

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VIII – NÚMERO XIV

1º SEMESTRE 2022

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO VIII, N. XIV, 1º SEM. 2022



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: revistaconsinter.com

E-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396-00014

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00014.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO VIII – NÚMERO XIV

1º SEMESTRE 2022

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2022

COLABORADORES

Alexander Haering Gonçalves Teixeira

Alexandre Coutinho Pagliarini

Alexandre de Castro Coura

Andréa Amuda Vaz

Antônio César Bochenek

Audrey Kramy Araruna Gonçalves

Carlos Magno Alhakim Figueiredo Junior

Cintia Teresinha Burhalde Mua

Cristiano de Castro Jarreta Coelho

Damaris Tuzino de Rezende

Daniel Carnio Costa

Duarte Rodrigues Nunes

Eliza Remédio Alecrim

Eugênio Facchini Neto

Gerardo Bernales Rojas

Graziella Maria Deprá Bittencourt Gadelha

Henry Gabriel Colombi Barbosa Ferreira

J. Eduardo López Ahumada

Jaime Suau Morey

Karina Albuquerque Denicol

Lara Carrera Arrabal Klein

Lucivania Dias Mendes

Luiz Augusto Reis de Azevedo Coutinho

Luiza Nagib

Marco Antônio Lima Berberi

Marcus Vinicius Mariot Pereira

María Ángeles Pérez Marín

María Cristina Vidotte Tárrega

María Eugenia Grau Pirez

María Luisa Dominguez Barragán

María Soledad Racet Morciego

Natália Cristina Chaves

Noemí Jiménez Cardona

Nuria Beloso Martín

Paulo José Sá Bittencourt

Rafael Oliveira Santos

Rosa Rodríguez Bahamonde

Rui Ghellere Ghellere

Tais Martins

Vinicius Ribeiro Cazelli

Wagner Rocha D'Angelis

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Professor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona.

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridade Social da Universitat de Barcelona.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil.

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

Capítulo 04

DIREITO INTERNACIONAL

LA CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

THE CONSTITUTIONALITY OF THE TREATIES

DOI: 10.19135/revista.consinter.00014.22

Recibido/Received 27.07.2021 – Aprobado/Approved 28.01.2022

*Jaime Suau Morey*¹ – <https://orcid.org/0000-0002-3697-9121>

Resumen

Ante la firma de Tratados o Convenios Internacionales, la mayor parte de los sistemas comparados, han instaurado armónicamente modelos de control preventivo de los Tratados Internacionales. En España (según el art. 95.2 de la Constitución Española) el Gobierno o cualquiera de las Cámaras, pueden requerir al Tribunal Constitucional para que emita una DECLARACIÓN acerca de la adaptación de un Tratado a la Constitución. Esta DECLARACIÓN: a) se emite después del seguimiento de un procedimiento que se regula en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, artículo 78 y siguientes; b) la referida DECLARACIÓN puede actuar en algunas ocasiones como previsión para la reforma de la Constitución, y en otras ocasiones para la no suscripción del Tratado. Junto a este control previo se estudia la posible existencia de un control posterior que se seguiría a través de los procedimientos de inconstitucionalidad y, por tanto, se tratará de investigar el alcance de la cosa juzgada.

Abstract

When faced with the signing of International Treaties or Conventions, most of the compared legal systems have armonically set forth preventive control models for International Treaties. In Spain (under Article 95.2 of the Spanish Constitution) the Government and one or the other of both Chambers may request the Constitutional Court to make a DECLARATION relating to the existence or inexistence of contradiction between the Treaty and the Constitution. This DECLARATION a) is made following a procedure regulated by the Constitutional Court Organic Law, articles 78 and following and b) said DECLARATION in some cases can act as an advancement for a reform of the Constitution and in other cases to avoid the signing of the Treaty. Apart from this preliminary control we study the possible existence of a later control which will be exercised through unconstitutional procedures and therefore the scope of res judicata should be investigated.

Palabras clave: Tratados – DECLARACIÓN – cosa juzgada

Keywords: Treaties –DECLARATION–Judged Thing

Sumario: I. – INTRODUCCIÓN. A. – Ideas generales. B. – Apuntes históricos. II. – CONTROLES PARA GARANTIZAR LA ADAPTACIÓN DE LOS TRATADOS A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. A. – Ubicación constitucional, referencia al Sistema Estadounidense. B. – Introducción del control de constitucionalidad de los Tratados en nuestro sistema constitucional. C. – El requerimiento al Tribunal Constitucional. Regulación procedimental. D. – Efectos de la DECLARACIÓN del Tribunal

¹ Sr. Jaime Suau Morey. Abogado. Palma de Mallorca – rotgesgenovatm@gmail.com

Constitucional. III. – LA DECLARACIÓN SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 95 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LA CUESTIÓN ACERCA DE SUS EFECTOS DE COSA JUZGADA. A. – Asentamiento de la interpretación constitucional. B. – Alcance y singularidades de los efectos de la cosa juzgada. IV. – CONCLUSIONES. V. – Bibliografía utilizada.

I.- INTRODUCCIÓN

A. – IDEAS GENERALES

Los Tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento interno, según el artículo 96 de la Constitución Española.

En lo que se refiere a la derogación y denuncia de los Tratados, dicho sea en términos generales, las disposiciones de dichos Tratados solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho internacional (véase Convenio de Viena sobre los Tratados). Dicho sea a modo de síntesis, para la denuncia de los Tratados y Convenios Internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación (esta aprobación está regulada en el artículo 94 de la CE).

En una primera aproximación y de acuerdo con los artículos 16, 76 y 77 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, el país depositario de un Tratado es el designado para recibir todas las notificaciones y documentos relacionados con el Tratado, custodiar el texto original, comprobar que se han cumplido todas sus formalidades, registrar el Tratado, notificar a las partes de todos los actos que les puedan interesar y recibir las firmas y demás notificaciones relativas al Tratado por parte de los Estados que deseen formar parte del mismo en el futuro.

España es depositaria de Tratados internacionales de diversas materias, así en materia de extradición (existe acuerdo entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas relativo a la simplificación y modernización de las formas de transmisión de las solicitudes de extradición, San Sebastián, 26 de Mayo de 1989); es depositaria también de varios Convenios en materia de organización mundial de Turismo (OMT), lengua española (Convenio Multilateral sobre asociación de academias de la lengua española).

Tras estas ideas generales, avanzamos ya que la materia objeto de reflexión, se encuentra enunciada en el Título VI de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que lleva como rúbrica “*De la declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados internacionales*”, la cual se regula en el **artículo 78 de la referida Ley Orgánica, en la que el precepto citado materializa la previsión del art.95.2 de la CE, el cual establece que el Gobierno o cualquiera**

de las Cámaras pueden requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no contradicción entre un Tratado Internacional y la Constitución².

Como manifiestan algunos autores³, desde el punto de vista de la justicia constitucional, “la mayor parte de los sistemas comparados, han instaurado armónicamente modelos de control preventivo de los Tratados internacionales, con la finalidad de evitar las consecuencias derivadas del incumplimiento de las normas convencionales sobre Tratados internacionales”.

Ello explica que “en la mayor parte de los sistemas comparados, los Tratados se sujeten a un control preventivo especialmente intenso, aplicando los mismos sistemas de control establecidos para las leyes procedentes de órganos con competencia limitada, examinando su sujeción al denominado bloque de constitucionalidad (así, en el sistema francés, la constitucionalidad del Tratado se examina a la luz del denominado “bloc de constitutionnalité”, entre el cual se incluyen las leyes orgánicas, reglamentos parlamentarios, y leyes ordinarias. Decisión del Consejo Constitucional francés de 27 de junio de 1978)”⁴.

