

NUEVA LITERATURA SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

JAVIER GARCÍA ROCA: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2019, 217 págs.

ANTONIO LÓPEZ CASTILLO (dir.): *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 1717 págs.

MANUEL ARAGÓN (coord.): *Recurso de amparo*, Madrid, Francis Lefebvre, 2019, 600 págs.

RICARDO CHUECA (dir.): *Las fronteras de los derechos fundamentales en la constitución normativa*, Madrid, CEPC, 2019, 480 págs.

Aunque no estamos ciertamente en una situación en la que nuestros constitucionalistas no cultiven la temática de los derechos fundamentales, es verdad que quedan todavía cuestiones por explorar o que requieren de un repaso que las reconsidere. Así hace poco me atrevía a plantear tres temas que merecían alguna atención. Proponía, primero, un entendimiento renovado de la dignidad de la persona como supuesto de los derechos fundamentales, que son en nuestra ordenación constitucional su proyección positiva, y que exhiben un rostro jónico, pues miran simultáneamente a la moral en cuanto a su contenido y al derecho en cuanto a su reconocimiento y protección. De lo que se trataba era de sugerir corregir, quizás, la visión ilustrada de la dignidad, construida exclusivamente como correspondencia de la persona racional, pero aislada, con sus facultades evidentes e inmutables, añadiendo las demandas del hombre en sociedad, pues nos hacemos personas solidariamente en el trato o a través de los demás. Hablemos entonces de un componente cordial y no meramente racional de la dignidad humana. Aludía, en segundo lugar, a algunas propuestas generales que se han hecho en la teoría de los derechos fundamentales en relación con la clasificación de los mismos. Así, considerándolos desde una perspectiva dinámica e ideológicamente orientada a la categoría del progreso, algunos apuntan al enriquecimiento inevitable de ellos, bien se asuma una óptica horizontal, extendiendo su titularidad hasta llegar a las minorías, religiosas, raciales, de género, orientación sexual, etc. O se contemple su enriquecimiento en perspectiva histórica, reparando en la ampliación evolutiva de su catálogo. De modo que habría derechos de primera generación, esto es, derechos civiles y políticos clásicos, como los derechos de propiedad, libertad de expresión, reunión o culto y derecho de voto; derechos de segunda generación o sociales, como empleo, educación o vivienda y salud; o derechos de tercera generación, así autodeterminación colectiva, acceso a los recursos naturales, disfrute del patrimonio, paz, agua limpia y medio ambiente.

Otros hablan, además, de derechos todavía emergentes, como los derechos de los niños y de los animales, y derechos a la identidad, además de un reaparecido derecho a la felicidad. Otro tercer problema podría referirse a la cuestión de la existencia de una pretendida gradación entre los derechos difícil de afirmar pues todos, como acabamos de decir, se corresponden con la misma base y, en cuanto elementos de un sistema, se refuerzan entre sí. Sin embargo, desde la teoría general podrían hacerse dos matizaciones: el derecho a la vida y la integridad física serían singularmente indispensables y las vulneraciones de los mismos especialmente odiosas; y los derechos sociales tendrían una especial proximidad con la dignidad, pues se puede ser persona sin participar políticamente, pero no es posible una vida digna sin un mínimo vital de subsistencia asegurado. Sin embargo, en el plano internacional la sustancial igualdad de los derechos cabe ser cuestionada, como vio el maestro Rubio, de modo que la limitación, suspensión y, sobre todo, las sanciones de su inobservancia permiten diferenciar entre unos derechos y otros. Así hay derechos que pueden ser suspendidos y limitados, aunque la suspensión sea temporal y la limitación deba ser justificada, mientras otros no lo son nunca. Y hay derechos cuya violación, sobre todo si tiene determinada dimensión o alcance, justifica la intervención o la responsabilidad internacional. En base a esos criterios, cabe concluir, podría decirse que no todos los derechos son iguales (Solozabal, 2020; Gómez Montoro, 2019).

