



La obra que el lector tiene en sus manos está dedicada al estudio de la consolidación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, una vez que el texto ha cumplido los veinte años desde su proclamación (Niza, 2000) y transcurridos ya los primeros diez años desde que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (2009), la Carta deviniera un texto jurídicamente vinculante (tanto para las instituciones de la UE como para los Estados miembros cuando aplican Derecho de la Unión), con el mismo valor jurídico que los Tratados de la Unión.

El libro analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la CDFUE, máximo garante de su correcta interpretación y aplicación, examina la aplicación de la misma por los tribunales de los Estados miembros, analizando en particular los casos de Francia, Italia, Reino Unido y España, y estudia, asimismo, los esfuerzos para su consolidación realizados por la Agencia de Derechos Fundamentales de la UE. Finalmente, se recogen varios trabajos que analizan determinados derechos y libertades incorporados de forma novedosa en la Carta (derecho a la vida familiar, protección de datos personales, protección de los consumidores, derecho a la tutela judicial y al juez imparcial) y que, además de haber tenido un importante desarrollo normativo y jurisprudencial, suscitan cuestiones de actualidad.

LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, VEINTE AÑOS DESPUÉS
THE CHARTER OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION, TWENTY YEARS LATER

LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, VEINTE AÑOS DESPUÉS

THE CHARTER OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION, TWENTY YEARS LATER

Directores:

Santiago Ripol Carulla

Juan Ignacio Ugartemendía Uceizabarrena



SANTIAGO RIPOL CARULLA
JUAN IGNACIO UGARTEMENDÍA UCEIZABARRENA
(Dirs.)

**LA CARTA DE DERECHOS
FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN
EUROPEA, VEINTE AÑOS DESPUÉS**

**THE CHARTER OF THE FUNDAMENTAL
RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION,
TWENTY YEARS LATER**

Colegio Notarial de Cataluña

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Santiago Ripol Carulla y Juan Ignacio Ugartemendía Uceizabarrena (dirs.)
 © Colegio Notarial de Cataluña
 © MARCIAL PONS
 EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
 San Sotero, 6 - 28037 MADRID
 ☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
 ISBN: 978-84-1381-333-2
 Depósito legal: M. 3.728-2022
 Fotocomposición: MILÉSIMA ARTES GRÁFICAS
 Impresión: Elecé, Industria Gráfica, S. L.
 Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
 MADRID, 2022



ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN , <i>por Santiago Ripol Carulla</i>	15
LA CARTA, 20 AÑOS DESPUÉS	
THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION, 20 YEARS LATER , <i>por Michael O'Flaherty</i>	21
RAZONES PARA REFORZAR LA APLICACIÓN DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA , <i>por Yolanda Gamarra</i>	27
1. INTRODUCCIÓN	27
2. LA CAPACITACIÓN DE LOS CUSTODIOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	32
2.1. Los valores, los principios y los derechos de la UE: el papel del <i>ombudsman</i>	32
2.2. La cultura jurídica de los derechos fundamentales: el control de los jueces.....	34
3. LOS USOS DE LA CARTA COMO «BRÚJULA» DE LAS INSTITUCIONES DE LA UE.....	38
3.1. Impulsar y desarrollar instrumentos por la Comisión	38
3.2. Informar el proceso legislativo.....	39
4. CONCIENCIAR A LAS PERSONAS DE SUS DERECHOS Y DE SUS OBLIGACIONES.....	41
5. UNA APLICACIÓN EFECTIVA Y EFICAZ DE LA CARTA.....	43
5.1. Coordinación y cooperación: los centros de referencia.....	43
5.2. Una nueva condicionalidad para la protección del Estado de Derecho y los derechos fundamentales	45
6. CONCLUSIONES.....	50

	Pág.
LA CONSOLIDACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. SU APLICACIÓN EN EL PERIODO 2018-2020, por Santiago Ripol y Juan Ignacio Ugartemendía	53
1. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (CDFUE), UN INSTRUMENTO NOVEDOSO	53
2. LAS INSTITUCIONES DE LA UE Y EL FORTALECIMIENTO DE LA CARTA	57
3. LA CARTA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJ	60
3.1. La CDFUE como parámetro de control de legalidad de las actuaciones de la UE	60
3.2. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales de la Carta	65
4. EL TJ COMPLETA SU DOCTRINA SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CDFUE POR LOS ESTADOS MIEMBROS	66
4.1. Primera doctrina del TJ: una doctrina inequívocamente expansionista del artículo 51 CDFUE	66
4.2. Dificultades en la aplicación de la Carta	69
4.3. La doctrina de los años 2018-2020	71
 LA CARTA Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA	
LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA, por Manuel López Escudero	77
1. INTRODUCCIÓN	77
2. LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA CON RESPECTO A DERECHOS FUNDAMENTALES ANTES DE LA CARTA	78
3. LA RESPONSABILIDAD DEL TRIBUNAL EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE LISBOA	78
4. LA APLICACIÓN DE LA CARTA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA	81
5. CONSIDERACIONES FINALES	85
 LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. ONCE AÑOS DE JURISPRUDENCIA, por Antonio López Castiello	 87
1. DE LA CARTA JURIDIFICADA A LA JURISDICCIÓN ENCARTADA: UN APUNTE INICIAL DE SITUACIÓN	87
2. DE LA CARTA APLICADA POR EL TJUE: APUNTES ACERCA DEL ÁMBITO (PERSONAL) DE APLICACIÓN, DE SU ESTRUCTURA Y EFICACIA NORMATIVA Y DE SU GARANTÍA	90
2.1. A propósito de la eficacia y ámbito personal (y espacial) de aplicación de la Carta	90
2.2. Rendimiento hermenéutico y efectividad de los (derechos fundamentales) y principios (rectores) de la Carta	92

	Pág.
2.3. Garantía de reserva de ley (que salvaguarde el contenido esencial) de los derechos reconocidos en la Carta	94
2.4. La cuestión del contenido (esencial) <i>ad intra</i> y <i>ad extra</i> de los derechos reconocidos en la Carta	96
3. A PROPÓSITO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL INTEGRATIVA DE ESTÁNDARES DE LA CARTA EN EL CONFLUENTE ESPACIO DE APLICACIÓN DEL DUE	98
4. RECAPITULACIÓN, A MODO DE CONCLUSIÓN	104
BIBLIOGRAFÍA	106

LA APLICACIÓN DE LA CARTA POR LOS TRIBUNALES ESTATALES. I. DERECHO COMPARADO

LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE ET SON APPLICATION PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL ET LE CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS, por Géraldine Bachoué-Pedrouzo	111
1. LA MOBILISATION DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANÇAIS	116
1.1. Mobilisation à des fins d'interprétation	117
1.2. Mobilisation à des fins de dialogue	120
2. L'APPLICATION DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPÉENNE PAR LE CONSEIL D'ÉTAT FRANÇAIS	121
2.1. Des conséquences directes limitées	123
2.1.1. Champ d'application de la Charte	123
2.1.2. Portée des dispositions de la Charte	127
2.2. L'implication du Conseil d'État dans la consolidation du rôle de la Charte au sein du système européen des droits de l'homme	128
 THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION AND ITS FIELD OF APPLICATION TO THE MEMBER STATES: SOME CONSIDERATIONS AS REGARDS ITALY, por Angela Di Stasi	 131
1. INTRODUCTORY REMARKS	131
2. THE FIELD OF APPLICATION OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION TO THE MEMBER STATES	134
3. THE EXCLUSIVE IMPLEMENTATION OF THE EU LAW IN THE JURISPRUDENCE OF THE COURT OF JUSTICE. SPECIAL FOCUS ON THE MOST RECENT CASES AS REGARDS ARTICLE 51 PARA.1 OF THE CHARTER	142

	Pág.
4. THE APPLICATION IN ITALY OF THE CHARTER: A DIFFICULT «TEST» FOR THE DIALOGUE BETWEEN THE COURTS?	151
5. TOWARDS A NEW CONSTITUTIONAL «COMMUNITY PATH» TO RE-FOUND THE PROCESS OF EUROPEAN INTEGRATION?.....	155
THE EU CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN ENGLISH LAW: FLICKERING LIGHTS IN THE TWILIGHT OF MEMBERSHIP, por Takis Tridimas	
	157
1. INTRODUCTION	157
2. LEGAL STATUS AND EFFECT OF THE CHARTER IN THE UNITED KINGDOM	158
3. CHARTER RIGHTS	161
4. THE REMEDIAL IMPACT OF THE CHARTER	164
5. THE SCOPE OF APPLICATION OF THE CHARTER.....	166
6. THE CHARTER AFTER BREXIT: LIBERATION, REGRESSION AND SOME CONFUSION	169
7. CONCLUSION.....	172
 LA APLICACIÓN DE LA CARTA POR LOS TRIBUNALES ESTATALES. II. DERECHO ESPAÑOL	
TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA, por Francisco Javier Matia Portilla.....	
	177
1. INTENCIONES	177
2. HIPÓTESIS DE PARTIDA: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NO «APLICAN» LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA	178
3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN OPERAN COMO REGLAS JURÍDICAS PARA LOS APLICADORES NACIONALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN.....	181
4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	183
4.1. Un punto de partida: un reconocimiento limitado de la primacía del Derecho de la Unión	183
4.2. El artículo 10.2 CE: principios generales	186
4.3. Los derechos fundamentales de la Unión constituyen pautas hermenéuticas para el Tribunal Constitucional, a la hora de delimitar el contenido y alcance de nuestros derechos constitucionales.....	193
 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN, por Susana García Couso.....	
	199
1. INTRODUCCIÓN.....	199