Según el artículo 95 de la CE, “1. La celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.”

El Gobierno ha hecho uso de esta posibilidad dos veces: 1º. – Antes de la ratificación del Tratado de la Unión Europea. El TC, en Declaración de 1 de junio de 1992 llegó a la conclusión de que existía una contradicción que requería la reforma del artículo 13.2 de la CE; reforma que se llevó a cabo en agosto de 1992⁵.

² Según el artículo 95 de la CE, apartado 1. La celebración de un Tratado internacional que contenta estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

Según el art.27.2.c de la LOTC, el TC garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella, siendo susceptibles de declaración de inconstitucionalidad, entre otros, los Tratados internacionales. Según el artículo 2.1.e de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de Octubre, e tribunal constitucional conocerá, en los casos y la forma que esta ley determine e) de la declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados internacionales. Y según el art.87.1 de la referida Ley Orgánica, todos los poderes públicos, están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva. Según el apartado 2 del citado artículo, El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

³ SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, en “Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales”, Thomson-Reuters, Navarra, 2011.

⁴ SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, en “Justicia Constitucional y Procesos Constitucionales”, ob. cid, p. 509.

⁵ Ver art.13.2 de la CE. El TC se ha pronunciado, como hemos dicho, en dos ocasiones por esta vía de Declaración, ambas en relación a la integración de España en la Unión Europea. Concretamente, la Declaración, del TC número 1/1992 tenía como objeto la existencia o inexistencia de contradicción entre el artículo 13.2 de la CE y el artículo 8.b), ap.1º del Tratado Constitucional de la Comunidad Europea en la redacción que resultaba del art. G.b.10 del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, en tanto que el objeto de la Declaración n 1/2004 del TC, era determinar la existencia o inexistencia de contradicción entre la CE y los artículos 1, 6, II.111 y II.112 del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa firmado en Roma el 29 de Octubre de 2004

La segunda vez que el TC fue interpelado en aplicación del citado artículo 95 de la CE fue antes de la ratificación de la fracasada Constitución europea (en realidad, Tratado por el que se establece una Constitución para Europa). En Declaración de 13 de diciembre de 2004 el Tribunal (aunque con algún voto particular), entendió, esta vez, que no había contradicción entre dicho Tratado y el Texto de la Constitución. No era pues necesaria la reforma de la Constitución para ratificar el Tratado. Y así, España, tras el Referéndum de febrero de 2005, autorizó la ratificación, aunque el NO de las consultas populares en Francia y Holanda paralizaron, luego, el proceso, retomado después por el vigente Tratado de Lisboa de 2007.

B). – APUNTES HISTÓRICOS

Establecido en la actualidad el principio de conformidad de los Tratados internacionales con la Constitución y el procedimiento a seguir en caso de duda acerca de la referida conformidad, es de justicia recordar el empeño de los primeros Tratados firmados en nuestro continente y recordar también la contribución de personalidades tan significativas como MONNET quien en su día afirmaba que el origen de las dos últimas Guerras, se encontraba en el carbón y el acero disputado por Francia y Alemania; y decía: “Si ahora que ha terminado la Guerra, cada país vuelve a competir con el vecino por los recursos, caeremos en los mismos errores. La única solución a largo plazo es una federación europea pero esta no nacerá del encuentro de buenas voluntades, sino de leyes e instituciones comunes.”⁶ En este orden de ideas hacemos una sucinta referencia, al Tratado de la Comunidad Europea para el Carbón y el Acero (CECA) y para la energía atómica (EURATOM).

Después de la Segunda Guerra Mundial, cobró impulso un vigoroso movimiento ideológico, generado desde diversas organizaciones que postulaban la unidad europea. Como recuerda Almagro Nossete⁷ “en esta nueva filosofía política y social nacen y se desarrollan dos sistemas jurídicos europeos. Uno, el nucleado alrededor del Consejo de Europa (1.949) que componen numerosos estados de la Europa occidental, cuya obra básica la constituye el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y los órganos e instituciones que velan por su desarrollo y cumplimiento, entre estos especialmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Otro, la Europa de las Comunidades, que se inicia con el Tratado de las Comunidades del Carbón y Acero (París, 1951) y prosigue con la creación de la CEE y la CEEA (Tratados de Roma de 1957)”.

⁶ Justo es recordar a los artífices de este movimiento europeo comunitario, tal como hizo MARTÍN DE LA TORRE, VICTORIA, en “Europa, un salto a lo desconocido”, ediciones Encuentro, S.A., Madrid, 2015 (con prólogo de JAVIER SOLANA).

⁷ ALMAGRO NOSSETE, JOSÉ, en “Derecho Procesal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 128. El Congreso de la Haya de 1948, explicitó (según el autor) una determinación de propósitos que se manifestaron en la propuesta de integración europea y reconocimiento común de los Derechos Humanos. Entre estas propuestas, figuraba un Tribunal de ámbito europeo que garantizara y tutelara la observancia y respeto de aquellos derechos fundamentales.

Actualmente, el derecho internacional público, incluye primordialmente Tratados internacionales y también Resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (así como proyectos de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional aprobados por la Comisión de Derecho Internacional). Hoy son cuestiones inseparables la Constitución española, la Carta de las Naciones Unidas, formando parte de las normas que regulan el Estatuto internacional del Estado, el derecho de los tratados, la responsabilidad internacional de los Estados, y las Organizaciones internacionales, el régimen jurídico de los espacios, la protección de intereses fundamentales para la comunidad internacional, el arreglo pacífico de controversias y el control de armamentos⁸.

II. – CONTROLES PARA GARANTIZAR LA ADAPTACIÓN DE LOS TRATADOS A LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

A. – UBICACIÓN CONSTITUCIONAL. REFERENCIA AL SISTEMA ESTADOUNIDENSE.

Establecido el principio de conformidad de los Tratados internacionales con la Constitución hay que preguntarse si y en qué medida existe un sistema de controles adecuados para verificar esta conformidad, toda vez que de no existir, o ser insuficientes tales controles, la constitucionalidad de los Tratados podría afirmarse únicamente a efectos doctrinales o dogmáticos.

En trámite de elaboración del artículo 95 de la CE, buscando una formulación más clara y ordenada, el senador Sánchez Agesta, sugirió el desdoblamiento del artículo 95 en dos números y en el trance de aceptación de su enmienda por la Comisión senatorial, está el origen próximo del artículo 95.2 de la CE⁹.

Como manifestó Remiro Brotons¹⁰, el primer rasgo que es obligado destacar de este mecanismo, es el de la naturaleza del órgano competente. “Al designar como tal al Tribunal Constitucional se ha optado por un control judicial especial, el control que se realiza es un control a priori o preventivo y, como tal, necesariamente abstracto. Este segundo rasgo estaba implícito en el artículo 95 de la CE y había sido

⁸ En el ámbito europeo, “se plantea de nuevo la necesaria reflexión sobre la política exterior de la Unión Europea y, en su caso, la conveniencia de hablar desde su institucionalidad con una sola voz, desde que en 2003 el Consejo Europeo definiera a la Unión Europea como una organización regional con vocación de influir en el orden internacional a partir de los principios de gobernanza global y multilateralismo, esta se erige como un actor internacional con el propósito de reforzar su presencia exterior. La función de promover un orden global basado en los valores que representa (estado de derecho, justicia y solidaridad) no solo forma parte de su ADN, sino que responde a sus intereses. La necesidad de una política exterior europea no solo obedece a su naturaleza siu generis sino a un objetivo estratégico que asegure su propia supervivencia”. Así se recoge en el apartado de *opinión* del Diario El País, de 29 de enero de 2019.