Pero mi intención ahora sería referirme a otra problemática, comenzando por la de la protección jurisdiccional europea de los derechos fundamentales, con ocasión de la publicación de, principalmente, dos libros que abordan esta cuestión. El modo más sencillo de proceder sería el de detallar, con cierto detenimiento, el contenido de los mismos, pero quizás es imprescindible abordar con carácter previo algunos temas que resultan inevitables precisamente para entender el núcleo material de lo estudiado en estas obras. Lo primero que conviene señalar es que la cuestión de los derechos no solo presenta una dimensión subjetiva, en cuanto las declaraciones, bien hablemos del Convenio o de la Carta, que reconocen facultades o pretensiones individuales que quedan protegidos con mayor amplitud e intensidad de lo que ya lo están nacionalmente en sus respectivos Estados, sino que tienen una dimensión objetiva o política evidente. No puede ser de otra forma en cuanto todos los derechos son políticos: en la medida que necesitan de un ordenamiento que los reconozca y proteja, pero también en la medida que sirven de legitimación al mismo. Así la declaración de la Carta contribuye a fortalecer los lazos de pertenencia a la Unión de los ciudadanos, pues estos, al compartir unas creencias elementales en materia de derechos, intensifican su conciencia de miembros de la misma comunidad. Esto es básico para que las mayorías nacionales acepten el haber quedado en minoría en los órganos de la Unión.

Y se afirma sin demérito que la declaración de la Carta en el preámbulo constata al mismo tiempo que un propósito de avanzar hacia una Unión más estrecha, basada en valores comunes, mantener «el respeto de la diversidad de culturas y tradiciones de los pueblos de Europa, así como de la identidad nacional de los Estados miembros». La identidad europea no absorbe a las identidades nacionales (Ferrerres Comella, 2002).

En este significado político insiste también el profesor Cruz, que destaca, en relación con el valor de la Carta, que se trata de una declaración de derechos que compartimos los europeos no como nacionales de Estados diversos, sino como miembros de una misma comunidad política y partícipes de la misma ciudadanía. La Carta antes de su positivización en el art. 6 del Tratado de Lisboa tenía un significado jurídico determinado. Se trataba de una declaración proclamada, pero sin fuerza vinculante *per se*. A partir del Tratado de Lisboa disfruta del mismo valor que los tratados, esto es, se sitúa en la cúspide de la estructura constitucional de la Unión, lo que conlleva un alcance político que no puede obviarse. La tesis de Cruz es que el significado jurídico que atribuir a la positivización, además separada y no inmersa en un cuerpo normativo extenso y difuso, no es comparable a la operación de deducción de posiciones jurídicas a partir de principios generales del derecho (Cruz Villalón, 2017; Bustos Gisbert, 2009).

Obviamente la trascendencia política de las declaraciones europeas de las que estamos hablando se muestra también en el caso de las declaraciones nacionales, con las que aquellas concurren en el reconocimiento de los derechos, y tiene un alcance jurídico que es de gran importancia. Sucede que los derechos valen en primer lugar en razón de su referencia nacional, en cuanto derechos reconocidos y protegidos primeramente en el plano propio territorial; la misma base justifica también el margen de apreciación, que debe asumirse en el nivel de la regulación y la garantía jurisdiccional de los ordenamientos nacionales, y cuya operación no debe olvidar la jurisdicción europea. El diálogo entre tribunales —se trate de los europeos o de los tribunales constitucionales nacionales—, que es una obligación compartida a la búsqueda de una mejor protección común de los derechos de los ciudadanos, si se mira bien, refleja las diferentes sensibilidades nacionales, pues los tribunales constitucionales son la voz de las respectivas constituciones (Cartabia, 2009).

La pluralidad de jurisdicciones con la función de proteger los derechos fundamentales plantea obviamente la cuestión del procedimiento de garantía de los derechos, decidiendo sobre el orden y el valor de las actuaciones respectivas, que se determinan según el tipo de relaciones entre los tribunales. Pero antes es una exigencia reparar en la dimensión orgánica de tal pluralismo jurisdiccional.