	Pág.
2. APLICACIÓN DE LA CARTA POR LOS ÓRGANOS JUDICIALES NACIONALES Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.....	202
3. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA	206
3.1. La STC 26/2014, de 13 de febrero (asunto <i>Melloni</i>)	208
3.2. La STC 132/2020, de 23 de septiembre (asunto <i>Aguirre Aguirre</i>).....	211
3.3. ¿Es posible mantener un doble estándar de protección de derechos por el Tribunal Constitucional?.....	214
3.3.1. La posición del Tribunal Constitucional: dos posibles opciones	214
3.3.2. El Tribunal Constitucional como Tribunal de la Unión y la existencia de un doble estándar de protección de derechos fundamentales	217
 APLICACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES EN EL CASO JUNQUERAS, por M. Mut	
	223
1. INTRODUCCIÓN.....	223
2. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA (CDF)	225
3. BREVE REFLEXIÓN SOBRE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.....	226
4. MARCO TEMPORAL DE LOS DISTINTOS TRÁMITES Y FASES PROCESALES EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.....	228
5. ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA POR EL TRIBUNAL SUPREMO (TS).....	230
5.1. Auto TS de 1 de julio de 2019.....	230
5.2. Recurso de súplica de 16 de junio de 2019.....	231
5.3. Sentencia del TJUE de 19 de diciembre de 2019	232
5.4. Autos de 9 de enero de 2020 Sala de lo Penal del TS y Sala de lo Contencioso Administrativo del TS	233
5.5. Recurso de Súplica de 15 de enero de 2020 contra auto de 9 de enero de 2020	233
5.6. Auto de 29 de enero de 2020 del TS.....	234
6. APLICACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO JUNQUERAS	235
7. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN APLICACIÓN DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL CASO JUNQUERAS.....	238
BIBLIOGRAFÍA	246

	Pág.
CUESTIONES ACTUALES	
ACTAS DE REFERENCIA DE LAS COMUNICACIONES ENTRE EXES- POSOS Y LA CFRUE, JUNTO A OTRAS APLICACIONES EN EL QUEHACER DIARIO NOTARIAL, por Ángel Serrano de Nicolás	251
1. INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOBRE LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL NOTARIO.....	251
2. INCIDENCIA EN LAS ACTAS DE REFERENCIA DE LAS COMU- NICACIONES ENTRE EXESPOSOS	256
3. OTRAS APLICACIONES PRÁCTICAS DIARIAS DE LOS DERE- CHOS FUNDAMENTALES EN LA ACTIVIDAD NOTARIAL.....	263
3.1. Incidencia de los Derechos fundamentales en el ámbito del Derecho de la persona y la familia.....	264
3.2. Incidencia de los Derechos fundamentales en el ámbito del Derecho sucesorio.....	265
3.3. Incidencia de los Derechos fundamentales en el ámbito pa- trimonial.....	267
3.4. Incidencia de los Derechos fundamentales en el ámbito fi- nanciero.....	270
4. CONCLUSIÓN.....	271
BIBLIOGRAFÍA	272
LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL MARCO DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, por Mireia Artigot Golobardes	275
1. LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA CARTA DE DERE- CHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.....	275
2. EL CONSUMIDOR OMNIPRESENTE.....	279
2.1. La dimensión intrínseca del concepto de consumidor	280
2.2. La dimensión relacional del concepto de consumidor	281
2.2.1. La complicada distinción entre consumidor y profes- sional	282
2.2.2. Muy parecidos pero muy distintos: la línea fina en la distinción entre consumidor y profesional en merca- dos digitales	283
3. LA ESTRUCTURA DE LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EL SISTEMA COMUNITARIO.....	284
3.1. El baile de la seducción en el mercado: vendedores, produc- tos y consumidores	286
3.2. El control de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores	289
3.3. Remedios por incumplimiento contractual en manos del consumidor.....	293

	Pág.
4. LOS RETOS A LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN EN- TORNOS DIGITALES.....	299
4.1. La protección del consumidor en mercados digitales y el rol de las plataformas digitales en la protección del consumidor	300
4.2. La protección de los datos del consumidor como un meca- nismo de protección al consumidor	303
5. CONCLUSIONES.....	305
RIESGOS PARA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DERIVADOS DE LA CRI- SIS SANITARIA PROVOCADA POR LA COVID-19, por Eva Nieto Garrido	307
1. INTRODUCCIÓN.....	307
2. BREVE REFERENCIA A LA LIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUBJETIVOS	309
3. HIPERINFLACIÓN NORMATIVA, LAGUNAS Y CONFUSIÓN.....	313
4. RIESGOS PARA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTEC- CIÓN DE DATOS PERSONALES EN TIEMPOS DE PANDEMIA...	318
4.1. Radar Covid y aplicaciones de rastreo.....	318
4.2. Los rastreadores.....	320
4.3. ¿Existe cobertura legal para las medidas adoptadas?.....	322
5. LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA POR LA SUPUESTA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DE LOS EXPERTOS	326
6. CONCLUSIONES.....	329
BIBLIOGRAFÍA	330
DE PORTUGAL A POLONIA: EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA COMO GUARDIÁN DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL, por Aida Torres Pérez	333
1. INTRODUCCIÓN.....	333
2. LA OBLIGACIÓN DE GARANTIZAR LA INDEPENDENCIA JUDI- CIAL COMO DERECHO PRIMARIO DE LA UE	335
2.1. De la tutela judicial efectiva... ..	335
2.2. ... a la independencia judicial.....	337
3. LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 19.1 TUE Y LA CARTA: ¿DIVERGENTES O CONVERGENTES?.....	342
3.1. «En los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión».....	342
3.2. El artículo 19.1 TEU como un desencadenante para la aplica- ción de la Carta	346
4. CONCLUSIÓN.....	350
CONCLUDING REMARKS, por Santiago Ripol Carulla	353

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA¹

Francisco Javier MATIA PORTILLA
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid
javierfacultad@gmail.com

SUMARIO: 1. INTENCIONES.—2. HIPÓTESIS DE PARTIDA: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NO «APLICAN» LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.—3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN OPERAN COMO REGLAS JURÍDICAS PARA LOS APLICADORES NACIONALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN.—4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 4.1. Un punto de partida: un reconocimiento limitado de la primacía del Derecho de la Unión. 4.2. El artículo 10.2 CE: principios generales. 4.3. Los derechos fundamentales de la Unión constituyen pautas hermenéuticas para el Tribunal Constitucional, a la hora de delimitar el contenido y alcance de nuestros derechos constitucionales.

1. INTENCIONES

La urbanidad apunta a que, al tomar la palabra, la primera obligación que pesa sobre un ponente en un Congreso sea agradecer la invitación cursada y expresar su satisfacción por poder participar en el mismo. También lo apunta el sentimiento porque resulta un honor participar en un evento organizado por Santiago Ripol, viejo amigo de aventuras compartidas y que versa sobre materias que nos vienen preocupando a los dos, y a otros amigos en común, hace bastantes lustros. Y me alegra también participar en un evento en el que me encuentro con tantos amigos.

Expresado mi reconocimiento, entremos, sin más trámite, en materia.

Para determinar el contenido de la intervención es preciso atender al tenor literal de la reflexión que se nos solicita, *Tribunales Constitucionales*

¹ Esta investigación se inscribe en el Proyecto estatal de investigación DER2016-75993-P, *España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos* (30/12/2016-29/12/2020), concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y la Agencia Estatal de Investigación. La edición ha sido finalizada el 28 de septiembre de 2020. En relación con las materias tratadas en otros estudios nos remitimos a la bibliografía citada en ellos.

y derechos fundamentales en Europa, y el marco en el que esta se inscribe, la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales por los tribunales españoles.

Esta delimitación nos permite partir ya, en todo caso, de una premisa, y es que, a nuestro modesto entender, un Tribunal Constitucional no aplica ni la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ni, en general, el Derecho de la Unión². Esta es una afirmación, por supuesto, que debe argumentarse en términos jurídicos. A ellos dedicaremos el primer apartado del presente estudio.

A continuación será oportuno analizar, en segundo lugar, cómo operan los derechos fundamentales en relación con los órganos que aplican Derecho de la Unión en nuestro país, que son, además de los jueces y tribunales, las administraciones y los particulares en muchas ocasiones.

Una vez examinados estos asuntos, podremos entrar en la cuestión nuclear del presente estudio, que es determinar la incidencia que presentan los derechos fundamentales para los Tribunales Constitucionales. El análisis la misma se abordará en tercer lugar, y será preciso realizar algunas consideraciones preliminares sobre la primacía del Derecho de la Unión y sus límites, y sobre el art. 10.2 CE, para concluir este trabajo con algunas cuestiones sobre la dimensión hermenéutica que la Carta ofrece al Tribunal Constitucional para determinar el contenido y alcance de los derechos constitucionales.

2. HIPÓTESIS DE PARTIDA: LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES NO «APLICAN» LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

A nuestro modesto entender, el papel esencial de los Tribunales Constitucionales es garantizar la eficacia normativa de la Constitución, ejerciendo un control nomofiláctico sobre las normas que la contrarían y no se aprueban siguiendo el procedimiento de modificación constitucionalmente previsto para ello.

No queremos insistir ahora en la fundamentación de esta hipótesis, que ya ha sido defendida de forma extensa en otro trabajo³, sino limitarnos a recordar sintéticamente las razones que la justifican:

a) El Tribunal Constitucional surge, como Institución, con la finalidad de garantizar la primacía absoluta (en puridad, la suprallegalidad

² Por esta razón también discrepamos de que el Tribunal Constitucional sea un «órgano jurisdiccional» en el sentido del art. 267 TFUE, en contra de lo sostenido por el propio Tribunal en el ATC 86/2011, de 9 de junio, y en la STC 26/2014, de 24 de febrero. Nos remitimos al trabajo citado en la nota siguiente del presente estudio.