⁹ Este precepto ha sido desarrollado por el art.78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

¹⁰ REMIRO BROTONS, ANTONIO; “La constitucionalidad de los Tratados internacionales y su control por el Tribunal Constitucional”, dentro de la obra general *El Tribunal Constitucional*, Volumen III, Instituto de Estudios Fiscales. Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981, p. 2.240.

confirmado de manera explícita por el artículo 78 de la LOTC al disponer en su apartado 1º que los requerimientos de los órganos legitimados para ello se referirán a tratados cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aun el consentimiento del Estado”.

Otro rasgo “es el **carácter facultativo** de la solicitud. En este sentido, el Gobierno o las Cámaras pueden pedir el Dictamen del Tribunal Constitucional pero no están obligados a hacerlo”¹¹.

Como expuso Rodríguez-Zapata Pérez¹², “es obvio que la inspiración del art.95.2 de la CE que preside el supuesto que nos ocupa es francesa. Se ha copiado o adaptado el art.54 de la Constitución de la V República. Sin embargo, como en otros supuestos, existen precedentes en España, anteriores a la fórmula gala”.

Es interesante recordar que cuando el **sistema constitucional estadounidense** se encontraba en sus comienzos, el presidente Washington pidió a los jueces del Tribunal Supremo que se prestasen a emitir **dictámenes** en materia de tratados y derecho internacional. Las circunstancias eran graves, podían poner en peligro la neutralidad de Estados Unidos. El Presidente argumentaba que la Decisión en dichas cuestiones se apartaba tanto de las atribuciones normales del Poder Ejecutivo como para causar *much embarrassment and difficulty*. La posibilidad de someterlas *to the opinion of the judge* podría evitar grandes errores al tiempo que su autoridad en la materia podía asegurar el respecto de todas las partes interesadas¹³.

Siguiendo en todo a Rodríguez-Zapata¹⁴, en nuestro Ordenamiento las cautelas deben ser idénticas. Si el Tribunal Constitucional es un órgano jurisdiccional (aunque no incluido en la jurisdicción ordinaria), en lo no que creo que existan discrepancias serias en nuestra doctrina, el control previo sobre los Tratados, puede ser construido también como función jurisdiccional. Es obvio que para ello, puede ser necesario revisar conceptos. Baste recordar las voces de Kelsen y Calamandrei, quienes sostuvieron que nos encontramos ante un *legislador negativo o que la sentencia, por su eficacia erga omnes*, hiere la ley en su momento normativo y no en su momento jurisdiccional. Pero el peligro de politizar la justicia

¹¹ ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, en “Justicia constitucional”, Madrid, 1980, p. 270; en el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, J. en “Derecho procesal constitucional”, Madrid, 1980, p. 347.

¹² RODRÍGUEZ-ZAPATA, A. “Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad”, en la obra general *El Tribunal Constitucional*, Volumen III, Instituto de Estudios Fiscales. Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981, págs. 2367. Manifiesta el autor que por el contrario, la idea matriz del art.54 de golista fue muy otra. Uno de sus redactores, el profesor FRANÇOIS LUCHAIRE, afirma que lo que se pretendía era anular, con el recurso al *Conseil constitutionnell*, las tendencias supranacionales dominantes en el Parlamento de 1958.

¹³ Comenta el autor el carácter vinculante, *rectius*, cuasi-vinculante de la Declaración del TC diciendo que nos aproxima a las hipótesis de las *declaratori judgements* de tal ordenamiento, en el que una de las partes obtiene una decisión preventiva de un tribunal antes de que se produzca una violación de sus intereses, con la consecuencia de que dicha decisión vincula, al igual que la sentencia, a todos los interesados. Y, al menos, en la mejor doctrina, los *declaratori judgements* tienen naturaleza jurisdiccional, a diferencia de los *advisory opinions*.

¹⁴ Ob cit. Rodríguez-Zapata, p. 2270, v. III.

impone dar una solución unitaria a todas las funciones encomendadas a nuestro TC y, precisamente, en sentido jurisdiccional.

B. – INTRODUCCIÓN DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL

Como ya se ha apuntado, el eje central del sistema continental de justicia constitucional seguido en España es el establecimiento del control de las normas con fuerza de ley conferido a favor del TC, que es el único que puede declarar su inconstitucionalidad. Ahora bien, una de las características de este modelo es la incorporación de los órganos judiciales a la tarea de depuración del ordenamiento. Estos, no pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley, pero sí pueden colaborar en dicha tarea instando el control del TC mediante la denominada cuestión de inconstitucionalidad (ver artículo 163 de la CE en relación con los arts. 35 a 37 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

Entre tanto, el control del Tribunal Constitucional sobre las normas con fuerza de ley se lleva a cabo de distintas maneras: a). – Dictada la norma, el recurso de inconstitucionalidad por parte de los legitimados, los representantes de los ciudadanos y otras instituciones, es uno de los sistemas cardinales tendentes a cuestionar la ley. b). – La cuestión de inconstitucionalidad planteada por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria y con la posible iniciativa no vinculante de la petición previa de los ciudadanos-litigantes constituye otro sistema, indirecto, de cuestionar la ley a través de este sistema, todo ello en el marco de un proceso.

Centrándonos ya en la materia, **cuando se trata de cuestionar la constitucionalidad de los Tratados**, antes de la incorporación de los mismos a nuestro Ordenamiento Jurídico, las partes legitimadas pueden solicitar al Tribunal Constitucional la Declaración para que se pronuncie sobre si el texto del Tratado que se le presenta incurre en inconstitucionalidad.

El control previo de los tratados internacionales, como dice PÉREZ TREMPS¹⁵, “es el único mecanismo de control preventivo existente en España. Los tratados internacionales, cuyo texto esté definitivamente fijado pero a los que el Estado aún no ha prestado su consentimiento, son susceptibles del control previo (arts. 95.2 de la CE y art.78 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Dicho control previo de los tratados internacionales se justifica en buena medida por permitir compaginar la supremacía constitucional con la responsabilidad internacional del Estado, puesto que impide contraer con otros sujetos de derecho internacional, compromisos que sean contrarios a la norma fundamental”.

Hay que destacar que aunque este control preventivo tenga su lógica en el deseo de evitar (cuando aún se está a tiempo) los efectos que en el ámbito internacional pueda comportar la declaración de inconstitucionalidad de un tratado ya incorporado al ordenamiento, este control previo no excluye la posibilidad de

¹⁵ PÉREZ TREMPS, PABLO en “Sistema de justicia constitucional”, Civitas, Navarra, 2015, 2ª ed., p. 88 y 89.

controlar a posteriori los tratados internacionales, sean mediante recurso de inconstitucionalidad o mediante cuestión de inconstitucionalidad (así lo ha dispuesto el TC en Declaración 1/1992, F.J. 1ª). Así pues, se sigue diciendo en la referida declaración), de lo que se trata es de comprobar si existe obstáculo constitucional a la prestación de consentimiento a un tratado internacional, siendo la Decisión, eso sí, vinculante.

En dicho juicio, en todo caso, el Tribunal actúa sometido exclusivamente, a la Constitución. A este respecto el TC ha estimado que “aun cuando este procedimiento, no haya de poseer necesariamente naturaleza contenciosa, no por dicha circunstancia se ve alterada la posición del TC como intérprete supremo de la Constitución”.

Es necesario, en cualquier caso, tener presente (en cuanto a su elaboración) que además de la regulación constitucional de los tratados, ineludible es la referencia al Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (de 23 de mayo de 1969, con entrada en vigor el 27 de junio de 1980) en el que se define el Tratado como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación particular” (art.2.1.a del Con). Hoy se amplía dicha noción a los acuerdos suscritos entre Estados y organizaciones internacionales (Convención de 1986).