El pluralismo constitucional europeo no puede ocultar una sustancial homogeneidad, lo que permite su reducción, hasta cierto punto, a través de la comunicación entre las diversas jurisdicciones. Existe efectivamente una atmósfera constitucional compartida que hace posible hablar de una comunidad de tribunales constitucionales (*der Europäische Verfassungsgerichtsverbund*). Se trata de lo que, con la profesora Ahumada, podemos llamar un horizonte de desconfianza en el que surgen los tribunales constitucionales tras la segunda guerra mundial —desconfianza respecto de las leyes, los tribunales e incluso el mismo pueblo, estableciéndose en algún caso como el alemán cláusulas constitucionales de intangibilidad—. Este trasfondo común no obsta la capacidad desestabilizadora de estos tribunales, especialmente del Tribunal de la Unión, una vez, sobre todo, que este ha de garantizar los derechos de la Carta, superando el estrecho campo de las libertades económicas y de defensa de la igualdad que limitaba su actuación anterior. En efecto, en primer lugar, la existencia de las jurisdicciones europeas altera la misma configuración de la jurisdicción constitucional; así interfiere en la relación de los tribunales constitucionales con los jueces ordinarios, que inaplican, sin el consentimiento del tribunal constitucional, las leyes nacionales contrarias al derecho europeo, convirtiendo a los jueces nacionales en jueces europeos. Asimismo, de otro lado, el sistema jurisdiccional común cuestiona la idea de la soberanía constitucional, al permitir que, por razones funcionales, el derecho europeo se imponga sobre el nacional, aunque se trate de la propia constitución. Nótese que en el Tribunal de Justicia confluyen dos dinámicas de control: control difuso del derecho estatal, al resolver las cuestiones prejudiciales; y el control concentrado del derecho europeo, al resolver sobre el respeto del orden constitucional europeo del derecho derivado (Ahumada, 2020).

Las tensiones dentro del sistema pluralista constitucional no obstan, con todo y afortunadamente, a las posibilidades del diálogo en su seno, que aparecen favorecidas a través de las cuestiones prejudiciales que hacen presentes ante el Tribunal de la Unión las sensibilidades nacionales, como ya quedó dicho, y que dependen del acercamiento entre los sistemas de justicia constitucional.

Tal acercamiento se facilita si los sistemas continentales de jurisdicción constitucional aceptan la corrección de los países del *common law*, prestando mayor atención en la interpretación al terreno o al caso, acabando con un exceso de silogismo en la fundamentación del fallo, según un proceso deductivo; y favoreciendo el lenguaje discursivo, pensando en que la jurisdicción constitucional, como cree Cartabia, deviene más una instancia de interpretación que de control de la validez del sistema normativo.

En el contraste entre las jurisdicciones constitucionales había reparado Michael Rosenfeld, que destacó dos rasgos apreciables en el sistema americano,

de manera que se evitara la politicidad en que a su juicio incurren las jurisdicciones continentales europeas cuando han de operar con los valores constitucionales, reconocidos necesariamente en fórmulas indeterminadas y abiertas. El caso es que en América parece disponerse de dos instrumentos que facilitarían una interpretación no tan politizada: se trata del carácter concreto de la jurisdicción, que en principio impide concebir al Tribunal Supremo como un legislador (bien que negativo) recurriendo al razonamiento inductivo más que al deductivo; y sobre todo, el uso del precedente como indudable obstáculo a la actuación libre del Tribunal Supremo. Ciertamente que el precedente puede superarse en función de las circunstancias, cuando en definitiva el Tribunal deba preferir la opción por la justicia (*fairness*) sobre la seguridad. Así ocurrió en los casos sobre la igualdad racial o sobre la homosexualidad (2004).

Por razones obvias, la protección jurisdiccional de los derechos a la que se presta una atención inevitable es la deducida de la Carta de Derechos Fundamentales, que es la culminación lógica de un interés desde siempre del Tribunal de Justicia por los derechos fundamentales, que comienza en la sentencia *Stauder* (1969). Los Estados han de observar la Carta en relación con la ejecución del derecho comunitario, o cuando se muevan en su ámbito de aplicación, por ejemplo excepcionando alguna de las cuatro libertades fundamentales garantizadas en el Tratado. La interpretación de los derechos fundamentales tiene lugar, según el art. 6 del Tratado de Lisboa, conforme a los artículos del título VII de la Carta y no por referencia a sistema alguno ajeno a dicho documento. Ni la primacía (asunto *Costa contra Enel*, 1964) ni la eficacia (asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, 1970) se podrían asegurar de otro modo si el parámetro no fuese el del mismo orden comunitario. Ello se muestra paladinamente en la sentencia *Hauer* (1979). Recurrir a un parámetro ajeno al de los ordenamientos nacionales atentaría a la unidad material y la eficacia del derecho comunitario, y se dice en esa sentencia, «quebraría la unidad del mercado común y pondría en cuestión la cohesión de la Comunidad». Por lo que se refiere al compromiso del Tratado con el Convenio, la adhesión no es automática (Carmona, 2016, 2019).