³ Esta argumentación ya ha sido extensamente avanzada por el autor de estas líneas en «Las relaciones entre los TTCC y el TJUE: lo que los tribunales constitucionales deben y no deben, en principio, hacer». En J. I. UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA y A. SAÍZ ARNÁIZ, *El futuro jurisdiccional de Europa*. Ofiati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2019, pp. 164 y ss.

normativa que se suma a la supremacía política)⁴ de la Constitución, y controlar, en particular, que el legislador democrático también respeta la Constitución. Por esta razón, la función inherente a un Tribunal Constitucional es el control de constitucionalidad.

b) Ello explica que, lógicamente, el canon de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional sea diferente que el corresponde a los órganos de la jurisdicción ordinaria. Y esta afirmación es tan válida cuando se aplica a un conflicto entre normas (constitucionales e infraconstitucionales) como cuando se cuestiona si el alcance de un determinado derecho se ve afectado, o no, por un derecho fundamental. Es lógico que así ocurra porque los derechos fundamentales se recogen en preceptos constitucionales, que gozan de suprallegalidad y que son, además, por su singular naturaleza, directamente alegables por sus titulares.

Interesa, en este momento, subrayar algunas notas sobre la intervención del Tribunal Constitucional en relación con los derechos constitucionales:

a) La primera consideración relevante es que estos derechos se protegen a través de los distintos procesos constitucionales y no, exclusivamente, a través del recurso de amparo. Por poner un ejemplo relacionado con el derecho humano a la presunción de inocencia reconocido en el art. 6.2 CEDH, nuestro Tribunal Constitucional ha entendido que el art. 294.1 LOPJ, que fundamenta la eventual indemnización por haber padecido prisión provisional, incluía sendos incisos que vulneraban el derecho fundamental a la presunción de inocencia, infringiendo el art. 24.2 CE, con la consiguiente declaración de nulidad de los incisos controvertidos⁵.

b) La segunda consideración es que cuando el Tribunal Constitucional evacúa un recurso de amparo está vinculado exclusivamente a la Constitución y, en el plano procesal, a lo previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁶. Dicho con otras palabras, el Tribunal Constitucional aplica, desde un punto de vista material, exclusivamente, la Constitución española.

Sabemos, sin embargo, que existen normas que en ocasiones el Tribunal debe tomar en consideración a la hora de resolver un proceso constitucional. Se trata de las normas bloque y de las normas parámetro, noción esta última más amplia con la que se alude a normas interpuestas. Así, por ejemplo, para saber si una facultad de un parlamentario ha sido o no respetada, vulnerando su derecho a ejercer el cargo público y el de los electores que lo eligieron a participar en los asuntos públicos, deberá observarse el estatuto del parlamentario previsto en el Reglamento de la

⁴ Vid. arts. 9.1, 123.1 *in fine*, 161, 164 y 166-168, y disposición derogatoria tercera, CE.

⁵ STC 85/2019, de 19 de junio. En esta Sentencia se decreta la nulidad de dos incisos («por inexistencia del hecho imputado» y «por esa misma causa») del art. 294.1 LOPJ, extrayendo las consecuencias debidas de las SSTEDH Puig Panella (2006), Tendam (2010) y Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni (2006), todos ellos relacionados con el Reino de España.

⁶ Art. 1.1 LOTC.

Cámara de que se trate. Pero no resulta imposible que el Tribunal Constitucional considere que es el propio reglamento parlamentario la norma que vulnera el derecho fundamental del parlamentario a ejercer su cargo. Es decir, que una norma parámetro no deja de estar sometida, en todo caso, a su enjuiciamiento por parte del alto Tribunal.

En todo caso, se entenderá ahora la premisa anticipada de que, a nuestro modesto entender, el Tribunal Constitucional no aplica el Derecho de la Unión. Discrepamos, en este punto, de lo expuesto por la magistrada Roca Trías, en su Voto Particular a la STC 26/2014, de 12 de febrero, cuando afirma que el Pleno debe admitir claramente que se trataba de una «sentencia de ejecución y no de una sentencia dictada en amparo con cambio de doctrina, lo cual, a mi juicio, hubiera constituido un comportamiento más acorde con nuestra función como órgano judicial europeo» [Punto 6.d)].

c) La tercera y última consideración es que, lógicamente, el Tribunal Constitucional no se encuentra vinculado por lo que dispongan ni los tribunales nacionales ni los tribunales internacionales.

Esta es una afirmación discutible, y es un poco osado pronunciarla en un Congreso en el que intervienen destacados expertos de Derecho Internacional Público. Soy consciente de la existencia del art. 53 de la Convención Internacional sobre el Derecho de los Tratados, y de que en el mismo se alude a las normas imperativas de Derecho internacional, que son aquellas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional y los Estados que no admiten acuerdo en contrario. Pero creo que este precepto no puede evitar que un Tribunal Constitucional resuelva una controversia constitucional al margen de un principio básico del Derecho internacional. Aunque una actuación como la descrita sea preocupante en el plano politológico, y pueda desencadenar sanciones o una respuesta por parte de otros Estados u organismos internacionales, no existe autoridad judicial estatal que pudiera decretar la nulidad de la resolución del Alto Tribunal nacional.

Ahora bien, que el Tribunal Constitucional se deba a la Constitución, no quiere decir que no deba también, por elemental prudencia, tomar en consideración la realidad jurídica en la que se inserta la Constitución y el Estado español.

Es posible que toda esta argumentación no sea de recibo cuando hablamos, en particular, de los derechos fundamentales de la Unión Europea. De un lado, porque estamos en presencia de una organización cualificada (léase supranacional o de integración) para la que no rigen los principios clásicos de ordenación de los tratados internacionales en el sistema de fuentes nacional. De otro, porque, en todo caso, el Derecho de la Unión prima sobre el conjunto de los ordenamientos nacionales. Razones estas que permiten discutir las afirmaciones que acabamos de efectuar.

Es lógico que no se comparta la tesis aquí defendida si no acepta su premisa inicial. Sin pretender ahora reabrir un debate sobre cuestiones

que exigirían un tratamiento individualizado como son la naturaleza (¿internacional o supranacional?) de los Tratados de la Unión, o la naturaleza y posición de los Tratados internacionales en el sistema español de fuentes, o el análisis de la primacía y sus límites⁷, sí que interesa retener aquí, brevemente, nuestras tesis sobre la eficacia de los derechos fundamentales de la Unión en nuestro país, y la relación entre este catálogo y el recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Para abordar este análisis, será preciso analizar separadamente la posición que los derechos fundamentales de la Carta ocupan en nuestro ordenamiento infraconstitucional y examinar, después, qué papel desempeñan en relación con la Constitución.

3. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN OPERAN COMO REGLAS JURÍDICAS PARA LOS APLICADORES NACIONALES DEL DERECHO DE LA UNIÓN

A nuestro entender, los derechos fundamentales proclamados por la Unión Europea, que están incluidos en un texto convencional de carácter internacional, forman parte del Derecho español (art. 96.1 CE) y, por la rigidez propia de este tipo de normas (art. 96.1 *in fine* CE), deben ser de aplicación preferente a las normas nacionales con fuerza de Ley. Además, como ya se indicó, el Tribunal Constitucional no aplica, por definición, el Derecho de la Unión.

De lo que acabamos de exponer se infiere que la resistencia jurídica de tales derechos no es la misma en lo que atañe a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español. En relación con esto último, nuestra hipótesis es que deben ser protegidos por los aplicadores del Derecho (por los tribunales en especial) y amparados aun cuando existan normas con fuerza de Ley que los contradigan. Una hipótesis que se ve confirmada tanto si se examina la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relacionada con los posibles conflictos que puedan producirse entre el ordenamiento español (infraconstitucional) y el Derecho de la Unión, como si se analiza el asunto desde la perspectiva del control de convencionalidad.

En efecto, debemos recordar, desde la primera perspectiva apuntada, que «no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho de la Unión Europea, toda vez que este control compete exclusivamente a los órganos

⁷ Cuestiones abordadas por el autor de estas líneas en distintos estudios, como son, en relación con cada una de las materias apuntadas, «¿Hay una Constitución europea?», en VVAA, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. II, Madrid, Congreso de los Diputados/Tribunal Constitucional/Universidad Complutense de Madrid/Fundación Ortega y Gasset/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 1361 y ss.; *Los Tratados Internacionales y el Principio Democrático*, Madrid, Marcial Pons, 2018; y «De primacía, derechos y tribunales», en L. I. GORDILLO PÉREZ (coord.), *Constitución española e integración europea. Treinta años de Derecho Constitucional de la integración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 133 y ss.

de la jurisdicción en cuanto aplicadores que son del ordenamiento de la Unión Europea y, en su caso, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4, y 180/1993, de 31 de mayo, FJ 3, entre otras muchas), y que la eventual infracción del Derecho de la Unión por leyes estatales o autonómicas no convierte en litigio constitucional lo que solo es un conflicto de normas no constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5)⁸. Estamos, en puridad, ante un problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto⁹. A nuestro juicio tomarse en serio la primacía del Derecho de la Unión supone que un órgano judicial deberá optar por aplicar la norma de la Unión aunque existan normas con fuerza de Ley nacionales que la contradigan¹⁰. Y esta afirmación es igualmente predicable de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que deben ser efectivamente tutelados cuando se aplique el Derecho de la Unión, puesto que son normas de la Unión que gozan de primacía sobre el Derecho (infraconstitucional) español.