Quien asume la dirección de la política exterior es el Gobierno (art. 97), y en el marco de esta función es el encargado, en exclusiva, de negociar los Tratados, tarea asumida por los departamentos ministeriales en el ámbito de sus respectivas competencias (véase arts.11, 31, 14.1 de la Ley 25/2014)¹⁶.

Como los Tratados se deben adaptar a la Constitución, su constitucionalidad debe ser verificada por el Tribunal Constitucional (constituye esta verificación uno de los aspectos centrales más importantes de este trabajo).

El art. 96.1 de la CE dispone, *ab initio*, que los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España forman parte del Ordenamiento interno. Esta afirmación resulta esencial porque se opta así, claramente, por un modelo monista en el que el Derecho internacional (al menos el creado con intervención de nuestro estado) se inserta en el Derecho estatal,

Resulta así lógico que el art. 95.1 de la CE disponga que “la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la CE, exigirá la previa revisión constitucional”; dicho con palabras más sencillas “un Tratado

¹⁶ También está habilitado (el Gobierno) para incorporar reservas y declaraciones, art.17.3 y las objeciones frente a reservas planteadas por otros estados y declarar la aplicación provisional. La voluntad del parlamento en esta materia, por lo que se acaba de recordar manifiestamente limitada y subordinada, ya que debe respaldar o rechazar en bloque, las decisiones adoptadas por el Gobierno, por eso, tendrá interés detenernos en las normas constitucionales y legales que disciplinan la tramitación de los Tratados internacionales, para examinar cuál es el limitado papel de actuación del que dispone el legislador (principio democrático). En este sentido ver MATIA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER, en “Los Tratados Internacionales y el Principio Democrático”, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 15 y ss.

internacional, posee una fuerza activa subordinada a la CE, por lo que no puede desconocerla”.

No obstante, el artículo 10.2 de la CE dispone que “las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que la CE reconoce, se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. A su vez, estamos en presencia de unas normas de evidente relevancia para la concreción de nuestro marco de libertades.

Debe subrayarse que en la remisión contenida en el art.10.2 de la CE no se limita al tenor literal de la norma internacional, sino también a la interpretación que de esta hacen los órganos competentes para ello. Por eso, recalca MATIA PORTILLA¹⁷ es muy frecuente que los tribunales españoles tomen muy en cuenta no solamente la regulación que de un determinado derecho se efectúa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino también la jurisprudencia vertida sobre los mismos, por los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, respectivamente”.

“Es evidente no obstante, que cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los derechos fundamentales o libertades que la Constitución enmarca reduce o limita el contenido que al mismo atribuyen los citados tratados o convenios, el precepto constitucional directamente infringidos será el que enuncia ese derecho o libertad, sin que a ello añada nada la violación directa del art.10.2 CE”, tal como el TC ha proclamado en numerosas sentencias¹⁸.

C). – EL REQUERIMIENTO AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. REGULACIÓN PROCEDIMENTAL.

En este contexto y con estos parámetros el TC es requerido, por lo que conviene tratar del objeto del requerimiento, y del procedimiento que se sigue.

Mediante este requerimiento el Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución es llamado a pronunciarse sobre la posible contradicción entre esta y un Tratado, cuyo texto ya definitivamente fijado, no haya recibido el consentimiento del Estado (art.78 de la LOTC)¹⁹.

Los órganos legitimados para formular dicho requerimiento son el Congreso de los Diputados, el Senado y el Gobierno. En los dos casos en los que hasta la fecha, ha tenido lugar el “requerimiento o petición”, este ha sido planteado por el Gobierno; la decisión de iniciar el procedimiento de consulta (ex art. 95.2 de la CE) se adoptó por acuerdo del Consejo de Ministros.

¹⁷ MATIA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER, en “Los Tratados Internacionales y el Principio Democrático”, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 117.

¹⁸ SSTC n. 85/2003, n. 99/2004

¹⁹ Según los arts. 157.2 del Reglamento del Congreso y 147 del Reglamento del Senado, en relación con la LOTC, no se desprende la exigencia de plazo alguno; pero obviamente, ha de formularse antes de la manifestación del consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente.

El escrito de requerimiento, contiene los siguientes puntos, que constituyen lo que podríamos denominar la **estructura del escrito**:

a). Exposición de antecedentes del requerimiento, en cuyo apartado deberá figurar la exposición del contenido del Tratado, la descripción del dictamen emitido por el Consejo de Estado de conformidad con el artículo 2.1 de la LO 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

b). Exposición de la concurrencia de los requisitos necesarios para la formulación del requerimiento.

c). Exposición de la posición del Gobierno acerca de la procedencia de la Consulta.

d). Exposición de los términos en que se formula esta consulta.

El procedimiento se llama pues, procedimiento de consulta. Mientras que lo que se podría denominar demanda se llama requerimiento. Las que denominaríamos “alegaciones” de los órganos emplazados, se denominan opiniones”.

Y, finalmente, el Tribunal Constitucional en vez de sentencia dicta una **Declaración**.

Una vez recibido el Requerimiento el TC emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados a fin de que expresen sus opiniones sobre la cuestión (vendrían a ser unas alegaciones o, en términos procesales-civilísticos, una contestación a la demanda).

El Tribunal Constitucional traslada a los órganos legítimamente implicados y, en su caso, a otras personas físicas y jurídicas claramente interesadas, o a otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, para que puedan formular “aclaraciones, ampliaciones o precisiones”, que estimen convenientes²⁰.

En este orden de ideas, hay que recordar, **en un plano procesal general**, que la cosa juzgada, en sentido material, irradia su eficacia fuera del proceso y excluye la posibilidad de un nuevo proceso sobre la misma cuestión.

Razones ligadas a la naturaleza del acto normativo que afecta a una multiplicidad de posibles sujetos, aconsejan “que las sentencias dictadas sobre inconstitucionalidad de normas tengan efectos generales”, tal como manifiesta Almagro Nossete²¹.

²⁰ El TC puede circunscribirse en las peticiones mencionadas a una cuestión meramente puntual o a manifestar una opinión más general. Todo ello debe ser contemplado en el marco de las facultades que la ley procesal constitucional confiere al Tribunal en la regulación de muchos de los procedimientos que ante él se tramitan.

²¹ ALMAGRO NOSETTE, JOSÉ en “Justicia constitucional”, Dykinson, Madrid, 1.980, págs..170. añade el autor que como consecuencia de estos efectos generales, todos los poderes públicos se vinculan a la sentencia del Tribunal. Tanto los poderes públicos como los ciudadanos están obligados a obedecer en lo que les afecte el mandato del TC, en sus propios términos y no deben plantear al TC nuevo litigio constitucional sobre el mismo objeto material. Esta argumentación que es válida para cualquier tipo de proceso está expresamente contemplada en el apartado 2 del artículo 59 de la LOTC que con referencia a los recursos de inconstitucionalidad desestimados *por razones de forma*, mantiene que el mismo objeto de derecho material constitucional pueda ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad. De esta sentencia no puede decirse, con propiedad, que produzca efectos generales. También entiende el autor,

Refiriéndonos a la cuestión de los Tratados internacionales, lo que el TC debe examinar, es el texto definitivamente establecido por las altas partes contratantes antes de la prestación del consentimiento. No se pueden someter al mismo borradores, anteproyectos o propuestas previas, sino el texto último pendiente solo del requisito del consentimiento. Así pues, ALMAGRO, acota la cuestión aclarando que “el pronunciamiento del TC debe versar exclusivamente sobre la existencia o inexistencia de contradicciones entre las estipulaciones del Tratado previsto y los preceptos constitucionales”.

D. – EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Llegando ya a la Declaración del TC y a los **efectos de la misma**, estos, como sostiene ALMAGRO, son vinculantes²². Este carácter vinculante, se impone incuestionablemente, toda vez que una vez sometida la consulta, no tendría sentido que se prescindiera de la respuesta, máxime si se tiene en cuenta que es esta la única forma que tiene el TC de controlar directamente los Tratados internacionales²³.

Como antes apuntábamos, la cosa juzgada en el proceso constitucional, debe contemplarse desde su específica Ley Orgánica reguladora del procedimiento, aunque la cosa juzgada sea una institución garantista de carácter general. Sin embargo, la distinta óptica de las exigencias constitucionales es imprescindible, y deducible a través de numerosos artículos, que mantienen el proceso constitucional, sobre unos márgenes más abiertos y en todo caso, proclives al logro de la función que tiene asignada el máximo intérprete de la Constitución²⁴.

que podría plantearse como objeto distinto la impugnación de preceptos legales no invocados anteriormente, de la misma ley a que se referían los preceptos impugnados en el recurso precedente, aunque se basaran en la infracción del mismo precepto constitucional, pues se produce una variación de objeto (ya no es la misma cuestión).

²² ALMAGRO NOSETE, JOSÉ en “Justicia constitucional”, Ob cid, p. 349

²³ ALMAGRO NOSETE, JOSÉ en “Justicia constitucional”, Ob.pág cid., añade el autor que si se aprecia la existencia de contradicciones entre el texto del Tratado y la CE el texto deberá ser revisado conforme a las declaraciones del Tribunal, introduciendo en las estipulaciones del mismo (del Tratado) las supresiones, correcciones, modificaciones que procedan. Para entender el proceso del control previo de inconstitucionalidad de los Tratados internacionales, es necesario acudir al art.95 de la CE y 78 de la LOTC. En cuanto a las fases del procedimiento, ver SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, en “Justicia constitucional y procesos constitucionales”, Thomson y Civitas, Navarra, 2011, p. 428 y ss.. En P. 432 de ob.cid. se encuentran referencias a la constitucionalidad de *las leyes*, observándose más analogías que diferencias con respecto a la constitucionalidad de los Tratados. A título de ejemplo en derecho comparado, ver: BLASI, G. en “Justicia constitucional y control de constitucionalidad de las leyes en la República italiana”, en Revista de Investigación en Ciencias jurídicas sociales, Ley, Razón y Justicia, núm. 9, mayo 2005.; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F. en “El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias”; Centro d Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

²⁴ En este sentido, basta observar artículos como el artículo 84 de la LOTC, que juega ante la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados y, en su caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional; en concordancia con el artículo 39.2 de esta Ley que deja al TC abierta la posibilidad de Declaración de inconstitucionalidad fundándose en cualquier precepto de la CE aunque no haya sido alegada por las partes (completamente distinto a lo prescrito en el artículo 733 de la

En ningún caso podemos olvidar que sean cuales fueren los Tratados que nos vinculen, los Derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, encuentran una superprotección, cuando en el art.10.2 de la Carta Magna, se prescribe que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”²⁵.

En el párrafo primero del referido artículo 10 de la CE, se afirma que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamentos del orden político y de la paz social”.

Según se declara en la STC de 7 de mayo de 2012, Sentencia n. 92/2012, el precepto al que nos referimos, como puede observarse con su mera lectura, atribuye un carácter fundante a los derechos fundamentales, por lo que habrá de ser el Derecho fundamental la clave lógica de la interpretación de la ley. En otros términos, debe ser el Derecho fundamental el *prius lógico* para la interpretación de la ley y no la interpretación de esta el elemento definitorio del derecho fundamental.

Refiriéndonos a la institución últimamente tratada de la cosa juzgada, la misma, según la STC de 6 de junio de 2011, Sentencia n. 89/2011, “la **autoridad de la cosa juzgada**, que, en lo que ahora importa implica la vinculación del órgano jurisdiccional a sus propias decisiones, resulta esencial para que la institución procesal, en la medida en que obedece a las exigencias del principio de seguridad jurídica (art.9.3 de la CE), pueda cumplir la relevante función que le corresponde para el mantenimiento de la paz social (art.10.1 de la CE)”. Y según se dijo ya, en la STC de 14 de julio de 1981, Sentencia n. 25/1981, “los derechos fundamentales son derechos subjetivos, pero son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”.

En lo que se refiere al apartado segundo del citado artículo 10 de la CE, el TC ha manifestado que conviene recordar que conforme a reiterada doctrina del TC “el único parámetro de control aplicable en los diversos procesos constitucionales es la Constitución, siendo los textos y acuerdos internacionales citados en el art.10.2 de la CE una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido

LECrIm, referido a la introducción de la tesis previa afirmación de alguna de las partes, o la ampliación del objeto del proceso en fases previas al plenario o al inicio del mismo, fases muy determinadas que tienen por objeto velar por el cumplimiento del principio acusatorio. Lo mismo puede decirse con respecto al art.85.3 de la LOTC en el que el Pleno o las Salas del TC podrán acordar la celebración de vista oral. Con cierre –después de exposición no exhaustiva– al amparo del art.87 de la LOTC, se determina que en definitiva, todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el TC resuelva y que los juzgados y tribunales, prestarán con carácter preferente y urgente al TC el auxilio jurisdiccional que este solicite.

²⁵ Los aludidos derechos fundamentales se encuentran recogidos en los arts.14 a 29 de la CE. La DUDH, el CEDH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de diciembre de 1966, ratificados ambos por instrumento de 13 de abril de 1977.

de tales derechos fundamentales” (STC de 26 de octubre de 2010, Sentencia n. 80/2010).

Y según la STC de 1 de febrero de 2016, Sentencia n. 11/2016, “en determinadas materias en las que no existían precedentes de sentencias constitucionales sobre casos análogos, el TC, con la expresa invocación del apartado segundo del art.10 e la CE, ha acudido a las Resoluciones del TEDH que han resuelto asuntos similares.”

A título de ejemplo, en relación al mandato del art.10.2 de la CE, así como el art.3.1. de la Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de Derechos del Niño, se han abordado determinados supuestos de derecho de extranjería (la existencia de hijos menores de edad, en relación con la valoración del arraigo a los efectos de la obtención de una autorización de residencia, STC de 07 de abril de 2014, Sentencia n. 46/2014.) El tenor del artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe expresamente toda discriminación por razón de la edad, llevó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a reafirmar el carácter de **principio general del Derecho de la Unión** que alcanza esta concreta prohibición de discriminación, Sentencia de la Gran Sala de 18 de enero de 2010, Asunto C.555/07, lo que dio lugar a que el TC, con fundamento en el artículo 10.2 de la CE elabore su doctrina a la edad como factor de discriminación²⁶.