La cuestión capital es averiguar el criterio de la relación entre los tribunales, del que se sigue el sistema de protección jurisdiccional respectivo de los derechos fundamentales. Los derechos de las declaraciones nacionales, como los del Convenio, forman parte del derecho de la Unión como principios generales. En la sentencia *Handelsgesellschaft* se establece que el ordenamiento comunitario «no admitirá medidas incompatibles con los derechos fundamentales, garantizados por las constituciones de los Estados». Por lo que hace al Convenio, los derechos reconocidos en este operan como umbral mínimo, aunque son susceptibles de una mayor protección en la Carta (en cuanto a su contenido). La Carta no puede justificar una limitación del nivel de protección

conferido por el Convenio o las declaraciones nacionales de derechos; pero no hay que olvidar que el derecho comunitario protege las exigencias de mantener incólumes los principios de primacía, eficacia y unidad.

Lo que mostrarían los ejemplos concretos de la pugna en la garantía de los derechos por los diversos tribunales (bien ejemplificados en casos como el de *Melloni*, en donde el orden constitucional nacional reconoce en el supuesto concreto de la extradición más garantías que el ordenamiento europeo, al revés que en cuestiones de discriminación, como en el caso *Tanja Kreil*, donde los derechos fundamentales europeos tienden a irrumpir en los ordenamientos nacionales, mas allá de los límites de la incorporación, y aunque, como sucede en el caso alemán, tanto el Tribunal Constitucional como los jueces se hayan negado a aplicar la decisión del Tribunal europeo), es que la cuestión de las competencias de diversos tribunales necesitan un esfuerzo de clarificación. La concurrencia en la protección jurisdiccional de los derechos atribuirá un papel primordial a los tribunales nacionales, sin rebajar el nivel mínimo de los tribunales europeos, y abiertos a la incorporación de contenidos y argumentos procedentes de estas instancias¹. Según los observadores mas conspicuos, ha de controlarse el expansionismo del Convenio, la centralización abusiva del Tribunal de la Unión y el solipsismo de los tribunales nacionales.

De modo introductorio, Javier García Roca en su libro *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en relación con el Convenio y su interpretación por el Tribunal de Derechos Humanos se refiere a dos cuestiones a las que ya hemos aludido. Primero, el Convenio debe ser entendido en clave constitucional; y en segundo lugar, la existencia de diversos niveles de declaraciones de derechos ha de abocar a un diálogo entre tribunales.

A la lectura constitucional del Convenio, que trasciende su condición de tratado internacional, pues los derechos compartidos por los 47 Estados y ochocientos millones de habitantes son un elemento de integración indudable, ha de contribuir la introducción de las opiniones consultivas consecuencia del protocolo 16, que se asemejan a las cuestiones prejudiciales o cuestiones de inconstitucionalidad, y que además han de descargar al Tribunal de Estrasburgo de las demandas individuales. A juicio del autor, es menor la trascendencia de que las opiniones no tengan carácter vinculante, pues cada vez las sentencias dependerán más de su condición suasoria, esto es, de las razones de las fundamentaciones de sus fallos; y, desde esta óptica, la importancia de estas cuestiones, que se presentan como interpretaciones *on its face* u objetivas, será mayor que la de las sentencias que resuelvan demandas individuales.

¹ Imprescindible el inventario que hace Juan María Bilbao (2020) de la relación de las jurisprudencias constitucionales europea y española sobre derechos fundamentales.