A idéntica conclusión se llega si se examina la cuestión desde el prisma general del control de convencionalidad (al margen, pues, de la específica primacía del Derecho de la Unión). A nuestro modesto entender, «son los aplicadores del Derecho (especialmente los jueces y tribunales) los que deben tomar en consideración los tratados internacionales (y las normas de la Unión Europea) y aplicarlas aun en el supuesto de que existan normas con fuerza de Ley que dispongan otra cosa. Resulta evidente que sería conveniente que esas normas fueran urgentemente derogadas desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica, pero no incurren, *per se*, en nulidad. La gran ventaja de este modelo de convencionalidad es que no hay que impugnar las leyes nacionales ante el Tribunal Constitucional ni esperar un largo periodo de tiempo hasta determinar si son, o no, incompatibles con un tratado. Se prima así la inmediatez del control difuso so-

⁸ SSTC 145/2012/2, de 2 de julio, y 26/2020/6, de 24 de febrero, que resumen la jurisprudencia consolidada del Tribunal.

⁹ Expresión ya vertida en la STC 28/1991/5, de 14 de febrero. Es lógico que así sea porque «el Derecho de la Unión Europea no es canon de constitucionalidad pues 'según ha reiterado este Tribunal, ni el fenómeno de la integración europea, ni el art. 93 CE a través del que esta se instrumenta, ni el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, de rango y fuerza constitucionales [por todas, STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3.a), con cita de otras]» (STC 22/2018/3, de 5 de marzo).

¹⁰ En efecto, debemos recordar que «para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial solo resulta preciso, con la perspectiva del art. 24 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria» [STC 78/2010/2.b) *in fine*, de 20 de octubre]. Y es que, «como ya quedó establecido de manera general en relación con los tratados internacionales, la supuesta contradicción entre estos y las leyes y otras disposiciones normativas posteriores —por lo que aquí interesa también las anteriores— no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de estas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional, sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, debe ser resuelto por los órganos judiciales en los litigios de que conozcan (STC 49/1988)» (STC 180/1993/3, de 31 de mayo y, en sentido similar, STC 102/2000/7, de 10 de abril).

bre el principio de seguridad jurídica para lograr la inmediata aplicación del acuerdo internacional»¹¹. Y esta tesis ha sido avalada en sus términos esenciales por la relevante STC 140/2018, de 20 de diciembre.

En esta resolución, el Tribunal Constitucional considera que «la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el art. 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto»¹².

Esto supone, en la práctica, que los tribunales ordinarios pueden amparar por sí mismos un derecho fundamental de la Unión o un derecho humano consagrado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque para ello deban desplazar la aplicación de una norma con fuerza de Ley. Podemos, pues, concluir, que los derechos fundamentales de la Unión vinculan como reglas jurídicas a los aplicadores del Derecho cuando apliquen Derecho de la Unión.

4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

4.1. Un punto de partida: un reconocimiento limitado de la primacía del Derecho de la Unión

Ahora bien, la relación de las normas convencionales con la Constitución es, obviamente, bien distinta. Estamos ante normas que forman parte del Derecho español y ocupan una posición jerárquica inferior a la Constitución. Por este motivo, los Tratados internacionales pueden ser sometidos al control de constitucionalidad [arts. 27.2.c) LOTC y DDTC 1/1992, de 1 de julio, y 1/2004, de 13 de diciembre].

No encontramos razones para entender que los Tratados de la Unión presenten una naturaleza jurídica distinta por su relevante importancia

¹¹ F. J. MATIA PORTILLA, *Los Tratados...*, *op.cit.*, pp. 127-128.

¹² STC 140/2018/6, de 20 de diciembre. En relación con esta Sentencia *vid.*, entre otros estudios, L. JIMENA QUESADA, «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, y M. LLOBERA VILA, «El control de convencionalidad: la aplicación de los Tratados internacionales en la determinación de estándares laborales», *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 222, 2019, pp. 252 y ss. Esta visión del control de convencionalidad se ha reiterado en las SSTC 10/2019/4, de 28 de enero; 23/2019/2, de 25 de febrero; 35/2019/2, de 25 de marzo; 36/2019/2, de 25 de marzo; 80/2019/2, de 17 de junio; y 87/2019/6, de 20 de junio.

teórica o práctica, dado que la naturaleza de la norma no se ve alterada por la relevancia de su contenido. Seguimos, pues, ante un Tratado internacional¹³. La cuestión es determinar qué ocurre con el Derecho derivado de la Unión (Reglamentos, directivas, etc.). A nuestro juicio, ocupa el mismo espacio normativo de los Tratados (en lo que atañe a nuestro sistema de fuentes), lo que implica que no puede desconocer la Constitución y que su aplicación es preferente a las normas internas con fuerza de Ley que lo contradigan. Por esta razón también compartimos, como ya hemos adelantado, que la correcta aplicación del Derecho de la Unión compete a los órganos judiciales y, con carácter general, a los aplicadores del Derecho, cuando seleccionan la norma aplicable al caso.

En lógica consonancia con lo expresado hasta el momento, defendemos que la primacía del Derecho de la Unión es relativa, y que tiene como límite el respeto a la Constitución estatal. Si estamos de acuerdo en que el Estado constitucional no es otra cosa que un mecanismo instrumental para garantizar la libertad, resulta lógico afirmar que el Estado no puede adherirse a una institución internacional que pueda menoscabar derechos fundamentales de forma impune. Mantener lo contrario compromete no solo la suprallegalidad constitucional, sino la propia pervivencia del Estado constitucional.

No es casual entonces que los Tribunales Constitucionales europeos hayan establecido, de una u otra forma, una reserva de jurisdicción si estiman que el Derecho de la Unión compromete los derechos constitucionales o la identidad constitucional. Las veladas amenazas realizadas por los Tribunales constitucionales italiano y alemán en el pasado siglo¹⁴ no solamente no han desaparecido, sino que han dado lugar a resoluciones relativamente recientes en las que ambas jurisdicciones constitucionales han impuesto su visión a la doctrina sustentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En el caso del Tribunal Constitucional Federal alemán debemos recordar la Sentencia de 15 de diciembre de 2015¹⁵, en el que se ampara a una persona que debía ser entregada a Italia al amparo de una orden europea de detención y entrega. El Tribunal justifica su actuación en el respeto a la identidad estatal, que vincula con la vigencia de los derechos constitucionales¹⁶. Y no menos relevante es la difundida STC 115/2018, de 31 de mayo¹⁷, en la que el Tribunal Constitucional ita-

¹³ *Vid.*, en el mismo sentido, Decisión DC 2004-505, de 19 de noviembre, párrafo 9. Se afirma en el párrafo siguiente que no se cuestiona que la Constitución francesa ocupa la primera posición en el sistema de fuentes. Considera Damien Chamussy que esta Decisión del Consejo Constitucional ha desdramatizado la consideración de que la primacía del Derecho de la Unión conoce límites [en «Le traité constitutionnel face à la Constitution française», *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 18, 2005, apartado III *in fine*].

¹⁴ Hacemos referencia a las clásicas SST *Frontini* (183/1973, de 18 de diciembre) y *Granital*, de 5 de junio de 1984, en Italia, y al ATC *Solange I* (BVerfGE 37, 271), de 29 de mayo de 1974 y a la STC *Solange II* (BVerfGE 73, 339), de 22 de octubre de 1986, en el caso de Alemania.

¹⁵ BvR 2735/14.

¹⁶ Apartados 47 y 49, respectivamente. La entrega vulnera, en este caso, el derecho a la dignidad (art. 1 de la Constitución alemana).

¹⁷ Esta resolución tiene su origen en el ATC italiano ATCI 24/2017, en el que se combate la doctrina contenida en la STJUE de 8 de septiembre de 2015, asunto C-105/14, lo que origina una

liano acuerda la inaplicación de la regla Taricco por infringir el principio de legalidad de los delitos y de las penas por la insuficiente determinabilidad de la Ley aplicable y por suponer una aplicación retroactiva de una sanción más severa a la vigente.

No tiene sentido profundizar en la reciente evolución de esta problemática relación entre las Constituciones y el Derecho de la Unión¹⁸, sino recordar que la misma también se ha planteado en nuestro país. En efecto, el Tribunal Constitucional ha rescatado, al socaire del asunto *Melloni*, la reserva de jurisdicción expresada con anterioridad en la DTC 1/2004/4, de 13 de diciembre. Como se recordará, en la Declaración de 2004 nuestro Alto Tribunal señaló, en términos muy parecidos a la doctrina Solange II del Tribunal Constitucional Federal alemán, que «en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea [léase hoy el propio Derecho Originario] fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en est[e], en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que este se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes»¹⁹. Pueden extraerse, pues, dos consecuencias relevantes. La primera es que los derechos fundamentales de la Unión no poseen naturaleza constitucional en nuestro país. Y la segunda es que, por esta misma razón, no pueden contravenir o desconocer los derechos constitucionalmente garantizados.

nueva Sentencia más matizada en su argumentación (Sentencia *Taricco* y otros (II), de 5 de diciembre de 2017 (asunto C-42/17). Todas estas resoluciones han provocado decenas de comentarios y estudios. En relación con la última Sentencia del Tribunal Constitucional italiano pueden consultarse, entre otras muchas publicaciones, A. RUGGERI, «I rapporti tra Corti europee e giudici nazionali e l'oscillazione del pendolo», en www.giurcost.org 20191, disponible en https://www.cortecostituzionale.it/documenti/file_rivista/30434_2018_115.pdf; C. ALFONSO, «Ritorno al passato sui controlimiti», *Giurisprudenza costituzionale* 20183, pp. 1318 y ss.; y R. ROMBOLI, «Dalla "diffusione" all' "accertamento": una significativa linea di tendenza della più recente giurisprudenza costituzionale», *Il Foro Italiano*, 2018\7-8, pp. 2226 y ss.

