Energía, afirmando posteriormente que —el Estado español, con la aprobación del Real Decreto-ley 9/2013, ha incumplido sus obligaciones contraídas con inversores extranjeros...—, decisión que, a su entender, implica un incumplimiento del mencionado Tratado que comportaría como consecuencia la infracción de los principios de jerarquía normativa y de seguridad jurídica. Esa infracción aparece únicamente mencionada, ya que la afirmación del recurrente no viene acompañada de la necesaria argumentación específica que permita conocer las razones por las cuales entienden que las disposiciones cuestionadas vulneran el orden constitucional, sin que esta insuficiencia deba ser salvada por este Tribunal».

«En ese contexto, tomando en cuenta que los tratados internacionales tienen un reconocimiento constitucional como fuente del ordenamiento interno español (art. 96.1 CE), aun con un peculiar encaje; y son normas susceptibles de un control de constitucionalidad directo [art. 27.2.c) LOTC, la jurisprudencia constitucional debería, a mi juicio, replantearse los problemas derivados de la negativa a que sea la jurisdicción constitucional la que desarrolle el control abstracto de convencionalidad a través de una construcción semejante a la del control [mediato] de constitucionalidad por la vía de los artículos 9.1 o 96 CE.

La actual jurisprudencia parece que aboca a que solo se posibilite el desarrollo de ese control de convencionalidad de manera concreta por parte de los órganos judiciales cuando deba aplicarse la ley que se estime contraria a un tratado internacional a partir de considerarlo una mera cuestión de selección normativa, lo que, en su caso, podría ser impugnado en amparo por la vía del art. 24.1 CE en caso de arbitrariedad o irrazonabilidad. Ahora bien, no deja de resultar paradójico que en el contexto de una creciente propensión al control abstracto de normas con fundamento en razones de seguridad jurídica, el único control abstracto que quede ayuno de cualquier vía de planteamiento sea el control de convencionalidad de las normas con rango de ley que, si no puede ser ejercido por la jurisdicción ordinaria, tampoco este Tribunal está posibilitando que se ejerza a través del recurso de inconstitucionalidad o la cuestión de inconstitucionalidad por la vía de la invocación de los artículos 9.1 o 96 CE».

El voto concurrente reitera que es preciso que la jurisprudencia constitucional aborde de manera definitiva los problemas que suscita el control de convencionalidad de normas de rango legal. Así se afirma:

«Al margen de estas reflexiones y de mi convencimiento sobre la necesidad de que la jurisprudencia constitucional aborde de una manera definitiva los problemas derivados del control abstracto de convencionalidad de normas de rango legal, no creo que en el presente caso resultara relevante ni necesaria la invocación de los artículos 9.1 y 9.3 CE, en su conexión con los art. 10 y 13 de la Carta de la Energía, que se hace en la demanda. Más allá de otras consideraciones, el fondo de estas invocaciones plantea, en esencia, que la norma impugnada también infringe el principio de confianza legítima recogido en la mencionada Carta de la Energía, que, como tal principio, tiene un reconocimiento constitucional autónomo en el artículo 9.3 CE como una de las dimensiones del principio constitucional de seguridad jurídica. En ese sentido, no resultaría necesario un control mediato como el planteado en la demanda por la recurrente y basta una confrontación directa de la normativa impugnada con el Constitución española sin ningún tipo de intermediación».

El interés de este voto particular se pone de relieve porque evidencia la necesidad de que el TC profundice en la fijación de las coordenadas que permitan concretar cómo y quién ejerce el “control de convencionalidad”, argumentándose que debería admitirse un control en abstracto en manos del TC a pesar de que los tratados no integren el bloque de constitucionalidad.

3.2.2. Fijación del carácter difuso (STC 140/2018, 20 diciembre (Pleno))

La STC 140/2018 (Pleno), 20 diciembre²⁸, resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2014, 13 marzo, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, “LOPJ”), relativa a la jurisdicción universal²⁹. Consideramos que esta sentencia es clave en el marco de nuestra investigación, en la medida en que supone la madurez en torno al control de convencionalidad, consolidando la jurisprudencia precedente mayoritaria, fijando el sistema “difuso” de control.

Los ejercientes de la acción de inconstitucionalidad contra la reforma restrictiva de la Justicia universal en la LOPJ, entendieron que, por la vía del artículo 10.2 CE, en relación con el artículo 24 CE, podía sostenerse que el principio de jurisdicción universal tenía fundamento constitucional³⁰. Dicho con otras palabras, los demandantes entendieron que el artículo 24.1 CE incluye el eventual derecho de acceso a una Jurisdicción española con carácter universal. Por lo tanto, concluyen que el legislador debería haber establecido un sistema amplio de Justicia universal. De igual manera, argumentan que el principio de Jurisdicción universal se deriva de tratados internacionales de los que España es parte, por lo que concluyeron que la LOPJ no respetaba la regulación internacional en la materia.

Consideraban, además, que al existir estos condicionantes (constitucionales y convencionales) el legislador ordinario no tendría libertad a la hora de configurar la extensión y límites de la

²⁸ TOL6.978.681, ponente F. Valdés Dal-Re.

²⁹ Sobre esta reforma, BONET ESTEVA, «Principio de Justicia universal, de modelo absoluto a modelo restrictivo, a propósito de sucesivas modificaciones del art. 23.4 LO Poder Judicial». Pre-bie3, núm. 6, 2015; BUJOSA VADELL, «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal». *Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis del derecho*, vol. 2, núm. 2, 2014, pp. 223-232; PÉREZ CEPEDA, «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, ley de punto final del principio de justicia universal en España». *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta* (MAQUEDA ABREU/MARTÍN LORENZO/VENTURA PÜSCHEL/DE TOLEDO, coords.), 2016, pp. 247-267; ÍDEM, «El principio de justicia universal tras la reforma LO 1/2014». *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)* BUSTOS RUBIO/ABADÍAS SELMA/DEL MORAL GARCÍA, dirs., 2020, pp. 101-121.