Para poder aprobar un Tratado y/o adherirse al mismo por parte del Estado español y para que se cumpla lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución Española acerca de que los tratados, una vez aprobados y publicados en el BOE forman parte del Ordenamiento Jurídico, es necesario plantear la cuestión de la vinculabilidad de estos tratados, desde una doble perspectiva: a). En una de ellas nos referiremos a los supuestos en los que, ante la duda, acerca de la adaptación del Tratado o parte de él a la Constitución, se recabe del Tribunal Constitucional (con carácter previo a la aprobación de dicho Tratado), una **Declaración** tendente a que el TC declare si existe o no esta contradicción con la Constitución. Desde esta perspectiva, deben analizarse las cautelas y el procedimiento que el artículo 95.2 de la CE prevé que tenga lugar hasta que el TC se pronuncie sobre la constitucionalidad de lo que se le somete a consideración, o sea del Tratado o parte de él, procedimiento que se lleva a cabo con la correspondiente contradicción de las partes legitimadas y con la fijación del objeto sobre el que debe pronunciarse el TC en la mencionada **Declaración**²⁷. Y b), la segunda cuestión que abordaremos versará acerca de la

²⁶ El art.10.2 de la CE al prescribir que los derechos fundamentales y las libertades que reconoce, se interpretarán de conformidad con la DUDH y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, ha provocado que el Tribunal Constitucional invocase la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, por lo que desde hace tiempo se han sistematizado e invocado dichas sentencias hermanadas del TEDH. En esta tarea ver obras como DE SARMIENTO, DANIEL; MIERES, LUIS JAVIER, en “las Sentencias básicas del TEDH”, Thomson Civitas, Navarra, 2007. En el mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO y GARCÍA COMENDADOR, ALONSO, en “Doctrina del TEDH”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

²⁷ Sobre el particular ver GONZÁLEZ DE RIBAS, JUAN JOSÉ, (director coordinador) en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*”, ed. La Ley, Madrid, 2010

posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de los Tratados (mediante los procedimientos de inconstitucionalidad) una vez que formen parte del Ordenamiento Jurídico.

Así pues, conviene realizar una valoración sistemática de los dos párrafos que integran el contenido del artículo 95 de la Constitución Española y su referencia a la participación de las Cortes Generales, en sintonía con el establecimiento de ciertos controles jurídicos tendentes a hacer más democrática la política exterior y asegurar la adecuación a la Constitución del derecho internacional que vincula a España. Este control previo lo garantiza el párrafo segundo del citado artículo cuando se refiere a que el Gobierno o cualquiera de las Cámaras (según cual sea el proceso habilitador), puede requerir al Tribunal Constitucional para que “declare” si existe o no esta contradicción.

Este control previo, veremos si convive con el control posterior de los Tratados internacionales, bien a través de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad o bien del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (en suma, a través de los procesos de inconstitucionalidad).

El Tribunal Constitucional en su DECLARACIÓN de 1992, expuso que “la supremacía de la Constitución queda en todo caso asegurada por la posibilidad de impugnar (arts.27.2, 31 y 32.1 de la LOTC) o cuestionar (art.35 LOTC) la constitucionalidad de los Tratados, una vez que formen parte del Ordenamiento interno (art.96.1 de la CE)” (F.J. 1 de la referida Declaración de 1.992).

Con motivo de la referida Declaración, el TC se pronunció sobre **la naturaleza jurídica de este procedimiento** destacando que lo que emitía era una Decisión, no una mera opinión, ni tan siquiera un dictamen. Afirmando en el F.J. n. 1 que “lo que de nosotros puede solicitarse es una Declaración no un dictamen; una decisión no una mera opinión fundada en derecho. Este Tribunal no deja de serlo para transformarse, ocasionalmente, por obra del requerimiento en cuerpo consultivo; por ello, y aun cuando este procedimiento no haya de poseer necesariamente naturaleza contenciosa, no por dicha circunstancia se ve alterada la posición del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución. Al igual que en cualquiera otro cauce, el Tribunal actúa aquí como el órgano jurisdiccional que es y su declaración, por tanto, no puede sino basarse en argumentaciones jurídico-constitucionales, hayan sido estas sugeridas o no por el órgano solicitante o por los demás que están legitimados”.

Si hemos hecho referencia a la Declaración de 1992, podemos anticipar que no ha sido distinto el tenor de su Declaración 1/2004, en la que después de recoger las consideraciones hechas sobre la naturaleza y sentido del procedimiento previsto del art.95.2 de la CE, el Tribunal se refiere al recurso previo como “un procedimiento de naturaleza **estrictamente jurisdiccional**”.

En ambas Declaraciones se completa la finalidad del control que al Tribunal Constitucional confiere la Constitución en el artículo 95:

En la primera de las Declaraciones citadas, se alude a tales atribuciones en los siguientes términos: “mediante la vía prevista en su artículo 95.2, la Norma

fundamental atribuye al TC la doble tarea de preservar la Constitución, y de garantizar el tiempo, la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional”.

En la DECLARACIÓN de 2004, se refirió a esta segunda tarea desde una nueva perspectiva, “la salvaguardia de la responsabilidad internacional del Estado”, F.J. 1º.

Mediante estas Declaraciones, el TC, reflexiona sobre la **naturaleza de este procedimiento**. Como refiere GONZÁLEZ RIVAS²⁸, “la Declaración sobre la constitucionalidad de los Tratados internacionales es un procedimiento no contencioso que, sin embargo, concluye con un procedimiento vinculante sobre la adecuación o no del Tratado a la Constitución. La singularidad del procedimiento se advierte en la propia terminología de los preceptos que lo regula. Así como, el art.95.2 de la Constitución se refiere a los órganos legitimados para requerir al Tribunal Constitucional, el cual por otra parte, declarará si existe o no esa contradicción. Con mayor claridad aun, el art.78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional se refiere al requerimiento (en vez de la demanda) a las opiniones de los órganos emplazados (en vez de alegaciones) y la Declaración del Tribunal (en vez de Sentencia)”.

Entendemos pues, a través de esta exposición que deduce el autor que nos encontramos ante un **proceso jurisdiccional**, toda vez que emplea el término **requerimiento** en vez de demanda, **opiniones** de los órganos emplazados, en vez de alegaciones; y **Declaración** en vez de sentencia.

III. – LA DECLARACIÓN SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 95 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y LA CUESTIÓN ACERCA DEL ALCANCE DE SUS EFECTOS DE COSA JUZGADA

A. ASENTAMIENTO DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

Como manifiesta PEGORADO, después de un minucioso estudio y con carácter conclusivo, “hemos podido constatar la impetuosa expansión que el instituto del control de la constitucionalidad ha tenido a lo largo del siglo XX, sobretudo en la segunda posguerra. Nacida, con orígenes diversos, la idea de un juez de la ley, ha arraigado casi por doquier”²⁹.

²⁸ GONZÁLEZ DE RIVAS, JUAN JOSÉ, (director coordinador) en *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, ed. La Ley, Madrid, 2010, p. 764

²⁹ PEGORARO, LUCIO, “Justicia constitucional, conclusiones”, p. 790, todo ello dentro de la obra general *Derecho constitucional comparado*, de LOPEZ GARRIDO, DIEGO, MASSO GARROTE, MARCOS FRANCISCO Y PEGORARO, LUCIO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017. Por lo tanto, no debe sorprender que como órganos de cierre de los ordenamientos constitucionales, y artífices del *indirizzo* político-constitucional los tribunales constitucionales han sido definidos por estudiosos de todas las partes del mundo (juristas y politólogos) como poder constituyente permanente, ola de la razón en el caos de las opiniones. Ver también, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, en la Justicia constitucional, una visión de Derecho comparado, V. III, Dykinson, Madrid 2009. Del mismo autor, la *Evolución de la Justicia constitucional*, Dykinson, 2013. del mismo autor, artículo *Los orígenes de la Judicial Review*, en Revista de las Cortes generales, número 82, 2011; mismo autor y misma revista,

Con el control previo que se programa en el artículo 95 de la CE, puede convivir un control posterior acerca de la constitucionalidad de los Tratados; a tal tipo de controles nos referiremos para relacionarlos finalmente con los posibles efectos de cosa juzgada. Este objetivo es coherente con el carácter estrictamente jurisdiccional que el Tribunal Constitucional atribuye al procedimiento de control de la convencionalidad internacional a través de la concordante prescripción del citado artículo con el art.78 de la LOTC.

La literalidad del artículo 95 de la CE, pone en boca del párrafo primero del aludido artículo, que “la celebración de un Tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”. Y el segundo párrafo dispone que “el Gobierno y cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esta contradicción”.