De otro lado, el carácter pluralista del constitucionalismo de nuestro tiempo refuerza la necesidad de un diálogo entre los tribunales. «Estamos ante un escenario integrado por diversos ordenamientos jurídicos, entrelazados o interdependientes, donde los derechos de las personas tienen distintos niveles jurisdiccionales de garantía, y los tribunales deben cooperar en la solución de los conflictos, evitando las contradicciones». Sin duda, este diálogo entre los ordenamientos nacionales y el del Convenio dependerá del respeto del margen de apreciación nacional, pero también del relieve que se conceda, como ya se ha señalado, al recurso a la argumentación; en suma, la utilización de la razón del derecho.

En el capítulo segundo del libro se arroja luz sobre dos cuestiones capitales en la jurisprudencia del TEDH: la idea de las obligaciones positivas y la idea del principio del margen de apreciación nacional. La idea de las obligaciones positivas está relacionada con la pretensión de normatividad efectiva de los derechos declarados en el Convenio, que muchas veces, en lo que se refiere a la reparación de su vulneración, así como a su preservación, requieren de un compromiso efectivo del Estado, y ello con independencia del tipo de derechos de que estemos hablando. De este modo, singularmente, los derechos libertad quedan acercados a los derechos prestación, corrigiendo la teoría de los estatus de Jellinek. «Surgen así para los Estados miembros, una muy variada gama de *deberes de protección*, concebidos como obligaciones positivas de los Estados parte, que pueden incluir deberes de información, o de tutela penal, o la necesidad de esclarecer prontamente los hechos mediante investigaciones, o, por ejemplo, la necesidad de mantener una planificación para prevenir desastres y proteger el derecho a la vida ante catástrofes naturales».

El margen de apreciación nacional permite un espacio de suficiente amplitud a las legislaciones particulares, pero controlable por la instancia europea conforme al principio de proporcionalidad. «En definitiva, el margen de apreciación entraña tanto una cierta discrecionalidad de los Estados como una subsiguiente deferencia europea hacia una decisión interna tomada de manera razonable en un caso delicado». Pero el margen no es arbitrariedad, sino solo un cierto poder discrecional. El margen está indicado cuando no hay una base normativa común, quedando en la duda los casos en que el TEDH podría imponer una solución, por afectar al orden constitucional europeo, aunque no se compartiera mayoritariamente por los Estados. La apreciación del margen depende claramente de la naturaleza del derecho de que estamos hablando. Así, habría derechos más regulables que otros, y en los derechos absolutos el margen discrecional es muy escaso. Sin duda, la ampliación del margen nacional mantiene una acusada dependencia del contexto o «las circunstancias que circundan un supuesto de hecho». Y resulta notorio que esta técnica se resiste a la formulación de reglas abstractas y generales.

Aunque se insista en la referencia a la observancia del procedimiento democrático para aceptar el margen de apreciación nacional, es correcto pensar

con García Roca que los controles de constitucionalidad y convencionalidad de las leyes son técnicos y, por definición, contramayoritarios. Conviene tener en cuenta que la teoría del procedimiento razonable puede no advertir suficientemente esta faceta, resultando de este modo que no basta con la calidad de la ley y del procedimiento para excluir o limitar el control de convencionalidad, aunque sea un dato más a tener en cuenta a la hora de hacer una ponderación de los intereses en juego.

Aunque la norma puede ser que, en comparación con los ordenamientos nacionales, la protección europea suele ser de mínimos, hay supuestos en los que en la práctica el TEDH ofrece mayor protección que los sistemas nacionales (así vida privada o familiar). También es indudable que el Convenio supone una limitación a la soberanía de los Estados:

Muchas de las instituciones británicas —los castigos corporales en las escuelas y en los ejércitos, el control gubernamental de la ejecución de las penas judiciales, el registro civil de las propiedades, la exclusión del voto de los presos...— y de otros muchos países, así en España la acumulación de funciones instructoras y juzgadoras en un mismo órgano judicial, han debido reformarse en algunos Estados para armonizarse con los estándares europeos. Es difícil negar el serio impacto de las decisiones del TEDH cuando condiciona las decisiones políticas de los Estados soberanos que afectan a los derechos europeos y obliga a transformar sus regulaciones internas.