³⁰ Sobre estas cuestiones, consideramos interesante recoger el argumento de los demandantes de inconstitucionalidad, incluido en los antecedentes de la STC, apartado 2, letra B), f): «La Ley Orgánica 1/2014 vulnera el art. 10.2 CE, en relación con el art. 24 CE, al desnaturalizar el principio de jurisdicción universal en los términos configurados por el derecho internacional y por la doctrina constitucional (con cita de las SSTC 21/1997, 87/2000 y 237/2005. La demanda desarrolla esta idea invocando la Resolución de la Asamblea General de la ONU 60/147, de 16 de diciembre de 2005, que establece que los Estados “incorporarán, o aplicarán de otro modo, dentro de su derecho interno las disposiciones apropiadas relativas a la jurisdicción universal”, así como alguna sentencia del Tribunal Internacional de Justicia (Aplicación del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, excepciones preliminares, Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia, I.C.J. Reports 1996). Los recurrentes sitúan el fundamento de la jurisdicción universal en normas de derecho internacional que adquieren relevancia constitucional cuando se incluyen en convenios internacionales sobre derechos humanos, por lo que la demanda conecta las obligaciones derivadas del art. 10.2 CE con el respeto al principio de jurisdicción universal. De este modo, la obligación de que los tribunales españoles persigan los delitos que prevé el Derecho Internacional humanitario, de entre los que la demanda cita particularmente el delito de genocidio, independientemente de quién sea el autor o la víctima y el lugar en que se cometen, es norma de ius cogens para España por aplicación del artículo 10.2 CE. La regulación contenida en la LO 1/2014 restrictiva de tal obligación vulnera dicho precepto y el art. 24.1 CE.»

Para concluir la argumentación relativa a este punto, la demanda se centra en la persecución del delito de genocidio [art. 24.3.a) LOPJ], afirmando que la interpretación de los arts. V y VI de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Nueva York, 9 de diciembre de 1948), de la que España es parte desde 1969, realizada por la STC 237/2005, niega el sometimiento de la competencia para enjuiciar estos crímenes internacionales a la concurrencia de intereses nacionales, ya que ello no resultaría conciliable con el fundamento de la jurisdicción universal como expresión de la voluntad de la comunidad internacional de evitar la impunidad en este tipo de crímenes. En este mismo sentido se cita también la STEDH J. C. Alemania, de 12 de julio de 2007, y las del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia en los casos P. v. K. (20 de enero de 2001) y P. v. Z.D. y otros (20 de febrero de 2001).

Jurisdicción penal en materia de delitos contra la comunidad internacional y otros delitos cometidos en el extranjero. Dicho con otras palabras, sostuvieron que optar por un sistema menos amplio de Justicia universal, así como para fijar los puntos de conexión, queda fuera de la órbita de la política legislativa. Según los demandantes, la CE y las exigencias internacionales obligan a que exista un sistema amplio de Justicia universal³¹.

El TC concluyó que la regulación normativa analizada era constitucional, y en relación con la inconveniencia sostenida por los demandantes, fija las coordenadas para la construcción jurisprudencial del control “difuso” de convencionalidad³². Al respecto, el TC afirma que la CE no contiene una previsión explícita acerca de que los jueces ordinarios, o el mismo TC, deban llevar a cabo un control de convencionalidad. Así, afirma:

«Nuestro texto constitucional no contiene previsión expresa alguna relativa a la exigencia de que los jueces ordinarios formulen dicho control de convencionalidad; y tampoco existe esta previsión en relación con el Tribunal Constitucional. Esta ausencia hace preciso verificar si, a pesar de esa constatación inicial, tal control tiene vinculación con algún precepto constitucional y expresa en su caso, cual es el órgano jurisdiccional competente para formularlo y cuál debe ser su alcance».

No obstante, recurriendo al artículo 96 CE, el TC concluye que cuando se produce un choque entre las normas internas y las convencionales, no se trata de determinar qué norma es inválida, es un problema de decidir la norma aplicable, sin que la que se desplaza sea declarada inválida, sino inaplicable. Mientras que el control de validez es concentrado y en manos del TC, el control de aplicabilidad es difuso y está en manos de la Jurisdicción ordinaria. Por su gran interés, reproducimos las siguientes palabras:

«El art. 96 CE establece que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”. Este precepto no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas, aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación, y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación. Dicho en otros términos, la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario. En este sentido hay que entender los pronunciamientos en los que este

³¹ De manera resumida, volvemos a encontrar referencias a la posición de los demandantes, en el párrafo 1 del FJ 5 de la STC. En concreto, se afirma: «la demanda imputa a la totalidad de la ley la vulneración del art. 10.2 CE en relación con el art. 24.1 CE, haciendo especial mención de la contradicción entre el art. 23.4.a) LOPJ y los pasajes constitucionales citados. Los recurrentes alegan que la nueva regulación del principio de jurisdicción universal hace irreconocible dicho principio tal y como ha sido definido por el derecho internacional, de modo que tal regulación contraviene el mandato del art. 10.2 CE de ajustar los derechos fundamentales contenidos en el texto constitucional a los dictados del derecho internacional de los derechos humanos».

³² En doctrina puede verse, ALONSO GARCÍA, «El control de convencionalidad: cinco interrogantes». *Revista española de derecho constitucional*, año 40, núm. 119, 2020, pp. 13-51.

Tribunal ha venido sosteniendo que los tratados internacionales «no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal» (en este sentido SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5; 12/2008, de 29 de enero, FJ 2)».