Como afirma GONZÁLEZ RIVAS, “este control previo convive con el control a posteriori de la constitucionalidad de los tratados internacionales, bien a través de la interposición de un recurso de constitucionalidad, bien a través del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad”³⁰.

Sin embargo, el alcance cognitivo de los procedimientos de inconstitucionalidad puede no coincidir con el objeto de la Declaración que se pretende del Tribunal Constitucional, lo cual es determinante a la hora de pronosticar el alcance de la cosa juzgada en el hipotético supuesto de que confluyan el control previo (art.95CE) y el control posterior sugerido mediante los procedimientos de inconstitucionalidad.

Refiriéndose al control previo, el contenido de la Declaración del TC, puede consistir en afirmar que una determinada estipulación del texto del Tratado internacional (pendiente de aprobación), no contradice la Constitución, o que por el contrario, sí que se produce tal contradicción (todo ello teniendo en cuenta el contenido de la Declaración 1/2004).

Más concreta es la referencia que tiene lugar en el F.J. 1º de la Declaración de 1992, según la cual, “este tipo de resoluciones poseen carácter vinculante (artículo 78.2 de la LOTC) y, en cuanto tal, producen *erga omnes* (art.164.1 in fine de la CE) todos los efectos de la cosa juzgada, también los negativos o excluyentes que impedirían a este Tribunal, trasladar la estipulación objeto de la resolución, a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, produciéndose también los efectos positivos de la cosa juzgada o perjudiciales, que han de obligar a

número 83, 2011, *La sentencia Marbury vs. Madison*. FERNANDEZ RODRÍGUEZ, en *La Justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 2007. Del mismo autor, *La jurisdiccional constitucional iberoamericana: el reto competencial*, ed. Porroa-Imdpc, México, 2014. LAPLACETTE, CARLOS JOSÉ, en *Tutela judicial de la supremacía constitucional*, ed. BdeF, Montevideo, p. 289 (impreso en España en 2016).

BIDART CAMPOS, sagües y AAVV, en *El amparo constitucional, los efectos de la cosa juzgada en la acción de amparo*, Buenos Aires, 1999. Como obra clásica en la materia HANS KELSEN, en *Teoría General del Derecho y del Estado* (1925), México, 1979; y CARRILLO SALCEDO, J.A. en *Sobre la línea del Estado y Derecho Internacional*, Madrid, 1976.

³⁰ GONZÁLEZ RIVAS, JUAN JOSÉ, en “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, editorial La Ley, Madrid, 2010, p. 763.

todos los poderes públicos a respetar y ajustarse a nuestra Constitución; en particular, si su contenido fuera el de que una determinada estipulación es contraria a la Constitución Española, el efecto ejecutivo inmediato directo, ha de ser la reforma de la Constitución, con carácter previo a la aprobación del Tratado”³¹.

Por tanto, la Declaración del TC tiene un **objeto** muy claro, y este objeto consiste en determinar si existe obstáculo constitucional a la prestación del consentimiento de un Tratado Internacional. La apreciación de que existe contradicción entre el Tratado y la Constitución impide a los órganos competentes prestar el consentimiento al primero.

En el supuesto de que se aprecie que no existe la aludida contradicción, aunque quede claro que ello abre paso a la prestación del consentimiento (para dar vida al Tratado), resulta menos claro si produce efectos de cosa juzgada (DECLARACIÓN 1/1992), impidiendo el planteamiento de la misma cuestión a través del recurso o cuestión de inconstitucionalidad o si por el contrario, queda cerrada esta posibilidad.

La cosa juzgada material **existiría** pues, **pero limitada al objeto de la Declaración**, con lo que cabría recurso de inconstitucionalidad contra otros aspectos del Tratado, entero o parte de él.

La cuestión de inconstitucionalidad, en cambio, nace asociada a lo que el juez ordinario plantea en relación a un caso concreto, por tanto, los efectos de esta cuestión nacen asociados a su planteamiento y al acogimiento que el TC tenga a bien concretar.

B. – ALCANCE Y SINGULARIDADES DE LOS EFECTOS DE LA COSA JUZGADA

Ciertamente el TC ha ido afirmando en sus “Declaraciones” dimanantes del procedimiento expuesto y referido al artículo 95.2 de la CE que la Constitución le asigna la doble tarea de preservar la Carta Magna y garantizar, al propio tiempo, **la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional**. Mediante dicho procedimiento queda garantizada la primacía de la Constitución, adquiriendo el Tratado, en la parte objeto de examen, una estabilidad jurídica plena.

Además de **la seguridad y estabilidad** que ofrece el art.95.2 de la CE (desarrollado en el art.78 LOTC) remedia también la perturbación que para la política exterior (y las relaciones internacionales del Estado), implicaría la declaración de inconstitucionalidad de una norma pactada (tratado). Mas volviendo la atención a la intervención del TC en este tipo de procedimiento, ha declarado el mismo que se trata de una intervención **jurisdiccional**, basada exclusivamente en argumentaciones jurídico-constitucionales. En consecuencia, la Declaración que al efecto realiza el

³¹ Por otra parte, PÉREZ TREMPES, Pablo, en “Sistema de justicia constitucional”, Civitas, Navarra, 2015, págs., 89 a 90., 2ª edición. Dicho autor ha realizado algunas precisiones respecto de este trámite de consulta, diciendo que se trata de una comparecencia cuyo alcance viene limitado por la propia petición al TC, que puede circunscribirse a una cuestión meramente puntual surgida en el procedimiento o bien a manifestar una opinión más general; en una palabra, conviene delimitar el alcance de la consulta, para relacionarlo después con los efectos de la cosa juzgada.

TC es vinculante, **posee los efectos materiales de cosa juzgada y produce efectos erga omnes**³².

Es momento pues de recordar la eficacia negativa o excluyente de la cosa juzgada, que tiene lugar cuando se repite la misma cuestión y en este otro proceso no se entra en el fondo por acogerse la cosa juzgada como excepción (non bis in ídem).

Puede entrar en juego, en otros casos, la eficacia positiva o perjudicial de la cosa juzgada, que como afirma GIMENO SENDRA³³, tiene lugar “cuando dicha cuestión no es el objeto único del otro proceso, sino que forma parte de este, en cuyo caso la sentencia que recaiga deberá tener como punto de partida y en ningún caso contradecir, lo resuelto en la anterior sentencia”.

Tratando la cuestión en clave procesalista dirigida a la institución de la cosa juzgada, razones evidentes llevan a postular que el requerimiento al Tribunal Constitucional (ex art.95 de la CE), se verifique en un escrito fundado en el que se **fije con precisión y claridad lo que se pide** (art.85.1 de la LOTC).

No es correcto, por tanto, que el Gobierno exponga (al TC) que alberga dudas sobre la constitucionalidad del Tratado, sin que se concrete y sin que se solicite al TC una decisión sobre una controversia real o potencial.

Anticipábamos que íbamos a tratar la cuestión en clave procesalista puesto que los límites definidores de la cosa juzgada, dan preponderancia a los SUPPLICOS finales de las correspondientes peticiones sobre las que se desea concretamente obtener respuesta del Tribunal. Desde esta óptica procesal, si en un segundo proceso se plantea la misma pretensión que en el primero el Juez deberá poner fin a este segundo proceso que versa sobre **lo mismo** que el anterior.

Por lo tanto, un control de constitucionalidad posterior a la vida del Tratado por la vía que fuere (recurso o cuestión de inconstitucionalidad), sería inoperante y es probable que ni tan siquiera fuese admitido. Distinto sería el supuesto del planteamiento de **otras pretensiones** distintas a las que hayan sido objeto de Declaración, ex art.95 de la CE, por parte del TC (art.95 de la CE, referido a la consulta al TC **antes** de la publicación del Tratado).