Dos cuestiones interesantes de las que se ocupa el libro que comentamos tienen que ver, respectivamente, con asuntos procesales o se refieren a los derechos sociales. Así se insiste en la antiformalidad del TEDH, especialmente en la cuestión de las medidas cautelares, no previstas en el Convenio; se señala la disimetría consecuencia de que en algunos ordenamientos no existan los amparos como último remedio; o se apunta que la circunstancia de que algunos derechos del Convenio no estén reconocidos como fundamentales en el ordenamiento español fuerza a un entendimiento del carácter subsidiario del recurso al TEDH que evite el amparo.

El cuarto capítulo está dedicado a la cuestión de los derechos sociales, que no fueron incorporados al Convenio, pero que han sido reconocidos por la jurisprudencia, viendo una dimensión de tal sentido de los derechos civiles, o ensanchando el sentido de la prohibición de discriminaciones, o deduciendo obligaciones asistenciales para dar efectividad a los derechos². Con todo, se

² Sobre la problemática de los derechos no nombrados, me llaman la atención dos trabajos. El primero en el ámbito del Convenio, bien sagaz, de Fernando Rey

reconoce que esta excesiva dependencia de la labor jurisprudencial debería conllevar una reforma del Convenio, a la que podría ayudar la inclusión de los derechos sociales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión.

Finalmente se resalta, por lo que hace a los efectos de las sentencias, la tarea declarativa o *cuasi legisladora* del Tribunal, estableciendo no la nulidad, sino la incompatibilidad de las legislaciones que incumplan el Convenio, o la pertinencia de las sentencias piloto, que se asemejan al llamado amparo estructural buscando remedio a infracciones abundantes y reiteradas del Convenio y solicitando reparación, incluso de carácter normativo, por parte de los Estados. En el último capítulo del libro se destaca que el propio Tribunal ha asumido alguna intervención en relación con el seguimiento del cumplimiento de las sentencias, a través de informes de ejecución, que deja de estar en mano exclusivamente del Comité de Ministros, completándose así la operación del principio de subsidiariedad.

El libro colectivo *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (diez años de jurisprudencia)* ofrece un detallado informe de la jurisprudencia del Tribunal Europeo desde sus comienzos y, desde luego, es una referencia doctrinal imprescindible. Merece, sin duda, especial consideración el estudio introductorio del director del volumen Antonio López Castillo.

La inevitabilidad de la constitucionalización de la Carta, a la que ya nos hemos referido, no reduce su relieve. En efecto, pocas dudas parecen existir sobre la necesidad, finalmente, de un reconocimiento de la importancia de la iusfundamentalización en el derecho de la Unión, desde los primeros tratados hasta el Tratado de Lisboa, que atribuye valor normativo constitucional a la Carta. Téngase en cuenta, como ya se ha dicho, que se partía de un bajo nivel, apenas la prohibición instrumental de la discriminación en el ámbito laboral entre hombre y mujer y su superación pretoriana, acogiendo los derechos del Convenio y reconociendo a las declaraciones nacionales constitucionales como principios generales de derecho. El caso es que desde el día 1 de diciembre de 2009, a través de la remisión que hace el art. 6.1 del Tratado, la Carta se convierte en parte integrante del derecho primario de la Unión.

La Carta, como no puede ser menos en razón del contexto, sea en el nivel constitucional o jurisprudencial internacional, precedente o contemporáneo, muestra rasgos inequívocos de novedad e incluso una cierta originalidad. Así, en relación con el reconocimiento de la dignidad se despliegan una serie de manifestaciones de la misma y se intenta iusfundamentalizarla, superando un cierto estatus de vaguedad, perceptible en su consideración como presupuesto

(2009). Para el ordenamiento español, es reveladora la contribución de Ascensión Elvira (2019).

antropológico filosófico de la condición subjetiva de los derechos fundamentales. La libertad de creencias, establecida sobre una base de igualdad, esbozaría un principio de neutralidad de la Unión en materia religiosa. Llama la atención el detalle con que se aseguran algunos derechos sociales, laborales y económicos, cuya constitucionalización implica una mayor consideración de su importancia, y que se consignent asimismo derechos políticos en términos europeos (trasladados en realidad del Tratado de Maastricht) o formulados abiertamente como derechos generales o derechos de las personas.