En definitiva, el TC llega a la conclusión de que el control de convencionalidad en el sistema español es una “regla de selección de derecho aplicable que corresponde realizar, en caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria”. Por esta razón, un juez ordinario puede desplazar la norma interna y aplicar la convencional, cuando haya un conflicto entre las mismas. Por su enorme interés, reproducimos las siguientes palabras:

«El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. Como viene estableciendo de forma incontrovertida la jurisprudencia previa, la determinación de cuál sea la norma aplicable al caso concreto es una cuestión de legalidad que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino, en principio, a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que, con carácter exclusivo, les atribuye el art. 117.3 CE (por todas SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 14 y 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 102/2002, FJ 7). En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el art. 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto. La admisión de la posibilidad de que una norma con rango legal sea inaplicada por órganos de la jurisdicción ordinaria ha sido admitida por este Tribunal en aplicación del principio de prevalencia (SSTC 102/2016, de 25 de mayo, 116/2016, de 20 de junio, y 127/2016, de 7 de julio), en lo que hace al control de constitucionalidad de normas preconstitucionales (STC 11/1981, de 8 de abril), y a la hora de determinar las relaciones entre las fuentes internas de rango legal y las normas de derecho comunitario derivado (por todas SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5, 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4, 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3; 145/2012, de 2 de julio, FJ 2, y 118/2016, de 23 de junio, FJ 3). Incluso, en un obiter dicta contenido en el FJ 3 de la STC 118/2016, de 23 de junio, se dijo expresamente que “es a los órganos judiciales ordinarios a quienes corresponde el control, entonces, tanto de la eventual contradicción entre una norma foral fiscal y una disposición de un tratado o convenio internacional firmado y ratificado por España (SSTC 270/2015, de 17 de diciembre, FJ 5; y 29/2016, de 18 de febrero, FJ 5), como de la adecuación de las normas forales fiscales a las normas de armonización fiscal de la Unión Europea [SSTC 64/2013, de 14 de marzo, FJ 4, y 44/2015, de 5 de marzo, FJ 5 b)]».

Por ello, tratándose de una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad, considera que queda fuera de las competencias del TC, el cual, solamente por vía de amparo, podría llegar a revisar la decisión de los jueces ordinarios de desplazar o no una norma interna para aplicar una convencional:

«En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del art. 24.1 CE, que garantiza “que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5)” (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4)».

3.2.3. Alcance de la intervención del TC *ex post* vía “recurso” de amparo

Un ámbito en el que se han planteado de manera muy intensa los aspectos relacionados con el control de convencionalidad es en relación con la persecución de los delitos contra la comunidad internacional. Como ya hemos indicado, la STC 140/2018 a que nos hemos referido recayó como consecuencia de la demanda de inconstitucionalidad formulada contra la redacción de la LOPJ dada por LO 1/2014. Pues bien, con posterioridad a esta sentencia ha habido otras en las que el TC ha analizado el control de convencionalidad realizado por los jueces ordinarios. Es decir, si bien el control es difuso, vía “recurso” de amparo el TC puede revisar si la selección de la norma aplicable al caso concreto ha vulnerado algún derecho fundamental.

a. STC 10/2019, 28 enero (Sala 2ª)

La STC 10/2019, de 28 de enero³³, recae como consecuencia de una demanda de amparo presentada por el sobreseimiento y archivo, de una causa seguida por presuntos delitos de genocidio y tortura cometidos en China por la persecución de personas pertenecientes o simpatizantes del grupo Falun Gong. El archivo tuvo lugar como consecuencia de la aplicación de lo previsto en la disposición transitoria única de la LO 1/2014, que dispone que «las causas que en el momento de entrada en vigor de esta Ley se encuentren en tramitación por los delitos a los que se hace referencia en la misma quedarán sobreseídas hasta que no se acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en ella».

Son varias las cuestiones que suscitan en la demanda en torno al sistema de Justicia penal universal introducido como consecuencia de la reforma operada por la LO 1/2014. Sin embargo, queremos prestar atención a la alegación de los demandantes de amparo sosteniendo que la LOPJ es contradictoria con los tratados internacionales, entre otros, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Nótese que la duda de constitucionalidad ya se resolvió en la STC 140/2018 que hemos analizado, y que la Jurisdicción ordinaria procedió a aplicar una norma interna que implicaba que debieran archivarse las causas por delitos contra la comunidad internacional cometidos en el extranjero cuando faltaran los puntos de conexión con la Jurisdicción española. En la medida en que la LPOJ no contempla el principio de

³³ TOL7.059.613, ponente Antonio Narváez Rodríguez.

personalidad pasiva en este tipo de delitos como punto de conexión, se procedió al archivo de la causa que nos hemos referido más arriba.

El análisis de esta cuestión es abordada por el TC en el FJ 4º, del cual, queremos destacar los siguientes argumentos.

1º. El TC reitera que el control de convencionalidad tiene una dimensión infra-constitucional, sin que le incumba realizarlo. De hecho, se remite expresamente a la STC 140/2018, reproduciendo parte de esta. Así, sostiene:

«Tampoco la eventual contradicción entre la regulación interna (art. 23.4 LOPJ) y los convenios y tratados internacionales relativos a la jurisdicción universal determina, por sí misma, violación alguna del artículo 24.1 CE, pues estamos ante un puro juicio de aplicabilidad (control de convencionalidad) que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria y que tiene, por tanto, con carácter general, una dimensión infra-constitucional. En la ya citada STC 140/2018 se recoge con detalle este razonamiento y a él hemos de remitirnos en su integridad, si bien recogiendo ahora la conclusión a la que se llegó:

"En suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza 'que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5, STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4)".

La conclusión inmediata es que el recurso también debe ser desestimado en este punto, por cuanto cualquier análisis de compatibilidad entre los tratados y la Ley Orgánica 1/2014 se dirimirá en términos de legalidad ordinaria y selección del derecho aplicable en un primer término, y no en clave de contradicción con el artículo 96 CE de la norma interna eventualmente contraria a un tratado. (FJ 6)».