¹⁸ La referencia incluida en el art. 4.2 TUE a la identidad estatal ha abierto un nuevo campo de trabajo. *Vid.*, por todos, S. MARTÍN, «L'identité de l'État dans l'Union européenne: entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle"», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2012/3, pp. 13 y ss.; P. CRUZ VILLALÓN, «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2013, pp. 501 y ss.; y F. VECCHIO, *Primacía del Derecho Europeo y salvaguarda de las identidades constitucionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2015.

¹⁹ STC 26/2014/3, de 13 de febrero. Sin embargo, esta reserva de jurisdicción no es novedosa. Ya fue adelantada en las SSTC 64/1991/4.a, de 22 de marzo, y 58/2004/7, de 19 de abril, en las que se afirma que, «en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiendo sido dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo y sin perjuicio del valor que este tenga a los efectos de lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución».

¿Qué relación media entonces entre los derechos fundamentales de la Unión y los recogidos en la Constitución española? Pues en este caso habría que estar a lo previsto en el art. 10.2 CE, precepto que dispone 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». Al examen de este artículo constitucional dedicamos las siguientes líneas del presente estudio.

4.2. El artículo 10.2 CE: principios generales

Es sabido que la introducción de un segundo apartado en el art. 10.2 CE se produce tardíamente durante la tramitación parlamentaria de nuestra Constitución. La propuesta inicial²⁰, que tiene su origen en una Enmienda del Grupo Parlamentario de UCD del Senado al proyecto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados²¹, genera un vivo debate en la Comisión de Constitución del Senado.

Destaca, con luz propia, la intervención del senador Sainz de Varanda Jiménez (Grupo Parlamentario Socialistas del Senado), que considera que el texto propuesto es «inusitado» (solamente en línea con lo previsto en el art. 16 de la Constitución portuguesa) e «inútil» (porque los derechos humanos ya están reconocidos en la Constitución y porque es innecesario desde el punto de vista del Derecho internacional). Pero, siempre a juicio de este parlamentario, tiene otras consecuencias funestas, como son renunciar a posibles reservas nacionales a los textos internacionales, y construir una Constitución paralela (una, expresión de la soberanía, y otra compuesta por «los textos vagos e inconcretos del Derecho internacional»²²).

²⁰ Resulta también de interés la enmienda promovida por el diputado Antón Cañellas Balcells que pretende incorporar a la Constitución, en lo que a nosotros nos interesa, el párrafo: «Los convenios internacionales que desarrollan los principios contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas tendrán jerarquía superior a las leyes. España no podrá suscribir ningún tratado que esté en contradicción con tales principios» (enmienda 244 al Anteproyecto de Constitución). Todas las citas posteriores se realizarán a través de la compilación documental editada por Fernando SAINZ MORENO y Mercedes HERRERO DE PADURA, *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios* (2.ª ed., Cortes Generales, IV vols., 1989), p. 243. La enmienda es rechazada por la Ponencia por su imprecisión (*Boletín Oficial de las Cortes* núm. 82, de 17 de abril de 1978. *Ibid.*, p. 508). El diputado Cañellas Balcells defendió su enmienda en la sesión de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas 16, de 6 de junio de 1978 (Cortes, 1978, núm. 81. *Ibid.*, p. 1321). El diputado Peces-Barba, aunque ve con simpatía la enmienda, recuerda que su asunción provoca una «profunda distorsión innecesaria en la jerarquía de las normas» (p. 1323). En todo caso, la enmienda fue rechazada (p. 1324). El debate se reproduce nuevamente en la Sesión del Pleno del Congreso 38, celebrada el 13 de julio de 1978 (Cortes, *Diario de Sesiones* 1978, núm. 109, *ibid.*, p. 2277).

²¹ La Enmienda 707 proponía la introducción de un párrafo que rezara: «Las libertades y derechos serán tutelados y garantizados de conformidad con los acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España» (*ibid.*, p. 2879).

²² Sesión de la Comisión de Constitución del Senado celebrada el miércoles 23 de agosto de 1978. *Diario de Sesiones del Senado*, 1978, 42. Comisión de Constitución. Sesión 4. Disponible en F. SAINZ MORENO y M. HERRERO DE PADURA, *Constitución...*, op. cit., p. 3325.

En el plano estrictamente jurídico, la asunción de la enmienda supondría menoscabar el principio de jerarquía normativa, destruir los conceptos de los principios generales del derecho y de la Ley en sentido formal, e introducir procedimientos de garantías constitucionales ajenos al ordenamiento español. Se apunta, finalmente, «la dificultad de interpretar la Constitución a través de una Constitución paralela». Aunque el Senador Escudero López (Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático) combate estas reflexiones, reconoce que el texto propuesto «es, en definitiva, una corrección de la propia soberanía»²³.

En búsqueda del consenso, el Grupo Parlamentario Progresistas y Socialistas Independientes del Senado presenta una nueva enmienda *in voce*²⁴ que será defendida por el parlamentario Martín-Retortillo Baquer. Es consciente el Senador de que en la misma se hace una remisión a Tratados no ratificados, en ese momento, por el Estado español (la Declaración Universal de Derechos Humanos, y el Convenio Europeo de Derechos Humanos), pero entiende que «hay que crear un clima» propicio para los derechos y libertades²⁵.

El senador Gutiérrez Rubio (Grupo Parlamentario Mixto del Senado) estima inaceptable establecer esa formulación genérica de adhesión a una legislación internacional, qué debería articularse a través de los mecanismos previstos en la propia Constitución y que, además, subordina nuestra Constitución a otra «supranacional que previamente no ha sido aceptada ni ratificada por el Estado español»²⁶. El senador Sainz de Varanda Jiménez (Grupo Parlamentario Socialistas del Senado) subraya que lo problemático es la expresión «se integrarán e interpretarán», que tiene graves e importantes consecuencias²⁷.

El senador Jiménez Blanco (Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático) defiende una tercera enmienda *in voce* que da lugar a un nuevo debate. El texto²⁸, ya muy cercano al finalmente recogido en nuestro Texto constitucional²⁹, abre un nuevo debate en el seno de la Comi-

²³ *Ibid.*, p. 3332.

²⁴ Cuyo tenor literal reza que el art. 10 contará con un segundo párrafo con el siguiente texto: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se integrarán e interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, con la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, con los pactos internacionales de derechos económicos, sociales y culturales y de derechos civiles y políticos, así como con los demás acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». (*ibid.*, pp. 3333-3334).

²⁵ Sesión de la Comisión de Constitución del Senado celebrada el miércoles 23 de agosto de 1978. *Diario de Sesiones del Senado*, 1978, 42. Comisión de Constitución. Sesión 4. Disponible en F. SAINZ MORENO y M. HERRERO DE PADURA, *Constitución...*, op. cit., pp. 3334-3335.

²⁶ *Ibid.*, p. 3337.

²⁷ *Ibid.*, p. 3338.

²⁸ «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se integrarán e interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España».

²⁹ «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».

sión. El senador de designación real Ollero Gómez (Grupo Parlamentario Agrupación Independiente) considera que la enmienda presentada provoca «la sensación de que no estamos muy seguros ni de que se vayan a cumplir [los derechos constitucionales], ni de qué entendemos nosotros por los derechos y libertades que tan ampliamente se exponen en el Título I»³⁰, y propone otra nueva versión del segundo párrafo del art. 10³¹. Lo relevante de esta última es que se prevé ya en ella una regla meramente interpretativa. En efecto, las declaraciones internacionales «inspirarán la interpretación que sobre esos mismos derechos humanos contiene nuestra Constitución». El senador Villar Arregui (Grupo Parlamentario Progresistas y Socialistas Independientes) considera que esta enmienda se inscribe en la órbita del consenso necesario³².

Lo cierto es que en este momento se pide un receso y, tras este, se solicita que se suspenda la sesión para ver si se puede alcanzar un consenso. Ya en la tarde, el senador Ollero (Grupo Parlamentario Agrupación Independiente) introduce en su enmienda *in voce* una referencia a la Declaración de los Derechos Humanos³³, porque la versión original se refería, exclusivamente, a su decir, a los tratados ratificados.

Esta enmienda no genera debate parlamentario y, cuando se va a votar, el senador Escudero López (Grupo Parlamentario Unión de Centro Democrático) presenta una enmienda *in voce* más. El debate sobre el nuevo texto propuesto³⁴ es más breve (es posible que ya se hubiera alcanzado el consenso necesario). El senador que defiende la enmienda ahora presentada subraya que se ha retirado de ella el término «integrarán»³⁵, y Martín-Retortillo-Baquer (Grupo Parlamentario Progresistas y Socialistas Independientes) considera que, de esta forma, «el texto queda mucho más aceptable»³⁶. El senador Ramos Fernández-Torrecilla (Grupo Parlamentario Socialistas del Senado) expresa que se mantienen las reservas de su grupo parlamentario a esta enmienda, por considerarla redundante³⁷.

Desaparece el problemático término «integrarán». Y se cambia el «y demás acuerdos» por la expresión «y los tratados y acuerdos». Finalmente se pluraliza la expresión «la misma materia».

³⁰ Sesión de la Comisión de Constitución del Senado celebrada el miércoles 23 de agosto de 1978. *Diario de Sesiones del Senado*, 1978, 42. Comisión de Constitución. Sesión 4. Disponible en F. SÁINZ MORENO y M. HERRERO DE PADURA, *Constitución...*, op. cit., p. 3339.

