

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA NORMATIVA LABORAL*

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Consejero Permanente de Estado
Doctor honoris causa por las Universidades de Ferrara,
Huelva e Internacional de Andalucía

EXTRACTO

Palabras clave: control de convencionalidad; competencias de la jurisdicción ordinaria y constitucional, impacto en el Derecho del Trabajo

El control de convencionalidad se refiere a la posibilidad de la que dispone todo órgano judicial de tomar en cuenta o decidir la aplicación preferente de las reglas autoaplicables de un tratado internacional ratificado por España sobre las normas internas. La cuestión viene resuelta, como es sabido, cuando se trata de la aplicación del ordenamiento de la Unión Europea, y ha sido objeto de un mayor desarrollo cuando se trata de conflictos en los que resultan directamente concernidos derechos fundamentales y derechos humanos.

En nuestra jurisprudencia constitucional es clave la Sentencia 140/2018, que convalida la reforma que limitó el alcance de la denominada jurisdicción penal universal, no tanto por establecer una doctrina novedosa, como por clarificar algunas de sus características dogmáticas principales, así por remitir a la jurisdicción ordinaria la fijación de su verdadero alcance material.

El artículo analiza algunas de las consecuencias que esta construcción ha tenido y tiene en el Derecho del Trabajo, rama que desde antiguo ha venido aplicándola, sobre todo en materia de libertad sindical y prohibición de discriminación.

ABSTRACT

Keywords: *conventionality control; competencies of the ordinary and constitutional jurisdiction, impact on Labor Law*

The control of conventionality refers to the possibility available to any judicial body to take into account or decide on the preferential application of the self-applicable rules of an international treaty ratified by Spain over domestic rules. The issue is resolved, as is well known, when it comes to the application of the European Union order; and has been the subject of greater development when it comes to conflicts in which fundamental rights and human rights are directly concerned. In our constitutional jurisprudence, Judgment 140/2018 is key, which validates the reform that limited the scope of the so-called universal criminal jurisdiction, not so much by establishing a novel doctrine, but by clarifying some of its main dogmatic characteristics, as well as by referring to the ordinary jurisdiction the determination of its true material scope.

The article analyzes some of the consequences that this construction has had and has on Labor Law, a branch that has been applying it since ancient times, especially in terms of freedom of association and prohibition of discrimination.

* El presente estudio reproduce la conferencia de investidura impartida en La Rábida con ocasión de la recepción del doctorado honoris causa por la Universidad Internacional de Andalucía celebrada el 25 de enero de 2024

ÍNDICE

1. EL CONTROL CONVENCIONALIDAD
2. LA RELEVANCIA DE LA STC 140/2018, DE 20 DE DICIEMBRE
3. IMPACTO EN EL DERECHO DEL TRABAJO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

1. EL CONTROL CONVENCIONALIDAD

El concepto de control de convencionalidad se refiere a la posibilidad del órgano judicial de la toma en cuenta o de la aplicación preferente de las reglas autoaplicables de un tratado internacional ratificado por España sobre las normas internas. La cuestión viene resuelta, como es sabido, cuando se trata de la aplicación del ordenamiento de la Unión Europea, cuya integración en nuestro ordenamiento tiene su base en el art. 93 CE que encomienda, además, a las Cortes Generales y al Gobierno, según los casos, “la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales”.

Esa garantía efectiva del cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con ese ordenamiento, además de al Tribunal de Justicia, corresponde a los jueces y tribunales españoles, convertidos en jueces “comunitarios”. Cuando no tengan duda sobre el alcance de la regla eurounitaria, porque es clara o ha sido clarificada ya por el TJUE, los tribunales deben respetar y aplicar esa regla primero cuando la misma sea susceptible de tal aplicación directa por contener mandatos concretos que reconocen derechos a los particulares y que pueden ser autoaplicados. En caso de duda sobre el alcance de esa regla el órgano judicial español debe plantear ante el TJUE una cuestión prejudicial previa a la resolución por su parte del asunto del que esté conociendo. El planteamiento de esa cuestión también puede suponer una duda o, incluso, una certeza sobre la colisión entre la norma nacional aplicable y una disposición eurounitaria. Numerosa jurisprudencia del TJUE ha aclarado el alcance de la primacía del Derecho de la Unión Europea y ha dado instrucciones a los jueces nacionales para que la aseguren.

Cuando la regla europea es clara y terminante, como es sabido, los jueces están facultados, en determinadas condiciones y circunstancias, para aplicarla directamente al caso del que conocen. Pero cuando se trata de un litigio entre particulares y lo que está en juego es una Directiva, en principio no se reconoce el efecto directo de la misma, solo se exige que la norma nacional a aplicar se interprete a la luz de la Directiva y, cuando ello no sea posible, la parte perjudicada por la no aplicación de esa Directiva pueda obtener una compensación económica a cargo del Estado.