2º. Por otro lado, aunque sostiene que la cuestión es de aplicación de legalidad ordinaria (ley interna versus tratado internacional), acoge el argumento del Ministerio Fiscal en el que se sostiene que no puede entenderse que exista una contradicción entre el artículo 23.4 a) y b) LOPJ, con la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. En concreto, afirma:

«Así pues, en la aplicación del artículo 23.4 LOPJ realizada por las resoluciones impugnadas, tampoco puede observarse vulneración alguna del artículo 24.1 CE,

ya que la eventual discordancia con normas convencionales entraña un juicio interpretativo que no rebasa los límites de la legalidad ordinaria, sobre el que, de otro lado, el recurso de amparo no realiza consideración particular alguna, más allá de una denuncia genérica. Cumple señalar, en cualquier caso, que, como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal, ni del Convenio para la prevención y la sanción del delito de genocidio, aprobado por la asamblea general de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948, ni de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1984, se desprende contradicción alguna con lo previsto en el artículo 23.4 a) y b) LOPJ, pues los puntos de conexión expresamente previstos en estas normas internacionales han sido respetados por la legislación interna, análisis que, hemos de insistir, corresponde realizar, en cualquier caso, a los órganos del Poder Judicial, en cuanto que son ellos los llamados a resolver los conflictos de aplicación de la legalidad ordinaria».

b. *STC 80/2019, 17 junio (Pleno)*

La STC 80/2019, 17 junio (Pleno³⁴), realiza un análisis acerca del control de convencionalidad efectuado por la Jurisdicción ordinaria en relación con el archivo de una causa seguida por presuntos delitos de guerra cometidos fuera del territorio nacional.

Los demandantes de amparo, entre otros argumentos, consideran que dicho archivo tuvo lugar como consecuencia de la regulación contenida en la LOPJ tras la reforma operada por la LO 1/2014, siendo contradicha por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y su protocolo adicional de 8 de junio de 1977.

En el FJ 2º, el TC identifica los cánones a tener presentes para un eventual control de convencionalidad por parte de la Jurisdicción ordinaria. Así, afirma:

«Lo que en este punto cuestionan los recursos de amparo es la respuesta dada por los órganos del Poder Judicial al conflicto que a su juicio se produce entre el derecho interno, que regula la jurisdicción extraterritorial de los tribunales españoles, tras su modificación por la Ley Orgánica 1/2014, y los convenios y tratados internacionales sobre persecución de crímenes contra la comunidad internacional, en este particular caso, la IV Convención de Ginebra de 1949 y su Protocolo adicional I. Se plantea de este modo el reproche de que los órganos judiciales no han verificado como es debido el "control de convencionalidad" de la ley interna.

Ya se ha dicho en la STC 140/2018, FJ 6, y reiterado en la STC 10/2019, de 28 de enero, FJ 4, que el control por los órganos del Poder Judicial de la adecuación del derecho interno a las exigencias de los convenios internacionales constituye una cuestión de selección de la norma aplicable, perteneciente al ámbito de la legalidad ordinaria y de dimensión infraconstitucional, por lo que a este tribunal solo le compete en la vía del amparo constitucional revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE: "[e]n suma, el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que

³⁴ Base datos Aranzadi Westlaw RTC\2019\80, ponente Juan José González Rivas.

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, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 25), FJ 2; 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6, y 308/2006, de 23 de octubre, FJ 5), (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 4)".

Este será, en consecuencia, el canon aplicable al enjuiciamiento constitucional de la decisión adoptada por los órganos judiciales de atenerse a la regulación de la jurisdicción universal emanada de la Ley Orgánica 1/2014 como fundamento del cuestionado sobreseimiento de la causa».

En el FJ 3º, entra a verificar cómo la Jurisdicción ordinaria procedió a confrontar la regulación interna y la convencional, concluyendo que no existía contradicción entre las mismas. Así afirma:

«Sobre la interpretación de la normativa convencional. Incorporada la IV Convención de Ginebra de 1949 al ordenamiento interno conforme a lo exigido en el art. 96.1 CE, su interacción con la normativa orgánico-judicial definitoria de la extensión de la jurisdicción española en su versión emanada de la Ley Orgánica 1/2014 debe ser dirimida según el canon del control de convencionalidad reseñado en el fundamento anterior, en virtud del cual en la vía del amparo constitucional solamente procede revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios 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 concurrentes; así lo hemos reiterado en el fundamento jurídico 6 de la STC 140/2018 anteriormente transcrito.

La sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo núm. 797/2016, de 25 de octubre, con cita extensa de su sentencia núm. 296/2015, de 6 de mayo, argumenta que la jurisdicción universal supone que, conforme a determinados tratados internacionales, los tribunales de un Estado deben ejercer jurisdicción extraterritorial sobre ciertos delitos en función de su naturaleza para evitar que los responsables puedan encontrar un lugar de refugio donde alcanzar la impunidad, de lo que no se sigue, necesariamente, que los Estados estén obligados necesariamente a extender dicha jurisdicción a personas que no se encuentren en su territorio, o en el ámbito de su soberanía, para iniciar una investigación in absentia, aunque puedan extender facultativamente su jurisdicción a estos supuestos, si así lo establecen en su legislación interna (...).