³¹ La nueva enmienda *in voce* reza «Los acuerdos internacionales que garantizan el respeto a los derechos y libertades humanas inspirarán la interpretación de lo establecido en el presente Título». *Ibid.*, 3340.

³² *Ibid.*, pp. 3339-3340.

³³ «La Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Tratados y acuerdos internacionales ratificados por España y que amparen el respeto a las libertades y los derechos, inspirarán la interpretación de lo establecido en el presente Título». *Ibid.*, p. 3341.

³⁴ «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 demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España» (*Ibid.*, p. 3342). La única variación que este precepto experimentará en su tramitación será la sustitución de la expresión «demás tratados y acuerdos» por «los tratados y acuerdos», que es la que figurará finalmente en el vigente art. 10.2 CE.

³⁵ *Ibid.*, p. 3343.

³⁶ *Ibid.*, p. 3344.

³⁷ *Id.*

Sometida a votación, la enmienda es aprobada con 16 votos a favor y 6 en contra, y 3 abstenciones³⁸. Sin embargo, uno de los votos particulares presentados al art. 10 del Dictamen de la Comisión de Constitución del Senado vuelve a reabrir la cuestión, con una redacción de nuevo cuño³⁹ y que plantea numerosos problemas dogmáticos. Sin embargo, dado que fue retirado en la Sesión del Pleno del Senado celebrado el 26 de septiembre de 1978⁴⁰, no tiene sentido detenernos en él. Como ya se ha anticipado en nota a pie de página, la única variación que se producirá en la versión aprobada por la Comisión Mixta Congreso-Senado es que se utilizará la expresión «y los tratados» en vez de la original «y demás tratados»⁴¹.

Recordar la compleja gestación del art. 10.2 CE nos permite entender que es un precepto relevante y cuya correcta delimitación no resulta tarea sencilla⁴². El propio Tribunal Constitucional ha realizado algunas afirmaciones en esta materia que tampoco contribuyen a la claridad. Así, por ejemplo, en la STC 36/1991/5, de 14 de febrero, señala que el citado precepto constitucional «no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del Título I de nuestra Constitución».

Podría parecer, a la vista de esta afirmación, que, aunque los parlamentarios renegaron expresamente de que los Tratados de derechos humanos

³⁸ *Ibid.*, p. 3345.

³⁹ Hacemos referencia a la nueva redacción propuesta en el Voto Particular 57 (enmienda 226) promovido por el senador Carazo Hernández (Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático), que propone esta nueva redacción para el art. 10: «Los derechos humanos de explícito reconocimiento con que fueron aprobados en la Asamblea General de las Naciones Unidas constituyen el fundamento del orden político y la paz social de la Patria española. Ningún término ni concepto del presente texto constitucional podrá ir contra la esencialidad de los citados derechos humanos». *Boletín Oficial de las Cortes*, 157, de 6 de octubre de 1978. Disponible en F. SÁINZ MORENO y M. HERRERO DE PADURA, *Constitución...*, op. cit., pp. 4414-4415.

⁴⁰ Cortes. *Diario de Sesiones del Senado*, 1978, núm. 59. Sesión Plenaria 23, celebrada el 26 de septiembre de 1978. *Ibid.*, p. 4581.

⁴¹ *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 170, de 28 de octubre de 1978. Disponible en F. SÁINZ MORENO y M. HERRERO DE PADURA, *Constitución...*, op. cit., p. 5049.

⁴² Destaca con luz propia, en el campo doctrinal, la monografía de A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999. Pueden consultarse, también, las contribuciones de M. Á. AGUDO ZAMORA [«La interpretación de los derechos y libertades constitucionales a través de los Tratados Internacionales: La técnica del artículo 10.2», en J. J. GONZÁLEZ RUS (coord.), *Estudios penales y jurídicos: homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, Universidad de Córdoba, 1996, pp. 33-42], y del autor de estas líneas [«¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94, 2012, pp. 355-377]. Completan esta bibliografía básica los comentarios al art. 10.2 firmados por A. QUEBRALT JIMÉNEZ [en C. MONTESINOS PADILLA, P. PÉREZ TREMPES y A. Sáiz Arnaiz (dirs.), *Comentario a la Constitución española: 40 aniversario 1978-2018. Libro Homenaje a Luis López Guerra*, T. I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 277-286], y A. SAIZ ARNAIZ [en M. RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER y M.^a E. CASAS BAAMONDE (dirs.), *Comentarios a la Constitución española, XL Aniversario*, Madrid, BOE, 2018, pp. 230-254].

se integraran en el Derecho (constitucional) español, el Tribunal Constitucional asume esta idea. Idea que también puede apoyarse, es de justicia decirlo, en la expresión «se interpretarán de conformidad», que pudiera ser entendida en un sentido vinculante.

Optar por esta lectura del art. 10.2 CE es, sin embargo, discutible. Lo es por varias razones que conviene, cuando menos, exponer brevemente.

En primer lugar, porque la interpretación que dé un Tribunal internacional a un derecho humano que tiene reflejo en nuestra Constitución, puede limitar el alcance de otro derecho constitucional. Una visión amplia de la libertad de expresión reconocida en el art. 10.1 CEDH puede suponer que el derecho constitucional al honor (art. 18.1 CE) tenga un alcance más limitado en la práctica.

En segundo lugar, porque puede existir divergencia en el tratamiento que dos tribunales europeos den a un mismo derecho humano que tenga reflejo constitucional, resultando entonces imposible que el Tribunal Constitucional asuma al tiempo dos lecturas diferentes de un mismo derecho humano.

Que existan divergencia entre los dos principales Tribunales europeos no es imposible. De hecho, nuestro Tribunal Constitucional constata que el Tribunal de Estrasburgo considera que «la presencia del acusado en el juicio es un derecho básico de este, pero no se infringe el art. 6 CEDH cuando el acusado, debidamente emplazado, decida libremente renunciar a su presencia en el juicio, y siempre que cuente durante el mismo con la asistencia de Abogado para la defensa de sus intereses»⁴³. El canon fijado por el Tribunal de Luxemburgo en esta materia es menos garantista, al excluir la lesión del derecho fundamental «aun si el interesado no ha comparecido en el juicio, cuando haya sido informado de la fecha y del lugar del juicio o haya sido defendido por un letrado al que haya conferido mandato a ese efecto»⁴⁴. Mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos excluye la lesión por el cumplimiento de dos condiciones suplementarias, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea le es suficiente con que se cumpla una de ellas. Cualquiera que sea la perspectiva que asuma el Tribunal Constitucional español (esto no interesa ahora) resulta evidente que no podrá asumir al tiempo ambas posiciones. Este problema se evidenciará cuando se someta a su consideración un amparo contra una orden europea de detención y entrega y solamente se haya cumplido uno de los dos requisitos arriba descritos (cosa que, afortunadamente, no ocurría en el caso *Melloni*).

En tercer lugar, y este es un argumento de especial interés, porque los derechos constitucionales presentan un trasfondo cultural que no

⁴³ STC 26/2014/4, de 13 de febrero.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni*, apartado 49.

debe ser ignorado. Por poner ejemplos bien conocidos, hay derechos fundamentales en otros países que no pueden ser trasladados a ninguno de los nuestros, como ocurre con la libertad individual en Francia, la dignidad en Alemania o la vida privada en Estados Unidos. E incluso cuando existen derechos fundamentales con la misma nomenclatura en dos países resulta posible que su régimen jurídico (su contenido y alcance) no sea idéntico⁴⁵. Es verdad que la globalización explica que haya un imparable y lógico proceso de convergencia en esta materia⁴⁶, pero no está ocasionando, y es lógico que así sea, un régimen jurídico unitario ni entre los derechos humanos y en los derechos constitucionales estatales, ni entre los reconocidos como tales por los distintos Estados.

Antes de examinar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, interesa analizar previamente la relación entre los derechos humanos, como los consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y los derechos constitucionales, los reconocidos en nuestra Constitución. Si nos centramos ahora en esta perspectiva de análisis, podremos concluir que la construcción de algunos derechos es diferente, que los estándares de un mismo derecho pueden ser distintos en Europa y España y que, y esto es lo más interesante, es posible que no sea posible extrapolar todo derecho humano al modelo constitucional español de derechos fundamentales.

Justifiquemos estas afirmaciones.

Hemos indicado que la construcción de algunos derechos es diferente en Europa y en España. En efecto, para nosotros resulta evidente que la negativa de un órgano judicial a investigar una denuncia de torturas vulnera, en su caso, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)⁴⁷. Sin embargo, como es sabido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la falta de investigación efectiva de torturas compromete el mismo derecho a no sufrir torturas, ya que existe una dimensión procesal en este y otros derechos humanos⁴⁸. Por seguir aún con esta compara-

⁴⁵ Por ejemplo, mientras que en Italia se acepta desde los años setenta que la inviolabilidad del domicilio protege a las personas jurídicas, lo que se refleja tempranamente en el Código Penal italiano (art. 614), en España no se ha regulado un específico delito referido a las personas jurídicas hasta 1985, y ello como consecuencia de la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional de que las personas jurídicas son también titulares de ese derecho fundamental (STC 137/1985, de 17 de octubre). Y aún hoy se puede percibir en nuestro país un distinto tratamiento del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas y jurídicas tanto en el ámbito constitucional (SSTC 69/1999/2, de 26 de abril, y 54/2015/5, de 16 de marzo) como en el penal (arts. 202 y 203 CP).