Los jueces y tribunales españoles son un instrumento indispensable para asegurar la efectividad y la primacía del Derecho de la Unión Europea, cuando el mismo es alegado o es aplicable al litigio del que conocen. En ese preenjuiciamiento

han de comprobar y decidir la conformidad de la regla española con el Derecho eurounitario aplicable al caso. Ese control de “europeidad” es un supuesto específico de control de “convencionalidad”, un término que se refiere más genéricamente respecto al examen por el órgano judicial de la posible contradicción de la norma interna aplicable al caso con las reglas de un tratado internacional ratificado por España y publicado oficialmente. Mientras que en el caso de la Unión Europea ese control y sus consecuencias está regulado por el Derecho de la Unión y encuentra su base en el art. 95 CE, no ocurre lo mismo con el control de compatibilidad de la norma interna con la norma del tratado y sus consecuencias, el control de convencionalidad.

El art. 96.1 CE establece que las normas o reglas de ese tratado “formarán parte del Derecho interno”. Este precepto supone asumir la regla del monismo o sea la vigencia en España del tratado sin necesidad de una ley, la aplicación directa de las reglas de los tratados que por su naturaleza y contenido sean autoaplicables y no necesiten una recepción expresa a través de reglas internas. Sin embargo, el precepto no dice nada de los problemas de la posible colisión de una norma española con una norma del tratado, ambas aplicables al caso, ni a quien corresponde comprobar y decidir sobre ese conflicto de normas.

El control de convencionalidad trata de garantizar la efectividad de los tratados cuando las reglas de los mismos deban ser aplicadas a supuestos concretos o cuando el legislador elabore normas que puedan contradecir a las de los tratados. Lo que no nos dice la Constitución es a que órgano corresponde el ejercicio de ese control.

En España se ha hablado de control de convencionalidad precisamente en el marco del procedimiento de elaboración de normas, y ese término ha sido utilizado por el Consejo de Estado al verificar la compatibilidad del proyecto normativo sometido a su consulta ya sea con el Derecho de la Unión Europea o con el contenido de tratados internacionales, de acuerdo a lo previsto en el art. 96.1 CE¹.

Los problemas se plantean cuando ese control se ejerce ante supuestos sometidos a conocimiento de los tribunales. El Derecho comparado ofrece soluciones muy variadas al igual que en el debate doctrinal, especialmente en cuanto a su alcance constitucional y la competencia al respecto del órgano de justicia constitucional, especialmente cuando están en juego derechos fundamentales. También en España se ha planteado el alcance de ese control y el órgano competente para llevarlo a cabo, especialmente cuando el contraste se produce con una norma

¹ En su Memoria anual de 1997, el Consejo de Estado hizo un análisis amplio del examen del control de convencionalidad en los dictámenes de los anteproyectos de ley sometidos a su consideración, verificando si el prelegislador o, en su caso, el que ejercita el poder reglamentario, ha tenido en cuenta el marco internacional, y más estrictamente las directivas de la Unión Europea que la norma proyectada trata de trasponer, desde la idea de la prevalencia de la fuente internacional, una cuestión que ha sido objeto de examen detenido, entre otros, en el dictamen 176/1997.

de rango legislativo, materia propia, en principio, del Tribunal Constitucional, sin perjuicio de que los jueces y tribunales ordinarios pudieran plantearle una cuestión de inconstitucionalidad al respecto.

Las discrepancias doctrinales se plantean sobre el alcance constitucional de la infracción por una norma española aplicable al caso de las reglas autoaplicables de un tratado internacional vigente en España y que según el art. 96,1 CE forman parte de nuestro ordenamiento, y tampoco ha habido una jurisprudencia constitucional u ordinaria que haya aclarado la posibilidad de aplicación por el juez español de reglas contenidas en los tratados y en que supuestos.

La cuestión no se aclara, sino que se complica por lo dispuesto en el art. 10.2 CE, que contiene solo un mandato de que las normas relativas a derechos fundamentales y a libertades que la Constitución reconoce “se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Es una regla de toma en cuenta, a efectos interpretativos, aparte de la Declaración, los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos fundamentales, lo que podría entenderse como una degradación del valor de esos tratados, ya integrados en nuestro ordenamiento de acuerdo con el art. 96.1 CE.

2. LA RELEVANCIA DE LA STC 140/2018, DE 20 DE DICIEMBRE

La STC 140/2018 ha conocido de un recurso de inconstitucionalidad contra la LO 1/2014, que ha reducido el alcance de la llamada jurisdicción universal de los tribunales penales españoles, dejando fuera supuestos que hasta entonces han podido conocer esos tribunales.