Esta argumentación, que sirve a la Sala Penal del Tribunal Supremo para alcanzar la conclusión de que el art. 23.4 a) LOPJ no es incompatible con las previsiones en materia de jurisdicción penal de la IV Convención de Ginebra, no resulta contraria al parámetro que hemos fijado en relación con el art. 24.1 CE, como a continuación se explica. A juicio del citado Tribunal, el art. 146, segundo párrafo, de la IV

Convención de Ginebra no determina, en su literalidad, que el deber de perseguir a los autores de infracciones graves sea absoluto ni que resista la vigencia de cualquier presupuesto procesal que el derecho interno de los Estados haya razonablemente establecido en orden a fijar su propia jurisdicción, ni cabe extraer tan rígida conclusión de las previsiones comunes sobre legislación penal contenidas en las cuatro Convenciones de Ginebra, cuyo fundamento y finalidad originaria no fue otra que suministrar a los Estados una base jurídica suficiente para justificar en el ámbito del derecho internacional público la proyección extraterritorial de su jurisdicción para juzgar criminales de guerra de cualquier nacionalidad, con independencia de que se hubiera solicitado o no su extradición por un tercer Estado, para evitar de este modo que su ámbito de soberanía se convirtiera en un espacio de impunidad. Estas nociones, asentadas en décadas de vigencia de las Convenciones de Ginebra de 1949, en las que los Estados signatarios han ejercido su libertad de configuración de los presupuestos del proceso, no quedan refutadas en los últimos comentarios elaborados en el seno del propio comité internacional de la Cruz Roja —organismo este al que, si bien no le corresponde fijar la interpretación auténtica de los preceptos convencionales, sí ostenta reconocida auctoritas respecto de esa temática—, en los cuales la exigencia de la presencia temporal o permanente del culpable en el territorio del Estado que los incrimina y juzga, sin ser parte de la literalidad de la norma, se considera legítima si obedece al propósito de garantizar la efectividad del proceso y no a móviles políticos o a deslealtad al espíritu del convenio [vid. comentarios al art. 49 del I Convenio de Ginebra, en sus apartados 2866 (...)].

Por estos motivos, concluye que la Jurisdicción ordinaria no llevó a cabo una interpretación irrazonable, arbitraria o incurso en error patente, que es lo que el TC podría controlar vía amparo cuando se haya realizado un eventual control de convencionalidad:

«En atención a lo expuesto, debemos descartar que el Tribunal Supremo haya llevado a cabo una interpretación de la legalidad interna e internacional susceptible de ser considerada irrazonable, arbitraria o incurso en error patente, sin que tampoco sea fruto de un injustificado decisionismo judicial, al argumentar que ni el art. 23.4 a) LOPJ ni la disposición transitoria única de la Ley Orgánica 1/2014, al exigir que los responsables de crímenes de guerra no españoles residan o se encuentren en España, entran en conflicto con los mandatos de la IV Convención de Ginebra de 1949 y su protocolo adicional I».

3.3. Concurso de ley interna y convencional: principios de prevalencia de los tratados y *pro persona*

Hemos analizado que la Jurisdicción ordinaria no puede llevar a cabo un control de la actuación del poder legislativo³⁵. Pero, aun así, la Jurisdicción ordinaria colabora con la Jurisdicción constitucional promoviendo las cuestiones de inconstitucionalidad. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional que hemos estudiado excluye formalmente del canon de constitucionalidad a los tratados internacionales³⁶, fijando que el control de convencionalidad

³⁵ En este sentido, MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, 11ª ed, Tirant lo Blanch, España, 2021, p. 49, afirman que «(...) es evidente que el control de actuación del legislativo respecto del mandato constitucional escapa en nuestro país del Poder Judicial y se residencia exclusivamente en el Tribunal Constitucional».

³⁶ Así lo subraya JIMENA QUESADA, op. cit., p. 448, poniendo de manifiesto que el TC español acaba adoptando una interpretación parecida a la del Consejo Constitucional francés.

está en manos de la Jurisdicción ordinaria, con carácter difuso³⁷. Esta actuación no convierte en legisladora a la Jurisdicción ordinaria, sino en garante de las obligaciones internacionales derivadas del Derecho internacional, también en el ámbito de los derechos humanos³⁸. Este control puede implicar la inaplicación de una norma en el caso concreto. No es un juicio de validez, sino de legalidad, optando entre dos normas igualmente válidas y concurrentes en una misma situación.

En relación con Las normas convencionales, el artículo 96.1 CE dispone que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formará 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 internacional³⁹». Pues bien, el aspecto que nos resta concretar en nuestra investigación es sistematizar las situaciones que se pueden producir cuando en el enjuiciamiento de un caso concreto concurren una norma interna y otra intencional.

La primera situación que puede darse es que la norma interna y la convencional no presenten diferencias, sino que sea concordantes o que las diferencias existentes sean en el sentido de que la norma interna sea más restrictiva que la convencional. En ambos casos, creemos que la decisión del juez o jueza en el caso concreto debe ser la de aplicar la norma convencional, dado el principio de prevalencia de los tratados. En la línea jurisprudencial que hemos descrito, la Jurisdicción ordinaria debe optar por la aplicación de una u otra norma en esta situación de concurso normativo. Para su resolución consideramos clave el artículo 31 de la Ley 25/2014⁴⁰, 27 noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales (en adelante, “Ley 25/2014”) dispone que “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 constitucional⁴¹”.

³⁷ En doctrina, JIMENA QUESADA, p. 441 en la que afirma que «el carácter supra legal o prevalente supone discernir entre aplicación y validez, puesta que la potestad de jurisdiccional nacional ordinaria se concreta en una inaplicación inter partes de la norma nacional contraria al canon internacional, sin que esa potestad jurisdiccional comporte una consecuencia anulatoria erga omnes a través de una declaración de invalidez del cano nacional controvertido (lo cual configura una prerrogativa concentrada en manos de la jurisdicción constitucional)”.

³⁸ La doctrina señala que la nota básica del estatuto de jueces y magistrados es la independencia, entendida como sumisión exclusiva a la ley. Al respecto, ORTELLS RAMOS, et. al, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pp. 56-57. Pues bien, en esa sumisión a la ley, debe entenderse también que quedan sometidos a lo dispuesto en los tratados internacionales que integran el ordenamiento jurídico. Reiteramos la interpretación que hace el TC en el sentido de que cuando un juez aplica control de convencionalidad, no está actuando fuera de la ley, sino que está seleccionando la “norma” aplicable al caso concreto.