Con agudeza, López Castillo singulariza dos aspectos de la declaración. En primer lugar, la existencia de una cláusula general de limitación de los derechos, bastante bien articulada, que es preferible a la técnica de constancia de la limitación en cada caso: «Esa regla general establece la cuádruple exigencia de una reserva de ley, de respeto al contenido esencial, de observancia del principio de proporcionalidad y de concurrencia de objetivos de interés general y/o necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás». Además, en segundo lugar se hace referencia al juego del principio de orden público para impedir el ejercicio abusivo de los mismos, «como una especie de cláusula de indemnidad del sistema de valores del que esos derechos precipitados en la Carta serían expresión».

Quizás la parte más interesante del estudio introductorio, luego de señalarse la conveniencia de la confluencia cooperativa de las supremas jurisdicciones de tutela de los derechos fundamentales, sea el acierto en establecer los criterios de la división competencial entre los diferentes órdenes jurisdiccionales. Estos criterios se formulan después de un examen más bien crítico de lo que se considera una cierta tibieza doctrinal del TJUE sobre los derechos fundamentales.

Así se apunta a la reticencia o rezague del Tribunal de la Unión para desempeñar su faceta como suprema instancia en materia de tutela de los derechos fundamentales, interpretando estos a la luz del derecho derivado, más bien. La praxis jurisprudencial del Tribunal queda reflejada en algunos ejemplos significativos. Así se señala el caso en el que el Tribunal de la Unión resuelve una cuestión prejudicial acerca de la oposición de una norma de derecho interno belga que, al trasponer una directiva, establecía el cálculo de la prima de seguros de manera incompatible con el derecho de la Unión, incurriendo en discriminación. El Tribunal entiende que tal directiva es contraria a los arts. 21 y 23 de la Carta.

López Castillo cree que la colaboración de los tribunales se plantea de forma inadecuada en el caso *Melloni*, donde se impondrá la tesis de la prevalencia del derecho europeo sobre el derecho nacional español, que otorgaba una mayor protección a quien impetraba el amparo, alegando que no se le aseguraría un juicio frente a una sentencia dictada en ausencia; y en algún

supuesto alemán en sentido inverso, cuando el TC se niega a presentar la cuestión prejudicial por estar en riesgo la garantía de la dignidad de la persona que suministra la Constitución alemana.

En cambio, López Castillo pondría como ejemplo de colaboración entre una corte nacional y el Tribunal el caso *Taricco*, en el que el TJUE admite que se tenga en cuenta, en relación con un supuesto de prescripción, la regulación constitucional italiana, que considera la misma incluida en el principio de legalidad, cuya observancia en realidad competiría controlar al Tribunal Constitucional.

Pero como ya quedaba apuntado, quizás lo más interesante de este estudio introductorio sea el señalamiento de las pautas de distribución competencial sugeridas en el desempeño de la función jurisdiccional compartida, atribuyendo un rol sustancial constitucional a la Carta.

Según López Castillo, el TEDH debe replegarse, sin perjuicio de su intervención *ad casum* o en vía prejudicial, actuando como instancia subsidiaria y respetando el margen de apreciación nacional. El Tribunal de Justicia es el supremo garante de los derechos fundamentales en el ámbito de aplicación del derecho europeo y no ha de constreñirse a replicar los estándares sentados por otras jurisdicciones, pues su tarea no es la de sentar mínimos comunes denominadores. A esta instancia le toca fijar estándares mejores si fuera posible, en lugar de limitarse a la reiteración de las previsiones del derecho derivado. Los tribunales constitucionales, por su parte, están llamados al desarrollo potencial de sus respectivas constituciones, incorporando contenidos iusfundamentales de las jurisdicciones europeas con las que se comunicarán principalmente a través de las cuestiones prejudiciales y la aportación de su experiencia interpretativa. «No sabotearán la aplicación uniforme y simultánea del derecho de la Unión; pero tampoco harán mero seguidismo de otros supremos intérpretes, de manera que se alteren las bases del propio sistema de control de constitucionalidad o se produzca la merma de densidad normativa del soporte constitucional de su específica función jurisdiccional».