El recurso invocaba el art. 10 CE y otros preceptos constitucionales, además de algunos convenios internacionales, en relación con el art. 96 CE. La sentencia analiza con profundidad y extensión la problemática de la jurisdicción universal, para concluir que la LO 1/2014 no es contraria al art. 10.2 CE en relación con el art. 24.1 CE, por definir el principio de jurisdicción universal de forma restrictiva, pues no puede deducirse del Derecho internacional de los derechos humanos un concepto absoluto y obligatorio de universalidad de la jurisdicción.

En lo que aquí interesa, la STC 140/2018 en su fundamento jurídico 6 responde a la pretendida vulneración de la ley impugnada del art. 96 CE por alterar las obligaciones derivadas de los tratados y convenios internacionales ratificados por España. Se trataría de valorar la compatibilidad de la regulación legal con esos tratados. La sentencia niega la relevancia constitucional de esa compatibilidad y, por ello, que en el análisis de la constitucionalidad de la ley impugnada pueda incluirse esa valoración.

Para ello, invoca la noción de control de convencionalidad afirmando (erróneamente) que surge de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cita su sentencia de 26 de septiembre de 2006 (asunto Almonacid Arrellano), según la cual cuando se ha ratificado un tratado internacional los jueces están sometidos al mismo y deben velar porque los efectos de sus disposiciones “no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efecto jurídico. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y el tratado en cuestión”.

La sentencia 140/2018 afirma que la Constitución no contiene ninguna disposición al respecto, y que el artículo 96 CE no atribuye superioridad jurídica a los tratados sobre las leyes internas, pero sí establece el desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior y la resistencia del tratado a las disposiciones internas posteriores sin que ello implique su derogación sino su aplicación preferente. Esa preferencia de la norma internacional sobre la norma interna

no puede significar sino la prevalencia de aquella, su superioridad que debería llevar a su invalidez también por razones de seguridad jurídica, pero el Tribunal Constitucional no ha querido llegar a esa conclusión que convertiría, cuando se trata de leyes, la cuestión de convencionalidad en cuestión de inconstitucionalidad propia del propio Tribunal.

El Tribunal Constitucional ha reiterado, frente a la invocación del art. 10.2 CE, su jurisprudencia precedente sobre que ese precepto no es un canon autónomo de constitucionalidad, que solo establece una pauta hermenéutica obligatoria que no constitucionaliza la DUDH (ni tampoco los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España), ni exige del legislador español el reconocimiento de una jurisprudencia penal universal, una materia disponible por el legislador orgánico.

Según la sentencia, el art. 24.1 CE, leído a la luz del art. 10.2 CE, tampoco justificaría ni impondría un principio absoluto de jurisdicción penal universal, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho de configuración legal, que debe interpretarse a la luz de los tratados de derechos humanos firmados por España pero que, como examina detenidamente la sentencia, no han establecido un modelo único y universalmente válido de aplicación de la jurisdicción penal universal.

Esta conclusión no supone una doctrina novedosa. Se fundamenta en sentencias constitucionales precedentes que ya habían tratado la cuestión. Más bien la confirma, la aclara y la fundamenta mejor al insistir en que ni de los tratados ni del CEDH se deduce un modelo único y universalmente válido de aplicación del principio de universalidad de la jurisdicción penal, como ha confirmado la propia jurisprudencia del TEDH.

La sentencia ha recibido críticas por los partidarios o defensores de un ámbito más amplio en España de la jurisdicción penal universal, y no es el lugar aquí de

entrar en ese debate que tiene elementos ideológicos, pero también de dogmática jurídica². Desde esta última perspectiva, la fundamentación de la sentencia puede considerarse irreprochable, y su doctrina, de forma más clara y “pedagógica”, confirma lo que ya se podía deducir de la jurisprudencia constitucional precedente sobre el alcance legal dispositivo del ámbito de la jurisdicción penal universal de los órganos judiciales españoles. La conclusión no es cuestionable, pero sí debe serlo la confirmación del rechazo de la relevancia constitucional del incumplimiento de los tratados ratificados por España en materia de derechos humanos, a diferencia de lo que han hecho otros Tribunales Constitucionales próximos con vistas a asegurar un nivel común de protección de derechos humanos, al menos en el espacio europeo.

En respuesta a la alegada inconstitucionalidad de los apartados a), b) y c) del nuevo art. 23 LOPJ, basada en la vulneración del art. 96 CE, porque alteraría obligaciones asumidas por España en tratados y convenios internacionales ratificados, la sentencia examina detenidamente cómo afecta a la constitucionalidad de una ley el que la misma implique el incumplimiento de un tratado o convenio internacional ratificado. En el recurso se pretendía que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre la compatibilidad de la ley interna con los tratados internacionales como parte del control de constitucionalidad que le corresponde.