³⁹ En doctrina puede verse, FERNÁNDEZ TOMÁS, «La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española». Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco (PÉREZ GONZÁLEZ, coord.), 1993, pp. 341-360; SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés, “Artículo 96”. Comentarios a la Constitución española (PÉREZ MANZANO, /BORRAJO INIESTA, (coords.); RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, /CASAS BAAMONDE, dirs.), vol. 2, tomo II, 2018, pp. 355-373.

⁴⁰ Sobre esta ley, AZNAR GÓMEZ, «Comentarios a la Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)» *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, núm. 1, 2017, pp. 303-305; GALLEGU HERNÁNDEZ, «La ley española de tratados de 2014». *Anuario español de derecho internacional*, núm. 31, 2015, pp. 193-240; MORENO BLESA, «Comentario a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales». *Actualidad civil*, núm. 2, 2015.

⁴¹ DÍAZ GONZÁLEZ, Gustavo Manuel, «La prevalencia del tratado internacional: de una previsión constitucional imprecisa a una disposición legislativa incompleta», *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*, PUNSET BLANCO, Ramón/ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo/ROCA MARTÍNEZ, José María, (pr.), 2018, pp. 411-424; DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier, “Artículo 31”. Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre), SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés; DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier; MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, José, 2015, pp. 575-589.

El principio de prevalencia consagrado legalmente implica que la Jurisdicción ordinaria deba desplazar la norma interna en favor de la internacional. Subrayamos de nuevo que no se trata de declarar inválida la norma interna, sino de resolver el concurso normativo aplicando la norma que de acuerdo con el principio indicado debe prevalecer. Es una cuestión de legalidad y no de invalidez.

Ahora bien, hay una segunda situación que puede darse y que por coherencia argumentativa y doctrinal tenemos que abordar. En concreto, nos referimos a que la contradicción entre normas interna e internacional concurrentes en un caso concreto sea en el sentido de que la internacional sea más restrictiva o limitante que la interna. Es decir, la norma interna es más favorable que la internacional. Ambas concurren en esta situación de concurso y ambas son igualmente válidas.

Con carácter general, entendemos que la solución a adoptar en el caso concreto es la misma que en el supuesto anterior. Es decir, de acuerdo con el principio de prevalencia *ex* artículo 31 Ley 25/2014, la norma internacional debe desplazar a la interna.

Ahora bien. Hay un ámbito en que la aplicación del principio de prevalencia nos puede conducir a un resultado desalentador. Nos referimos al supuesto en las normas concurrentes sean las que regulan derechos humanos/fundamentales. No olvidemos que analizamos el supuesto de que la norma interna dota de mayor virtualidad a un derecho fundamental, frente a la regulación internacional en ese ámbito y que es más restrictiva. ¿Cómo debe resolver la Jurisdicción ordinaria este conflicto generado por un concurso normativo?

Una primera interpretación que proponemos es que, dado lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 25/2014, la prevalencia de los tratados debe implicar el desplazamiento de la norma interna, y la aplicación de la convencional aunque sea más restrictiva. En este caso, la persona cuyos derechos fundamentales se hubieran visto restringidos por aplicación de norma internacional, siempre tendría abierta la posibilidad de acudir en amparo ante el TC. Como hemos indicado, los concursos entre normas internas e internacionales son susceptibles de revisión vía “recurso” de amparo.

Una segunda interpretación que proponemos y que es con la que nos sentimos más cómodos es la siguiente. Efectivamente el artículo 31 de la Ley 25/2014 consagra una prevalencia de las normas convencionales sobre las internas “en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

La prevalencia no debe tenerse presente cuando el conflicto sea con normas de rango constitucional. En este contexto, consideramos que el artículo 10.1 CE consagra un “principio pro persona” que en caso de que entre en conflicto con el principio de prevalencia, debería hacer decaer a este último. Dicho con otras palabras, la “dignidad de la persona” y los “derechos inviolables que le son inherentes” permiten sostener que de dicho precepto se deriva un “principio pro persona” que debe servir para corregir las limitaciones en los derechos humanos que pueda implicar la aplicación del principio de prevalencia y el eventual desplazamiento de una norma interna más respetuosa con la dignidad de la persona.

De esta manera, la CE permite que un principio de rango constitucional corrija las limitaciones en los derechos de la dignidad de la persona que una aplicación estricta del principio de prevalencia pueda ocasionar.

Somos conscientes de que esta interpretación presenta más complejidad que la primera que hemos expuesto. Sin embargo, confirma que la Jurisdicción ordinaria es la que realiza el control de convencionalidad y lo hace *ab initio*, sin esperar a un eventual control *ex post* por parte del TC

reforzando el papel de aquella como garante de los derechos fundamentales (art. 10.1 CE en relación con el art. 53.1 CE).

Por otro lado, creemos que es oportuno para reforzar nuestra posición que tengamos presente que esta interpretación puede ser acogida si se refuerza el diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos, sobre todo, si prestamos atención al ámbito multinivel. Al respecto, el denominado principio *pro persona* como parámetro para la resolución de los conflictos normativos está consolidado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴² (en adelante, “CIDH”). Obviamente, no vamos a realizar un análisis a fondo de estos aportes jurisprudenciales que darían pie a un nuevo trabajo de investigación. No obstante, para reforzar nuestro posicionamiento, señalamos por su interés la sentencia de la CIDH de 23 de noviembre de 2009, “caso Radilla Pacheco *versus* Estados Unidos Mexicanos⁴³”, que provocó una reforma constitucional de gran calado fruto de la cual se consagra de manera explícita el principio *pro persona* en la Constitución política de México. En concreto, el artículo 1, párr. 2 dispone que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

4. Bibliografía

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto., «Notas relativas al concepto de Jurisdicción». *Estudios de teoría general*. México 1974.

ALONSO GARCÍA, Ricardo, «El control de convencionalidad: cinco interrogantes». *Revista española de derecho constitucional*, año 40, núm. 119, 2020.