⁴⁶ Una buena prueba de este fenómeno se muestra en el trabajo de Graciela López de la Fuente sobre «De las reservas irlandesas a la CDFUE a la “revolución tranquila”: el proceso de modernización de Irlanda», en F. J. MATIA PORTILLA y G. LÓPEZ DE LA FUENTE (dirs.), *De la intimidad a la vida privada y familiar: un derecho en construcción*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 203 y ss., en el que se explica como la posición del Estado irlandés sobre la defensa de la vida y de la protección de la familia se ha transformado en los últimos dos lustros.

⁴⁷ *Vid.*, por ejemplo, la STC 153/2013, de 9 de septiembre.

⁴⁸ *Vid.*, en relación con el Reino de España, las SSTEDH *Martínez Sala y otros* (2004), *Iribarren Pinillos* (2009), *San Argimiro Isasa* (2010), *Beristain Ukar* (2011), *B.S.* (2012), *Otamen-*

ción, mientras que el Tribunal de Estrasburgo solamente admite enjuiciar la vulneración del principio de igualdad en relación con la lesión de otros derechos humanos sustantivos, en el plano constitucional español se contempla la vulneración autónoma del art. 14 CE.

Hemos señalado igualmente que los estándares de un mismo derecho pueden ser desiguales en Europa y España. Así, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que se puede ilegalizar un partido político si se acredita que mantiene una «estrategia para conseguir su proyecto político, contrario en su esencia, a los principios democráticos contenidos en la Constitución española»⁴⁹. Sin embargo, este enfoque de la democracia militante ha sido expresamente descartado por el Tribunal Constitucional español, que justifica la ilegalización de Batasuna y Herri Batasuna en su concreta actividad, y no en los fines últimos recogidos en sus programas o en su ideario⁵⁰.

Finalmente, hemos afirmado que es posible que no sea posible extrapolar todo derecho humano al modelo constitucional español de derechos fundamentales. Y es que hemos defendido que el art. 10.2 CE no puede interpretarse como una regla que obliga a los intérpretes de la Constitución, y destacadamente al Tribunal Constitucional, a hacer suya acriticamente cualquier decisión de un Tribunal internacional que atañe a un derecho humano que tenga reflejo en nuestra Constitución.

De hecho, criticamos en su día que el Tribunal Constitucional asumiera que la entrada de humos y olores desagradables en la morada de un particular compromete su derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio⁵¹. Entendíamos que esta decisión alteraba la naturaleza del derecho fundamental a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE y de la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE), que exigen el conocimiento de datos íntimos y el acceso (personal o a través de medios técnicos) de una persona en un domicilio constitucional ajeno. Ninguna de estas lesiones viene provocada por la entrada de olores o humos. Se afirmaba también en ese estudio que la respuesta del Tribunal de Estrasburgo era además razonable porque se enmarcaba en el derecho a la vida privada, que no tiene reflejo en nuestra Constitución. Queríamos subrayar, en ese trabajo, los límites del art. 10.2 CE, pero también el margen de decisión que tiene el Tribunal Constitucional en la materia.

Y nuestro Tribunal Constitucional ha dado una buena muestra de ese amplio margen de decisión del que dispone en algunas resoluciones relativamente recientes⁵², que se han resumido en el ATC 40/2017, de 28 de

di Eiguren (2012), *Etxebarria Caballero* (2014), *Ataún Rojo* (2014), *Arratibel Garciandia* (2015), *Beortegui Martínez* (2016) y *Potu Juanenea y Sarasola Yarzaba* (2018).

⁴⁹ STEDH *Herri Batasuna y Batasuna*, § 87.

⁵⁰ SSTC 48/2003/7, de 12 de marzo y 5/2004/17, de 16 de enero.

⁵¹ F. J. MATIA PORTILLA, «¿Hay un derecho...», *op. cit.*, pp. 355 y s.

⁵² SSTC 29/2017/5, de 27 de febrero; 236/2007, de 7 de noviembre; y 186/2013, de 4 de noviembre.

febrero⁵³. El Pleno del alto Tribunal opta, mayoritariamente⁵⁴, por una visión estricta de intimidad personal, que no se ve afectada porque se impida el derecho a la reagrupación familiar, se adopten medidas que provoquen la separación entre padres e hijos o que impidan su mutuo contacto, en contra de lo defendido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁵ y, en ocasiones, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵⁶.

Podemos concluir, entonces, que el art. 10.2 CE recoge, a nuestro parecer, una cláusula de apertura hermenéutica, sin que el Tribunal Constitucional esté vinculado ni por lo previsto en los tratados internacionales ni por la jurisprudencia de los tribunales que, en su caso, los interpretan y aplican⁵⁷.

La pregunta que hemos de plantearnos ahora es si esta afirmación es igualmente válida para los derechos fundamentales de la Unión. Trataremos de dar respuesta a este interrogante a continuación.

4.3. Los derechos fundamentales de la Unión constituyen pautas hermenéuticas para el Tribunal Constitucional, a la hora de delimitar el contenido y alcance de nuestros derechos constitucionales

¿Qué papel juega la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión en relación con nuestros derechos constitucionales? No cabe ninguna duda de que, a tales efectos, este catálogo internacional de derechos no es sino uno más de los previstos en el art. 10.2 CE, con los efectos que se derivan de tal condición y que ya hemos examinado en estas páginas.

Ya en la STC 292/2000/8, de 30 de noviembre, antes incluso de que la Carta fuera siquiera proclamada por las Instituciones de la Unión, el Tribunal Constitucional la tomó en consideración en el marco del art. 10.2 CE⁵⁸. Más adelante, en la relevante DTC 1/2004/7, de 13 de diciembre,

⁵³ Un detenido análisis de esta resolución se recoge en F. J. MATIA PORTILLA, «¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida», en F. J. MATIA PORTILLA y G. LÓPEZ DE LA FUENTE (dirs.), *De la intimidad...*, *op. cit.*, pp. 232 y ss. En ese trabajo se defiende que la intimidad familiar constitucionalmente garantizada sí que se ve afectada, a nuestro juicio, cuando se impide o dificulta el contacto entre padres e hijos.

⁵⁴ El Auto se acompaña de un voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhieren la magistrada doña Adela Asua Batarrita y el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

⁵⁵ *Vid.* SSTEDH *Udeh c. Suiza* (2013) y *Jeunesse c. Países Bajos* (2014).

⁵⁶ SSTJUE (Sala Segunda) *Adzo Domenyo Alokpa y otros c. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration* (2013) y (Gran Sala) *K.A., M.Z., M.J., N.N.N., O.I.O., R.I., B.A., y Belgische Staat* (2018), entre otras.

⁵⁷ Una buena síntesis de la posición del Tribunal Constitucional en esta materia se encuentra en la STC 236/2007/5, de 7 de noviembre.

⁵⁸ Se reitera la referencia a la Carta de Niza en las SSTC 53/2002/3, de 27 de febrero; 248/2005/2, de 10 de octubre; y 41/2006/3, de 13 de febrero. El Tribunal aludirá a la versión modificada de la Carta en las SSTC 176/2008/4-5, de 22 de diciembre; 133/2010/6, de 2 de diciembre; 37/2011/4, de 28 de marzo; 185/2012/9, de 17 de octubre; 198/2012/9, de 6 de noviembre;

consideró que conferir tal carácter interpretativo a la Carta «no causaría en nuestro ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950», apoyando esta afirmación en su jurisprudencia anterior sobre el art. 10.2 CE. Y conviene recordar también que el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, que autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, establece que «a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del art. 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales».

La idea de que en el parámetro hermenéutico previsto en el art. 10.2 CE entra la Carta supone afirmar también que esta no vincula al Tribunal Constitucional (porque no la aplica, lógicamente), pero que puede serle útil a la hora de interpretar los derechos constitucionales que debe proteger tanto en su vertiente normativa (control de constitucionalidad) como subjetiva (recurso de amparo). Por eso se afirma que la Carta no actúa para el Tribunal Constitucional como norma vinculante, sino que ofrece criterios hermenéuticos que puede tomar en consideración.

Sería absurdo negar la relevancia jurídica y política de la Carta. Y en ese contexto parece razonable que el Tribunal Constitucional haya declarado que «la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, y la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la interpreta, es, conforme a reiterada jurisprudencia de este tribunal, de inexcusable consideración tanto a efectos hermenéuticos (art. 10.2 CE) como cuando haya lugar a aplicar directamente el Derecho comunitario»⁵⁹.

Pero la cuestión nuclear es, ¿está vinculado en este caso el Tribunal Constitucional por los derechos de la Carta y la interpretación que de ellos haya hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea?

A mi juicio se impone una respuesta negativa por distintas razones, adelantadas en líneas anteriores, pero que debemos revisar ahora desde la perspectiva de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

La primera es que hay derechos de la Carta que no se encuentran en la Constitución española y no son, por tanto, ni parámetro de constitucionalidad ni objeto de protección a través del recurso de amparo. No entra, pues, en juego, el art. 10.2 CE. Así, por ejemplo, es legítimo pensar que el derecho al respeto de la vida privada y familiar, reconocido en el art. 7 CDFUE,

66/2015/3, de 13 de abril; 131/2016/6, de 18 de julio; 3/2018/4, de 22 de enero; 32/2019/6, de 28 de febrero; y 97/2020/5, de 21 de julio.