La sentencia se plantea si, sobre la base de lo dispuesto en el art. 96.1 CE, ello podría servir de base para declarar la inconstitucionalidad de la norma legal cuestionada, lo que supondría que el Tribunal Constitucional incluyera en el enjuiciamiento de constitucionalidad de la ley el examen sobre su compatibilidad con los tratados, de lo que podría derivar una inconstitucionalidad por su oposición a un tratado.

Según la sentencia, nuestra Constitución no ha previsto expresamente que el juicio de constitucionalidad que corresponde al Tribunal Constitucional incluya pronunciarse sobre esa compatibilidad, ni le impone expresamente esa tarea (aunque eso podría suponer que tampoco se la impide) pues, a la vista del desarrollo reciente de la protección internacional de los derechos humanos, cabría considerar que ese silencio le permite una aplicación directa de los tratados sobre derechos humanos en su enjuiciamiento de constitucionalidad.

² Se ha criticado también que el recurso planteado por el Grupo Socialista era vago con los motivos de inconstitucionalidad que se invocaban, utilizando argumentos no basados en precepto constitucional alguno, y también se reconoce que, aunque la sentencia haya decepcionado a los partidarios del modelo vigente de jurisdicción universal en España por limitar la posibilidad de enjuiciar graves crímenes internacionales, lo cierto es que no hay en el Derecho internacional de los derechos humanos un modelo único de jurisdicción penal extraterritorial ni tampoco en nuestra Constitución existe un modelo constitucional de esa jurisdicción, cuya extensión se deja en manos del legislador ordinario y, por ello, es una cuestión de mera legalidad en la que el Tribunal Constitucional tiene un limitado margen de decisión.

El Tribunal Constitucional se ha negado a ello, siguiendo su doctrina precedente (que podría haber considerado obsoleta). Tras negarse a examinar la contrariedad de una ley a un tratado internacional por no ser un canon de enjuiciamiento constitucional, podría haberse limitado a afirmar su incompetencia. Sin embargo, y esta es la gran novedad de la sentencia, se ha planteado sin que nadie se lo hubiera preguntado, si el control de compatibilidad con los tratados podía derivarse de algún precepto constitucional y, en tal caso, cuál sería el órgano judicial competente para formularlo y cuál debe ser su alcance.

La principal novedad de la sentencia ha sido el reconocimiento del “control de convencionalidad”, un concepto que la sentencia ha asumido de una sentencia de 2006 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero que era conocido en Europa.

Lo que plantea en la STC 140/2018 es el control ex post en el caso concreto enjuiciado de la compatibilidad de la norma aplicable no ya con el Derecho de la Unión Europea, sobre la que tiene su propia normativa que hace de todos los jueces españoles actúen como jueces en la aplicación del Derecho de la Unión Europea³ sino con los tratados ratificados por España y especialmente con el Derecho internacional en materia de derechos humanos.

La sentencia reconoce que nuestra Constitución no ha impuesto expresamente a los jueces ordinarios llevar a cabo ese control de convencionalidad, pero, ante ese silencio (o laguna), se plantea si la exigencia de ese control puede derivarse de algún precepto constitucional y, en tal caso, “cuál es el órgano judicial competente para formularlo y cuál debe ser su alcance”, o sea, que examine la compatibilidad de la norma interna con un tratado internacional, que realicen el llamado control de convencionalidad para aplicar en su caso tratados internacionales (que establezcan reglas autoaplicables por encima de la normativa interna).

La STC 140/2018 ha partido de una particular noción del control de convencionalidad, al declarar que en el sistema español ese control es “una mera regla de selección del Derecho aplicable”, y que se limita a determinar la norma aplicable al supuesto controvertido. Ello, conforme a la jurisprudencia constitucional precedente, sería una cuestión de legalidad, que no le corresponde resolver al Tribunal Constitucional sino “a los jueces y tribunales ordinarios en el ejercicio de la función jurisdiccional que con carácter exclusivo les atribuye el art. 117.3 CE”.

El Tribunal Constitucional ha deducido del art. 96 CE el que dentro de su facultad de elección de la norma aplicable, los jueces ordinarios, tengan que

³ Puesto que desde la STCE *Simmenthal* se ha reconocido a los jueces nacionales un control difuso de la compatibilidad de las normas internas con el Derecho Comunitario, y hoy de la Unión Europea, que exige el desplazamiento o inaplicación de esa norma contraria al Derecho de la Unión cuando éste establezca una regla “autoaplicable”

analizar la compatibilidad de la norma interna con la disposición internacional, y que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma legal que contradiga un tratado internacional y aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, desplazamiento que no supone la expulsión de la norma interna del ordenamiento sino solo su inaplicación en un caso concreto. Esa prevalencia de los tratados internacionales no utiliza los criterios típicos de jerarquía del sistema de fuentes de competencia (lo que plantearía un problema de validez) sino, en el proceso de selección judicial de la norma, un desplazamiento de la norma en el caso litigioso concreto⁴.