ÁLVAREZ OLALLA, María del Pilar, *Violencia de género y responsabilidad civil*. Reus, España, 2020.

AZNAR GÓMEZ, Mariano J., «Comentarios a la Ley de Tratados y otros acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)». *Revista española de derecho internacional*, vol. 69, núm. 1, 2017.

BELLO JANEIRO, Domingo, «Aspectos civiles de la violencia de género», *Familia y Derecho en la España del siglo XXI: libro homenaje al profesor Luis Humberto Clavería Gonsálbez* (MARÍN VELLADRE, Asunción/CABEZUELO ARENAS, Ana Laura/MORENO MOZO, Fernadno, dirs.), 2021, pp. 271-290.

⁴² CAMARILLO, Jesús Antonio, «La disputa en torno al principio pro homine en el constitucionalismo mexicano», *100 año de Constitución: estudios multidisciplinarios* (OROZCO TORRES, Luis Ernesto/VILLEGAS DELGADO, Carlos Albero/LÓPEZ ULLOA, Ed LIT.), 2019, págs. 158-173; COSSÍO DÍAZ, Juan Ramón, «Los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales y el principio pro homine», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 57, núm. 247, 2007, págs. 377-383; DELIAZZO, Carlos E., «Dignidad humana y principio <pro homine> en los litigios sobre derechos humanos», *Revista de derecho público*, núm. 54, 2018, pps. 35-46; MEDINA, Gastón Leandro, «El precepto pro homine y la globalización jurídica», *Revista anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, vol. 13, núm. 46, 2016, pps. 249-259; MELGAR RIMACHI, Adriana, *El principio <pro homine> como clave hermenéutica de la interpretación de conformidad. El diálogo entre la Corte IDH y los tribunales peruanos*. Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 2016; PINTO, Mónica., «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos». *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1997, págs. 163-172; TOLNAY, Iván., «La interpretación restrictiva de la ley penal en la Argentina de hoy. La relevancia de los principios de legalidad, pro homine y de ultima ratio del derecho penal». *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 10, 2014, pps. 9-22.

⁴³ En este caso, la CIDH se pronuncia sobre la violación de derechos humanos cometida por el Estado mexicano motivada por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco a manos del ejército.

BONET ESTEVA, Margarita, «Principio de Justicia universal, de modelo absoluto a modelo restrictivo, a propósito de sucesivas modificaciones del art. 23.4 LO Poder Judicial». *Pre-bie3*, núm. 6, 2015.

BONET NAVARRO, Ángel, «Derecho y Derecho Jurisdiccional». *Escritos sobre la Jurisdicción y su actividad*. Zaragoza 1981.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M., «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal». *Ars Iuris Salmanticensis: revista europea e iberoamericana de pensamiento y análisis del derecho*, vol. 2, núm. 2, 2014.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, «El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. restaurativa y mediación penal». *La Ley Penal* núm. 86, 2011.

CAMARRILLO, Jesús Antonio, «La disputa en torno al principio pro homine en el constitucionalismo mexicano», *100 años de Constitución: estudios multidisciplinares* (OROZCO TORRES, Luis Ernesto/VILLEGAS DELGADO, Carlos Albero/LÓPEZ ULLOA, Ed LIT.), 2019, pp. 158-173.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel, «Cuestiones que suscita la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género». *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 14, 2005.- *Mediación en violencia de género: una solución o un problema*, en *Mediación: un método de conflictos: estudio interdisciplinar* (GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás., dir.; SANZ HERMIDA/Ágata, ORTIZ PRADILLO/Juan Carlos, coords.). Colex, 2010.

CASTILLO RIGABERT, Fernando, *La admisión del recurso de amparo*. Universidad de Murcia, 1991.

CORDÓN MORENO, Faustino, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*. Pamplona 1979.

COSSÍO DÍAZ, Juan Ramón, «Los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales y el principio pro homine», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vo. 57, n.º 247, 2007, pps. 377-383.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Sobre la cosa juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Ramón Areces 1991.
- *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil*. Aranzadi 2006.

DE PADURA BALLESTEROS, María Teresa, *Fundamentación de la sentencia, preclusión y cosa juzgada: su régimen en la LEC 1/2000*. Tirant lo Blanch 2002.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo, *La Justicia Restaurativa Penal*. *La Ley penal*, núm. 73, 2010.

DELIAZZO, Carlos E., «Dignidad humana y principio <pro homine> en los litigios sobre derechos humanos». *Revista de derecho público*, núm. 54, 2018, pps. 35-46.

DÍAZ GONZÁLEZ, Gustavo Manuel, «La prevalencia del tratado internacional: de una previsión constitucional imprecisa a una disposición legislativa incompleta». *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018)*, PUNSET BLANCO, Ramón; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo; ROCA MARTÍNEZ, José María (pr.), 2018, pp. 411-424.

DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier, «Artículo 31. Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos internacionales (Ley 25/2014, de 27 de noviembre)», SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés; DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, Javier; MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, José, 2015, pps. 575-589.

FEBLES YANES, Eloísa, «La responsabilidad civil en los delitos de violencia de género y en la violencia doméstica». La Ley núm. 7786, 2012.

FERNÁNDEZ TOMÁS, Antonio, «La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española». *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco* (PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, coord.), 1993.

FUENTES SORIANO, Olga, «La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», *La Ley* núm. 5, 2005.

GALLEGO HERNÁNDEZ, Ana Cristina, «La ley española de tratados de 2014». *Anuario español de derecho internacional*, núm. 31, 2015.

GARCÍA SEDANO, Tania, «El Convenio de Estambul. Desafíos en su aplicación por el Reino de España». *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 127, 2017.

GARRO CARRERA, Enara, «El Convenio de Estambul y su acogida en materia de violencia física, psicológica y de control en el Derecho Penal español», en *Las mujeres víctimas de violencia: análisis multidisciplinar del ordenamiento jurídico español y europeo a la luz del Convenio de Estambul* (OTAZUA ZABALA, Goizeder/ETXEBARRIA ESTANKONA, Katixa, coords.; ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, dir.), 2022.