Pensamos que nada afectaría a la cosa juzgada ni a la Declaración emitida por el TC, si el control de constitucionalidad posterior tuviera por objeto la adhesión a nuevos protocolos o a ampliaciones que puedan tener lugar con respecto al Tratado, en la situación anterior a los eventos con transcendencia jurídica que hemos estado tratando³⁴.

³² Es necesario tener presente que los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la CE de normas dotadas de rango legal (entre muchas, STC de 5 de Octubre de 2.000, núm.235/2000).

³³ GIMENO SENDRA, VICENTE, en “Derecho procesal Civil”, Cóllex, Madrid, 2010, 3ª edición, p. 539. afirmará también el referido autor, con acopio de jurisprudencia del TS, que junto al fallo, también producen tales efectos prejudiciales las declaraciones jurídicas sobre hechos que se erigen en la *causa petendi* de la pretensión o *ratio decidendi* del fallo, siempre y cuando tales declaraciones jurídicas sean idénticas (entre otras, STS de 7 de mayo, n. 491/2007, RJ 2817/2007). Así como, destaca también, que no ocasiona la cosa juzgada los pronunciamientos *obiter dicta*.

³⁴ Ver al respecto y en un sentido más general, RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, JORGE en “Los Tratados Internacionales y los controles de constitucionalidad”, dentro de la obra general *el Tribunal Constitucional*, V. III., Instituto de Estudios fiscales, Madrid, 1981, p. 2386 y 2387.

Lo anteriormente referido debe adaptarse a una perspectiva procesal-constitucional, en el sentido de que la LOTC confiere al Tribunal unas atribuciones especiales en aras al logro del cumplimiento de la denominada SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.

Con ello, nos referimos a todos aquellos supuestos (incluido por tanto, el que comentamos, ex art.95 de la CE) en los que el Tribunal puede ampliar³⁵ el efecto cognitivo de la cuestión que se le presenta, dando a las partes procesales legitimadas y presentes la oportunidad de que se establezca con ellos la debida contradicción y de esta forma poder cumplir, con el mandato finalístico de hacer cumplir la Constitución; lo cual se dirige a cumplir lo dispuesto en el art.1.1 de la CE, en cuanto a que nos constituimos en un Estado de Derecho y, concretamente, en un Estado social y Democrático de Derecho.

IV. CONCLUSIONES

Primera. Mediante la vía prevista en el artículo 95.2 de la Constitución, esta atribuye al Tribunal Constitucional la doble tarea de preservar la Carta Magna y de garantizar la seguridad y estabilidad de los compromisos a contraer por España en el orden internacional. El Tribunal Constitucional desarrolla esta tarea mediante un procedimiento que concluye con la DECLARACIÓN, a la que se refiere el antedicho artículo de la Constitución.

Segunda. Es necesario determinar si además del control previo que se programa en el artículo 95 de la Constitución (y en el artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), pueden coexistir controles posteriores que se encauzan a través de los procedimientos de constitucionalidad (nos referimos a la cuestión y al recurso de inconstitucionalidad). En estos controles podrá existir el condicionamiento derivado de la cosa juzgada.

Tercera. El alcance cognitivo de los procedimientos de inconstitucionalidad, puede no coincidir con el objeto de la DECLARACIÓN que se pretende obtener del Tribunal Constitucional; lo cual es determinante a la hora de pronosticar el alcance de la cosa juzgada (todo ello en el hipotético supuesto de que en distintos momentos confluyan el control previo del artículo 95 de la C.E. que finaliza con la DECLARACIÓN y el control posterior surgido de los procedimientos de inconstitucionalidad).

Cuarta. Examinada la cuestión en clave procesalista, desde esta óptica, si en un segundo proceso se plantea la misma pretensión que en el primero, se deberá

³⁵ Estas facultades del Tribunal Constitucional se ven reflejadas en distintos artículos de la LOTC, entre los que cabe referirse a los supuestos excepcionales de acumulación previstos en el artículo 83 de la aludida Ley procesal. En el artículo 84 de la misma Ley se prevé que el Tribunal podrá comunicar a los comparecidos ante él la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados y, en su caso, puede ser puesto en relación con el artículo 39.2 de la LOTC, según el cual el TC podrá declarar la inconstitucionalidad fundándose en cualquier precepto de la Constitución, aunque no haya sido alegado por las partes. En el mismo sentido, ver los artículos 87.1 y punto 2 de la LOTC en relación con el art.164 de la CE.

considerar el caso como resuelto y juzgado, por versar sobre lo mismo que el primero.

Quinta. En nada afectaría en cambio a la cosa juzgada, ni por tanto a la DECLARACIÓN emitida por el Tribunal Constitucional, si el control de constitucionalidad posterior tuviera otros ámbitos cognitivos, por ejemplo, la adhesión a nuevos protocolos u otras ampliaciones al Tratado.

Sexta. Lo anteriormente referido debe adaptarse a una perspectiva procesal-constitucional en el sentido de que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional confiere al TC unas atribuciones especiales en aras al logro del cumplimiento de la denominada supremacía constitucional, mandato finalístico de hacer cumplir la Constitución, constituyéndonos en un Estado de Derecho y con mayor precisión en un Estado Constitucional de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, en “Derecho Procesal”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989; en “Justicia constitucional”, Dykinson, Madrid, 1980.
- BIDART CAMPOS, en “El amparo constitucional, los efectos de la cosa juzgada en la acción de amparo”, Buenos Aires, 1999.
- CARRILLO SALCEDO, J.A, en “Sobre la línea del Estado y Derecho Internacional”, Madrid, 1976.
- FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, en “Justicia constitucional, una visión del Derecho comparado”, volumen III, Dykinson, Madrid, 2009 y en “Evolución de la Justicia constitucional”, Dykinson, 2013.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en “Justicia constitucional europea ante el siglo XXI, 2ª edición, Tecnos, Madrid.
- GIMENO SENDRA, JOSÉ VICENTE, en “Derecho Procesal Civil”, Colex, Madrid, 2010, 3ª Edición.
- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, en “Derecho procesal constitucional”, Madrid, 1980.
- GONZÁLEZ RIVAS, JUAN JOSÉ, en “Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, La Ley, Madrid, 2010.
- HANS KELSEN, en “Teoría General del Derecho y del Estado”, México, 1979.
- LAPLACETTE, CARLOS JOSÉ, en “Tutela judicial de la supremacía constitucional”, editorial BdeF, Montevideo.
- MARTÍN DE LA TORRE, VICTORIA, en “Europa, un salto a lo desconocido”, ediciones Encuentro, S.A., Madrid, 2015 (con prólogo de Javier Solana).
- MATIA PORTILLA, FRANCISCO JAVIER, en “Los Tratados internacionales y el principio democrático”, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- PEGORARO, LUCIO. Dentro de la obra colectiva “Derecho constitucional comparado” de LÓPEZ GARRIDO, DIEGO; MASSO GARROTE, MARCOS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- PÉREZ TREMP, PABLO, en “Sistema de justicia constitucional” Civitas, Navarra, 2015, 2ª Edición.
- REMIRO BROTONS, ANTONIO, en “La Constitucionalidad de los Tratados Internacionales y su control por el Tribunal Constitucional”. Dentro de la obra general, “El Tribunal Constitucional”, Instituto de Estudios Fiscales. Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, JORGE, en “Los Tratados Internacionales y los controles de constitucionalidad”, en la obra general ya citada “El Tribunal Constitucional”.
- SOSPEDRA NAVAS, FRANCISCO JOSÉ, en “Justicia Constitucional y procesos Constitucionales”, Thomson-Reuters, 2011.