Esta doctrina no es totalmente novedosa, pues la sentencia la deduce de frases extraídas de diversas sentencias precedentes, pero no es la mera confirmación de esa doctrina pues expresamente encomienda a los órganos judiciales llevar a cabo el análisis de convencionalidad, pero que no es ni un juicio de validez de la norma interna ni, aun menos, de constitucionalidad de la misma (que correspondería al Tribunal Constitucional) “sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas, de selección de la norma aplicable”, materia que quedaría fuera, en principio, de la competencia del Tribunal Constitucional. La sentencia hace una importante salvedad al advertir que, a la luz del art. 24.1 CE, en el recurso de amparo se pueda examinar la selección del Derecho aplicado realizada por los jueces ordinarios, evitando una arbitraria o irrazonable aplicación de la norma internacional seleccionada o una desaplicación de la norma interna. Se reserva así el Tribunal Constitucional la última palabra a este respecto, pero ello solo será efectivo si hay adecuada apertura del recurso de amparo para estos asuntos.

3. IMPACTO EN EL DERECHO DEL TRABAJO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La encomienda a los jueces ordinarios del control de convencionalidad ha tenido un impacto especial en el Derecho del Trabajo, pues ha sido en la jurisdicción del orden social donde se ha utilizado con mayor frecuencia el reconocimiento expreso de esa competencia judicial. Ya antes de la STC 140/2018 los órganos judiciales del orden social venían llevando a cabo ese control de convencionalidad, aun sin asumir esa denominación, al examinar la compatibilidad de la norma española con los tratados internacionales en materia de trabajo, especialmente la Carta Social Europea y los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por España, aunque aquella y éstas en la mayoría de los casos establecieran obligaciones a los Estados y sus disposiciones fueran raramente inaplicables, salvo en algunos temas relacionados con derechos humanos, como en

⁴ Vid. Rivas Vaño, A. “*A propósito de los derechos sociales: reflexiones en torno al control de convencionalidad*”, en “*Descentralización, poder y derechos sociales*”, Estudios homenaje Terol Becerra, M.J., 2021, pág. 269 a 280.

materia de libertad sindical o de discriminación⁵. En el ámbito académico han sido numerosos los estudios y publicaciones sobre el llamado Derecho Internacional del Trabajo y sobre las condiciones de eficacia de las normas internacionales de trabajo.

La STC 140/2018 ha animado a nuestros jueces y tribunales del orden social a entrar a examinar, además de la compatibilidad de la norma laboral interna con la norma de la Unión Europea (por exigencia del Derecho de la Unión Europea conforme a la jurisprudencia del TJUE), su compatibilidad con los tratados internacionales, especialmente en materia de derechos humanos, lo que se enlaza con los arts. 96.1 y 10.2 CE, primacía ya reconocida por el Tribunal Constitucional, que tiene capacidad de desplazar a normas internas en virtud de su aplicación preferente o prevalente (Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004).

En el caso del Derecho de la Unión Europea, dada su primacía, ese planteamiento ha sido más fácil, pues se han podido invocar sentencias del TJUE sobre el alcance de directivas, en algunos casos referentes a casos españoles. Pero también la sentencia ha facilitado y confirmado la práctica judicial precedente de invocación o aplicación por los tribunales de instrumentos internacionales de contenido social o laboral para una protección más eficaz de los derechos sociales. Ha sido cada vez más frecuente en materia laboral el que los justiciables invoquen normas internacionales para evitar la aplicación de normas internas que les desfavorecían, ante la avalancha de reformas laborales que han restringido o eliminado derechos que leyes anteriores les reconocían.

Entre esos instrumentos, diversos Convenios de la OIT, especialmente los referentes a la libertad sindical, la negociación colectiva y la terminación del contrato de trabajo, así como la Carta Social Europea en su versión originaria y, ahora, en la revisada.

Nuestros jueces del orden social han sido muy sensibles a estas invocaciones o a su aplicación ex officio. Su labor está llena de luces, pero también de algunas sombras, por eso no han faltado quienes se han mostrado contrarios a un control difuso de convencionalidad, por estimarlo poco respetuoso del principio democrático de división de poderes y de la seguridad jurídica⁶. La doctrina laboral ha estado abierta a esa posibilidad, pero ha tenido en cuenta los riesgos para la seguridad jurídica del uso abusivo o extensivo de ese control difuso de convencionalidad, sobre todo cuando no se ha tratado de aplicar “como una herramienta para combatir o revertir

⁵ Un examen exhaustivo de los instrumentos internacionales sobre los que han conocido nuestros jueces y tribunales del orden social, y un amplio listado de la jurisprudencia al respecto, en Garrido Palacios, M.A. “La recepción del Derecho Internacional del Trabajo en la jurisprudencia de los tribunales españoles”, Tesis Doctoral, Universitat de València, julio 2020.