GIL RUIZ, Juana María (ed. lit.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*. Dykinson, 2018.

GIMENO SENDRA, Vicente, (con DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel/CALAZA LÓPEZ, Sonia), *Introducción al Derecho Procesal*. Tirant lo Blanch, España. 2020.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, «La nueva ley española de medidas de protección integral contra la violencia de género», en [Derecho penal liberal y dignidad humana: libro homenaje al Doctor Hernando Londoño Jiménez](#) (VELÁSQUES VELÁSQUES, Fernando; AMBOS, Kai.); AAVV. Editorial Temis. Colombia 2005.

- *Violencia de género y proceso*. Valencia. Tirant lo Blanch 2007.

HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar, *Implicaciones jurídico civiles de la violencia de género*. Dykinson 2025.

JIMENA QUESADA, Luis, «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*, núm. 53, 2019.

LLORIA GARCÍA, Paz, «La prevención de la violencia de género en la Unión Europea» en *El Convenio de Estambul. La encrucijada de Europa: luces y sombras para un futuro común* (CERVERA VALLTERRA, María, coord.), 2015.

MARTÍN REBOLLO, Luis, «La Administración en la Constitución (Arts. 103 a 107)». *Revista de Derecho Político*, núm. 37, 1992.

MARULLO, María Chiara, «La Jurisdicción universal española en la STC 140/2018, de 20 de diciembre». *Revista española de derecho internacional*, vol. 71, núm. 2, 2019.

MEDINA, Gastón Leandro, «El precepto pro homine y la globalización jurídica», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, vol. 13, núm. 46, 2016.

MELGAR RIMACHI, Adriana, «El principio <pro homine> como clave hermenéutica de la interpretación de conformidad. El diálogo entre la Corte IDH y los tribunales peruanos», Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 2016.

MERCADO CARMONA, Carmen, «La erradicación de la violencia contra la mujer “por tratado”: un análisis comparado del Convenio de Estambul y de la Convención de Belém do Pará». *Revista europea de derechos fundamentales*, núm. 30, 2017

MESTRE I MESTRE, Ruth/DE VIRO, Sara, «La utilización del Convenio de Estambul para luchar contra la violencia de género hacia las mujeres LGBTI y las personas no binarias», en *Democracia no binaria. Reflexiones interdisciplinarias sobre la dessexualización de la ciudadanía* (WINTER PEREIRA, Luisa; RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca, dirs.), 2024.

MORENO BLESA, Lidia, «Comentario a la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales». *Actualidad civil*, núm. 2, 2015.

MORENO CATENA, Víctor/CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Introducción al Derecho Procesal*, 11ª ed, Tirant lo Blanch, España, 2021.

MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, *Mujeres mayores víctimas de violencia de género y tutela civil de sus derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch, España, 2024.

NIEVA FENOLL, Jordi, *La cosa juzgada*. Atelier 2006.

ORTELLS RAMOS, Manuel, «Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional. Medidas restrictivas de derechos fundamentales». *Cuadernos de Derecho Judicial* 1996.- *et al*, *Introducción al Derecho Procesal*, 12 edición, Aranzadi, España, 2024.

PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, «Justicia restaurativa como nuevo paradigma de Justicia penal y penitenciaria». *Crítica*, año 61, núm. 973, 2011 (Ejemplar dedicado a: La cárcel del siglo XXI: desmontando mitos y recreando alternativas).

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, «Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, ley de punto final del principio de justicia universal en España». *Derecho penal para un Estado social y democrático de Derecho: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta* (MAQUEDA ABREU, María Luisa/MARTÍN LORENZO, María/VENTURA PÜSCHEL, Arturo/DE TOLEDO, Emilio Octavio coords.), 2016.- “El principio de justicia universal tras la reforma LO 1/2014”. *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)* BUSTOS RUBIO, Miguel/ABADÍAS SELMA, Alfredo/ DEL MORAL GARCÍA, Antonio, dirs., 2020.

PINTO, Mónica, «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 1997.

SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz Andrés, «Artículo 96». *Comentarios a la Constitución española* (PÉREZ MANZANO, Mercedes/BORRAJO INIESTA, Ignacio (coords.); RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel/CASAS BAAMONDE, María Emilia, dirs.), vol. 2, tomo II, 2018.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, «Jurisdicción». *Estudios de Derecho Procesal*. Ariel, España, 1969.

SOLÉ RESINA, Judith, «El papel del Derecho Civil en lucha contra la violencia de género», *Libro Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. 1, 2006, pps. 1797-1816.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *El objeto del proceso: alegaciones, sentencia, cosa juzgada*. La Ley-Actualidad 2000.

Tolnay, I. C., «La interpretación restrictiva de la ley penal en la Argentina de hoy. La relevancia de los principios de legalidad, pro homine y de ultima ratio del derecho penal», *Revista de derecho penal y criminología*, núm. 10, 2014, págs. 9-22.

TONNA PRUENCE, Lucía, «La responsabilidad civil derivada de la violencia basada en género», *Revista critica de Derecho Privado*, núm. 17, 2020, pp. 1115-1125.

VALLEJO PEÑA, Carmen, *El estado de la jurisdicción universal en el Derecho internacional y en el Derecho interno español*. Tirant lo Blanch, España, 2016.

VANOSI, Jorge Reinaldo. «La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder (homenaje al artículo 106 de la Constitución española)». [La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano](#) (coord. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco), 2003.

VELA SÁNCHEZ, Antonio, *Las consecuencias civiles de la violencia de género. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Bosch, España, 2022.

VÉLEZ, José Miguel, «El control concreto de constitucionalidad», *Revista Jurídica de Derecho Público*, tomo 5, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2011, pps. 19-75.