⁵⁹ STC 97/2020/5, de 21 de julio. *Vid.*, también, las SSTC 41/2013/2, de 14 de febrero; y 61/2013/5, de 14 de marzo. No resulta preciso insistir en nuestra discrepancia con el inciso «como cuando haya lugar a aplicar directamente el Derecho comunitario», aunque también hemos defendido que no resulta inadecuado que los tribunales constitucionales puedan valerse de la cuestión prejudicial de forma estratégica (en «Las relaciones entre los TTCC y el TJUE...», *op. cit.*, p. 175).

no coincide con el ámbito protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE. El Tribunal Constitucional se ha expresado en este sentido en diversas ocasiones: «El hecho de que nuestra Constitución no reconozca un derecho a la vida familiar en los mismos términos que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 8.1 CEDH “en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese *derecho a la vida familiar* derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional”»⁶⁰. Lo que ocurre es que esa protección constitucional se concreta en principios rectores de la política social y económica, y no en el derecho a la intimidad personal y familiar.

La segunda razón que avala nuestra tesis es que hay otros derechos fundamentales de la Unión Europea que, aunque también se recogen en nuestra Constitución, no gozan del amparo constitucional. Esto ocurre con el derecho a la propiedad reconocido en los arts. 17 CDFUE y 33.1 CE. Dado que no existe ningún motivo para limitar el canon hermenéutico ofrecido por el art. 10.2 CE al estricto marco del amparo constitucional, en este caso sí podría ser útil la Carta a la hora de delimitar el alcance del precepto constitucional. Pero, obviamente, no podrá ser invocado el art. 17 CDFUE (con éxito, claro) en el proceso de amparo constitucional.

Ya hemos indicado que el art. 10.2 CE no permite incorporar nuevos derechos fundamentales en España que no estén previstos en la Constitución. Conviene añadir ahora que tampoco puede alterar la naturaleza de los constitucionalmente declarados⁶¹. Quiere ello decir que si el Tribunal de Luxemburgo hiciera una lectura de un derecho fundamental de la Unión que desbordara manifiestamente el alcance de un derecho constitucional español el Tribunal Constitucional no debería tomarla en consideración. Defender lo contrario supone dudar del contenido material de nuestra Constitución. Acaso esto explique la reacción del Tribunal Constitucional italiano en el asunto *Taricco*, al que ya hemos hecho referencia. Esta sería la tercera razón que nos hace dudar de que el Tribunal Constitucional se encuentre vinculado por el Tribunal de Luxemburgo en relación con los preceptos de la Carta.

Concluimos esta argumentación con un cuarto argumento, que puede ser el más relevante de los expuestos. Parte de una premisa sencilla que suscita problemas complejos. La premisa es que la Carta es uno de los Tratados en materia de Derechos que el Tribunal Constitucional puede tomar en consideración en el marco del art. 10.2 CE, pero es claro que no es el único. El art. 2 de la citada LO 1/2008, de 30 de julio, señala que nuestros derechos constitucionales se interpretarán *también* de conformidad con

⁶⁰ ATC 40/2017/3, de 28 de febrero, que sigue la senda de la doctrina vertida en las SSTC 60/2010/8, de 7 de octubre; 186/2013/6, de 4 de noviembre; y 131/2016/6, de 18 de julio, que se retomará posteriormente en la STC 155/2019/10, de 28 de noviembre.

⁶¹ Tesis avanzada por el autor de estas líneas en «¿Hay un derecho...», *op. cit.*, p. 369.

lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales. Puede ocurrir, entonces, que el parámetro sobre un derecho similar no sea idéntico en la Carta y en otros documentos internacionales relevantes en la materia (como pueden ser el Convenio Europeo de Derechos Humanos, u otros textos específicos como son los referidos a los niños o a las personas con capacidad diversa, o nacidos de organizaciones centradas en el respeto de derechos específicos, como la OIT). Y es interesante hacer notar también que, al amparo del mismo art. 10.2 CE, el Tribunal Constitucional puede tomar en consideración otras normas de la Unión Europea que no tengan el rango de Tratados internacionales⁶².

¿En estos casos debería optar el Tribunal Constitucional por conferir un lugar más destacado a la Carta y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, descartando otros criterios hermenéuticos? ¿Debería, en particular, privilegiar la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre la del Tribunal de Estrasburgo?

Aunque esta posibilidad podría apoyarse en una defensa inteligente del principio de primacía, que lo dotara conceptualmente no solamente de aplicación preferente sino, también, de eficacia integradora mediante un principio de interpretación uniforme, no resulta convincente.

No lo es porque mientras que los derechos fundamentales de la Unión son amparables únicamente cuando se aplica el Derecho de la Unión, los derechos constitucionales y los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos deben ser respetados en cualquier actuación de los poderes públicos nacionales.

Acaso este entendimiento de la cuestión late en la DTC 1/2004/7, de 13 de diciembre, cuando el Tribunal declara, en relación con la incorporación de la Carta, que el valor interpretativo que tendría «no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del art. 10.2 CE) como el mismo art. II-112 [...] operan con un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo».

No podía sospechar el Tribunal en ese momento que, años más tarde, se encontraría con un supuesto concreto en el que, como ya hemos indicado, el estándar de protección de un derecho similar fuera distinto para las Cortes de Estrasburgo y Luxemburgo. Aludimos al asunto *Melloni*, en el que el Tribunal Constitucional se decantó por aplicar el estándar de protección más intenso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁶² *Vid.*, por ejemplo, SSTC 94/1998/4, de 4 de mayo; 144/1999/8, de 22 de julio; 202/1999/5, de 8 de noviembre; 70/2009/2, de 23 de marzo; y 29/2013/5, de 11 de febrero, en relación con la Directiva 95/46/CE; y STC 76/2019/3, de 22 de mayo, en relación con el Reglamento (UE) 2016/679.

A nuestro modesto entender, acertó el Tribunal en esta decisión porque nuestra adhesión a la Unión Europea no nos libera de las obligaciones asumidas en el marco del Consejo de Europa⁶³.

Se podrá objetar que un modelo con tres intérpretes auténticos (uno nacional, el Constitucional, y dos internacionales, como son los Tribunales de Luxemburgo y Estrasburgo) de normas que son materialmente muy parecidas, pero que presentan distinta naturaleza jurídica (Constitución, Derecho de la Unión y Convenio Europeo de Derechos Humanos) está condenado al fracaso. Es posible que así sea. Pero nuestro deber es apelar a que cada una de las instituciones en juego trate de privilegiar los derechos subjetivos que a cada una de ellas le corresponde proteger.

Creo que esa finalidad es la que han perseguido los Tribunales Constitucionales europeos a la hora de tomarse los derechos fundamentales en serio, como muestran los asuntos *Taricco* o *Melloni* o la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 2015, a los que ya se ha hecho referencia. Y piénsese que en el caso más peligroso para la uniformidad del Derecho de la Unión se ha inejecutado una orden europea de detención y entrega. No parece que esta decisión ponga seriamente en peligro el proceso europeo de integración.

Lo que me parece más discutible es que un tribunal nacional (constitucional o no) deba cuestionar la argumentación contenida en una resolución de un Tribunal internacional. Hacemos alusión a la reciente y sorprendente Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán recaída en el asunto *Weiss*⁶⁴, en el que declara su competencia para realizar un control sobre la actuación *ultra vires* de la Unión, ya que «si los Estados miembros se abstuvieran por completo de realizar cualquier tipo de revisión *ultra vires*, otorgarían a los órganos de la UE autoridad exclusiva sobre los Tratados incluso en los casos en que la UE adopte una interpretación jurídica que esencialmente equivaldría a una enmienda del tratado o una ampliación de sus competencias»⁶⁵.

Me gustaría finalizar esta disertación señalando que esta afirmación, y la decisión de juzgar la razonabilidad de una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁶, no guardan ninguna relación con la defensa de la competencia de los Tribunales Constitucionales que aquí se ha presentado. De hecho, esta resolución invita a realizar una re-

⁶³ *Vid.* F. J. MATIA PORTILLA, «Primacía del Derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 2016, pp. 479 y ss. (especialmente, pp. 509 y ss.).

⁶⁴ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020, asuntos 2 BvR 859/15; 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15 y 2 BvR 980/16 (ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505_2bvr085915), disponible en https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html.

⁶⁵ *Ibid.*, apartado 1.

⁶⁶ STJUE (Gran Sala) de 11 de diciembre de 2018, asunto C-493/19, *Weiss* y otros, que tiene su origen en una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional Federal alemán mediante Auto de 18 de julio de 2017.

flexión sobre los límites que los Tribunales Constitucionales tienen en su actuación⁶⁷, que también existen y deben ser glosados. Pero ese trabajo sería otro distinto al que ahora se nos ha solicitado, y que damos aquí por concluido.

⁶⁷ Entre otros, pueden consultarse los trabajos de Gino SCACCIA («Nazionalismo giudiziario e diritto dell'Unione europea: prime note alla sentenza del BVerfG sui programmi di acquisto di titoli del debito della BCE». DPCE online 2020/2), Władysław Józwicki («Ultra vires and constitutional identity control - apples and oranges or two drops of water?: Some remarks on the possible role of the New Mixed Chamber of the Court of Justice in the context of the 'sequential' model of adjudication on art. 4(2) TEU, VerfBlog, 2020/6/15», en <https://verfassungsblog.de/ultra-vires-and-constitutional-identity-control-apples-and-oranges-or-two-drops-of-water/>) y A. ENGEL, J. NOWAG y X. GROUSSOT («Is this completely M.A.D.? Three views on the ruling of the German FCC on 5 may 2020», *Nordic Journal of Europe Law* 2020/1, pp. 128 y ss. Como es sabido, con anterioridad otro Tribunal Constitucional, el checo, aplicó un estándar similar en su Sentencia de 31 de enero de 2012. En relación con esta puede consultarse F. VECCHIO, «Más allá de "Lissabon Urteil": la saga de las "jubilaciones eslovacas" y la aplicación del "ultra vires review" según el juez constitucional checo», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 18, 2012, pp. 395 y ss.