⁶ Canosa Usera, R. “*El control de convencionalidad*”, Madrid, Cívitas, 2015, pág. 118.

las reformas laborales y los recortes que se han producido como consecuencia de la crisis económica”⁷.

Buen ejemplo puede ser la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 270/2020, de 17 de enero, en relación con el despido por absentismo laboral del art. 52 d) ET, cuya regulación había sido considerada constitucional por la STC 118/2019, y ha afirmado que no contradice al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT. La sentencia del TSJC ha declarado que el art. 52 d) LET se opone y es contrario al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT, a los arts. 41.1 y 5 del Convenio núm. 155 OIT, y al art. 3 de la Carta Social Europea y, además, al art. 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre todas las formas de discriminación contra la mujer, afirmando que las consideraciones que el Tribunal Constitucional hizo sobre la adecuación del art. 52.d) ET al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT constituían un obiter dictum no vinculante “por caer fuera de su competencia la realización del control de convencionalidad de dicha norma, que corresponde a la jurisdicción ordinaria”, además, la sentencia aplica la Carta Social Europea revisada, cuando todavía no estaba ratificada por España⁸.

La STS de unificación de doctrina 270/2022, de 29 de marzo, ha casado esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia y ha rechazado la tesis de que la atribución a la jurisdicción ordinaria de control de convencionalidad en modo alguno supone que el Tribunal Constitucional no puede examinar si una norma interna es contradictoria con un tratado internacional, subrayando que las resoluciones del Tribunal Constitucional vinculan a todos los jueces y tribunales, reiterando la no contradicción del despido por absentismo con el Convenio núm. 158 OIT. También ha rechazado que el art. 52 d) ET sea contrario al Convenio núm. 155 OIT, o que la Carta Social Europea revisada no sea aplicable antes de su ratificación, o que el precepto cuestionado vulnere el art. 11 de Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), contradiciendo lo declarado en la STC 118/2019.

Ese mismo Tribunal Superior de Justicia, ya ratificada la Carta Social Europea revisada, ha considerado en una sentencia reciente⁹, aplicando el art. 24 de la misma que reconoce “el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a

⁷ Goerlich Peset, J.M. “(Re)descubriendo el control de convencionalidad ¿activismo o autocontención judicial?”, Labos, vol. 2, núm.1, pág. 7. El autor examina “algunos episodios en concreto”; las sentencias judiciales relativas al control de la causalidad de los despidos en interés de la empresa, la admisibilidad del contrato de apoyo a los emprendedores, al despido por absentismo o al cuestionamiento integral de la regulación interna de los efectos del despido injustificado, incluyendo las indemnizaciones tasadas, en contraste con la jurisprudencia constitucional que ha reconocido la conformidad a la Constitución de esa reforma.

⁸ Vid. sobre esa sentencia y su crítica, Alonso García, R. (2020) “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, Revista Española de Derecho Constitucional, 119, 15-31.

⁹ De la que da cuenta Marcelino Abad en el suplemento de Negocios de El País del domingo 29 de mayo de 2023.

una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada”, que la cuantía de la indemnización por despido improcedente en el caso de una trabajadora que llevaba poco tiempo en la empresa y a la que, aplicando el art. 53.1 b) ET (20 días por año de servicio) había correspondido por su escasa antigüedad una indemnización inferior a 1000 euros, era “insignificante” y no tenía “efecto disuasorio” para la empresa, cuando, pocos días después, la empresa se acogió a un ERTE del que se podía haber beneficiado la trabajadora, por lo que ha fijado una indemnización adicional de 3000 euros a favor de la despedida¹⁰, ejerciendo una facultad discrecional que no le permite la norma interna, no desplazada, ni tampoco la norma internacional que invoca.

Este es un caso, entre otros, en los que tanto los justiciables como los tribunales del orden social han hecho un uso extensivo del control de convencionalidad para tratar de desplazar la aplicación de las reformas laborales ablativas invocando un precepto de un tratado internacional que impone obligaciones al Estado parte de ese tratado, pero que no es susceptible de aplicación directa y autónoma por su carácter abierto y genérico. En este sentido, aunque deberían ser conocidas por los órganos judiciales las exigencias para calificar como autoaplicables normas de tratados internacionales, la STC 140/2018 ha pecado de imprudencia al no haber precisado las condiciones en las que, al ejercer el control de convencionalidad, un órgano judicial puede desplazar la aplicación de la norma laboral española para aplicar una norma contenida en un tratado ratificado por España que establezca una regla autoaplicable.

Tampoco ha precisado la prevalencia del planteamiento en su caso de una cuestión de constitucionalidad de la norma cuestionada, ni en el caso del Derecho de la Unión Europea recordar la necesidad de plantear una cuestión prejudicial, con el resultado práctico de que si se trata de una directiva la misma no será de aplicación directa a las relaciones entre particulares y, por ello, a los contratos de trabajo. Por lo demás, la posibilidad de desplazar una norma interna no permite aplicar analógicamente otra norma interna, que se estima más compatible con el

¹⁰ En este caso ese control de convencionalidad ha sido peculiar pues no ha habido un desplazamiento de la norma interna por la norma del tratado, sino la creación de una norma singular que trata de ampararse en un precepto que no puede calificarse de claro, preciso e incondicional y que requiere medidas de ejecución. Además, la sentencia no cuestiona el art. 53.1 b) ET, que sigue una vieja tradición creada precisamente por la jurisprudencia frente a una normativa que imponía al magistrado de trabajo calcular caso por caso la indemnización por despido a la vista de las circunstancias concretas del despido, lo que luego ha asumido el Estatuto de los Trabajadores estableciendo una indemnización tasada basada en la antigüedad de la persona despedida. Ha aplicado el precepto, pero ha considerado que, en el caso concreto, por la poca antigüedad de la trabajadora, ha dado un resultado que no ha tenido efecto “disuasorio” para el empleador. Pero tal efecto disuasorio no está previsto en la Carta Social Europea renovada, que habla simplemente de indemnización “adecuada”, dejando a cada Estado el establecerla. Sul art. 24 no es una norma clara, precisa e incondicional que no requiera medidas de ejecución que permita su aplicación directa con desplazamiento de la norma interna.

tratado. El desplazamiento tiene que ser de la norma española para aplicar una norma del tratado, y no permite que invocando ese tratado se trate de aplicar extensiva o analógicamente otra norma de nuestro ordenamiento.

La STC 140/2018 se reserva el enjuiciamiento a través del recurso de amparo del control de convencionalidad realizado por los órganos judiciales, respecto a su razonabilidad a la luz del art. 24.1 CE. La última palabra dentro de la jurisdicción ordinaria corresponde al Tribunal Supremo, cuyo papel es importante para garantizar la seguridad jurídica, que puede ponerse en peligro cuando el justiciable, el trabajador o el empleador, no tenga certeza si la norma laboral española va a ser aplicada al litigio.

Además, ese control debe tener en cuenta la diferencia de peso entre las normas internacionales que protegen derechos humanos y las que no lo hacen. Con ello no se trata de cuestionar la competencia asignada de nuestros órganos judiciales para realizar un control de convencionalidad, pero éste no debe ser casuístico sino sistemático, es decir, no centrarse en la convencionalidad de la norma en sus efectos en un caso concreto, sino realizar una consideración global del sistema. Por ejemplo, en materia de indemnización por despido injustificado habría de analizarse si la consideración del tiempo de trabajo en la fijación de la indemnización, que es común en otros ordenamientos (donde incluso se establece un plazo mínimo de ocupación para tener derecho a esa indemnización), es contraria a la Carta Social Europea, aunque ello implique que en los casos de contrato de breve duración la indemnización resultante pueda considerarse insuficiente. Se trata, por tanto, de cuestionar la convencionalidad de las reglas sobre indemnización por despido en su conjunto. Otra cosa es que en el caso en concreto se pueda enjuiciar la conducta del empleador no a la vista del tratado, sino a la vista de instrumentos existentes en el propio ordenamiento como, en su caso, el abuso de derecho.

Por otro lado, como ya se ha dicho, el control de convencionalidad no debe desplazar al preferente control de constitucionalidad. El órgano judicial debe realizar previamente ese examen para plantear en su caso la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, la cual no puede limitarse a cuestiones que correspondan al ámbito restringido del recurso de amparo. Cuando se trata de aplicar el Derecho de la Unión Europea, si la misma no es clara, el órgano judicial debe plantear la cuestión prejudicial para resolver las dudas sobre el alcance de la norma europea.

En materia laboral el control de convencionalidad no puede considerarse una novedad, puesto que ya nuestros tribunales han venido asegurando la recepción del llamado Derecho Internacional del Trabajo, sobre todo en materia de libertad sindical y despido¹¹. Sin embargo, la STC 140/2018 donde ha tenido mayor impacto

¹¹ Sobre la labor judicial en la recepción del Derecho Internacional del Trabajo, aunque limitado a la libertad sindical y a las garantías de la extinción del contrato de trabajo anterior

ha sido en materia de derechos “socio laborales”, como ya se previó en alguno de los primeros comentarios a esa sentencia¹², y ha sido en esa materia donde se han manifestado más los riesgos de un excesivo activismo judicial, también porque la sentencia constitucional ha supuesto ya sea confirmar decisiones judiciales que han declarado inaplicables preceptos de reformas laborales recientes de carácter ablativo o reductivo, o ya animar a un cuestionamiento de reglas laborales decididas por el poder legislativo o reglamentario.

Un sector de la doctrina ha llamado la atención sobre la necesidad de autocontención de respeto al imperio de la ley y del principio de seguridad jurídica, tanto de carácter procedimental como desde el punto de vista sustantivo. Ha de tenerse en cuenta que las normas internacionales del trabajo están dirigidas a los Estados, tienen un contenido abierto y, en la mayor parte de los casos, no son autoaplicables, sino que requieren una adaptación del ordenamiento interno a esas reglas internacionales¹³.

El Tribunal Supremo ha sido consciente de estos riesgos. Ha asumido, pero a la vez delimitado, el control difuso de convencionalidad. Para ello ha aclarado el alcance de la aplicación directa de las normas internacionales por nuestros órganos judiciales, desplazando la norma legal española aplicable en principio al caso, ha establecido algunas cautelas sobre el alcance de ese control.

En palabras de Casas Baamonde, “el mantra de la mera selección del derecho aplicable al caso no reserva un papel protagonista a la jurisdicción ordinaria en la definición de los derechos fundamentales. Es un tema ampliamente debatido entre quienes predicán del control de convencionalidad ‘la efectividad de la tutela judicial de los derechos fundamentales en plazo razonable’ y quienes perciben en el control de convencionalidad la posible alteración de nuestro sistema de fuentes y de justicia constitucional. Al margen de polémicas, el control de convencionalidad difuso no está exento del control de la jurisdicción constitucional”¹⁴.

La STC 140/2018 ha dado un positivo paso al asignar a la jurisdicción ordinaria asegurar la efectividad de los derechos laborales reconocidos en los tratados internacionales, pero ha de ser en tanto que se contengan en reglas autoaplicables de

a la sentencia comentada, cabe remitirse a Garrido Palacios, M.A. “*La recepción del Derecho Internacional del Trabajo en la jurisprudencia de los tribunales españoles*”, cit. pág. 251 y ss.

¹² Jimena Quesada, L. “*La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales*”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 53 (2019), pág. 459 y ss., quien, sin embargo, reconoce que el texto de los tratados internacionales en materia laboral, como la Carta Social Europea o los Convenios de la OIT, contienen cláusulas más o menos generales lógicamente superadas por las más detalladas normas nacionales.

¹³ Vid. al respecto, Goerlich Peset, J.M. “*(Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial?*”, Labos, Vol. 2, No 1, pág. 4-17.

¹⁴ Discurso investidura Dra. Honoris Causa Universidad Santiago de Compostela, pág. 18

esos tratados. Sin embargo, es responsabilidad del Tribunal Constitucional seguir profundizando sobre los límites y condiciones de ese control. Para ello debería facilitar el acceso al amparo de estos asuntos, y en sucesivas sentencias de Pleno no limitarse a reiterar las líneas genéricas y abiertas que al tema de la convencionalidad ha dedicado aquella sentencia, sino que debe establecer criterios claros y seguros sobre el alcance y límites de ese control de convencionalidad. Solo así podrán despejarse los recelos hacia el control judicial difuso de convencionalidad, y asegurar un ejercicio efectivo y, a la vez, responsable del mismo.

La “plausible” STC 140/2018, ha puesto en primer plano un tema crucial para el Derecho del Trabajo, el fortalecimiento de la efectividad de los derechos laborales, especialmente de los derechos fundamentales reconocidos en los tratados e instrumentos internacionales mediante el control difuso de convencionalidad. La pregunta que hay que hacerse es si ese tema debe seguir siendo ajeno al conocimiento del Tribunal Constitucional, aunque, en principio, lo rechace, confirmando la jurisprudencia precedente de la STC 140/2018, pues el control de convencionalidad presupone una nueva concepción de nuestro sistema de fuentes, que supone que todos los operadores jurídicos, incluido el Tribunal Constitucional, interpreten la Constitución “convencionalizada” desde “lineamientos” internacionales¹⁵.

¹⁵ Fondevila Marón, M. “*Un Tribunal Constitucional para el siglo XXI: los retos de la jurisdicción constitucional en España*”, Revista de Derecho Política, núm. 111, pág. 181, que cita al respecto a Sagues, N.P. “*La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*”, Méjico, Porrúa, pág. 356.