Al recurso de amparo, su configuración y problemática, especialmente tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 6 /2007, dedica Manuel Aragón su estudio introductorio en el volumen de la colección Memento Práctico, *Recurso de amparo*, que es un concienzudo análisis del proceso constitucional, a cargo de profesores y letrados del TC, y que acaba de ver la luz. El propósito de libro es ayudar a los profesionales del derecho que han de utilizar la vía del amparo a conocer las exigencias procesales y técnicas del recurso, así como prestarles auxilio, de cara sobre todo a fundamentar la «trascendencia objetiva» de la demanda de amparo, para servirse de la teoría general de los derechos fundamentales y la jurisprudencia sobre los mismos correspondiente al TC y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mas todavía si

se pretendiera que el TC cambie su propia doctrina. La justificación de la demanda con la mayor pericia posible es capital para conseguir, tras la reforma *objetiva* del amparo, la admisión y, no digamos, el otorgamiento del amparo.

Manuel Aragón se plantea tres cuestiones, principalmente, en el estudio introductorio. La primera se refiere a la configuración legal del amparo, que corre a cargo básicamente de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que es imprescindible dada la parquedad de la Constitución respecto del proceso, pero que, no conviene olvidarlo, continúa siendo una contribución limitada. En efecto, las referencias del constituyente respecto del amparo son mínimas, dirigidas a su institución y a una escueta especificación sobre la legitimación en el mismo para recurrir (arts. 53, 161 y 162 CE). El art. 53 CE parece deferir a este incluso la propia existencia del recurso, mientras la habilitación del art. 161 CE se constreñiría a establecer los supuestos en que procede la utilización de la vía, regulando el art. 162 CE en sus términos elementales la legitimación para su empleo.

La situación con todo no es de exacta libertad del legislador que en su actuación reguladora (y reformadora) del amparo no se encontraría, en ningún caso, liberado de su obligación de respetar la imagen constitucional del proceso. Esta imagen ha de reparar en los dos aspectos del recurso: vía de tutela o protección de los derechos y libertades de los ciudadanos ante ataques a los mismos de los poderes públicos; pero también atención a su dimensión objetiva, imponiendo con su interpretación su auténtico significado frente a todos.

El caso es que la Constitución ha reservado a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su art. 165 el procedimiento y las condiciones para el ejercicio de las acciones en relación con el recurso de amparo, lo que significa que la regulación completa del amparo corresponde a la LOTC. La configuración del proceso se lleva a efecto a través de una serie de decisiones adoptadas por la LOTC.

La primera sería el reconocer impugnaciones frente a todos los actos de todos los poderes públicos que pudiesen vulnerar los derechos amparables, lo cual, aunque no se previese expresamente en la Norma Fundamental, podría desprenderse fácilmente de ella. Conviene hacer notar que una interpretación amplia de los amparos judiciales ha permitido el control de actos de los particulares lesivos de los derechos fundamentales cuya denuncia judicial no hubiese sido aceptada. Señala el profesor Aragón:

Es claro en este caso que el origen inmediato de la violación está en el acto del particular, y solo mediatamente en la resolución del órgano judicial que no la ha reparado. Pero también lo es que la solución dada puede considerarse adecuada en orden a la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas y,

en todo caso, al no tutelarse la vulneración en vía judicial, cabría sostener que podría considerarse esa no tutela como una omisión, a la que se imputaría la violación.

La segunda decisión se refiere al carácter subsidiario del amparo salvo en el caso del amparo parlamentario, donde juega el principio de los *Interna corporis* que impide la inmisión judicial en la actividad parlamentaria. Es interesante la precisión de Aragón calificando a los amparos electorales, o la que tiene que ver con la impugnación de la decisión de la Mesa sobre la iniciativa legislativa popular, no de amparos diferentes sino, respectivamente, de amparos frente a actos de gobierno o de la Administración, o amparos parlamentarios. En la línea de entender la regulación legal del amparo según la doctrina constitucional se destaca que la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos ha de incluir, asimismo, su tutela cautelar. Otra previsión importante de la LOTC tiene lugar con la admisión de la impugnación, con ocasión de un amparo frente a un acto de aplicación de la ley, de la misma ley origen objetivo de la lesión del derecho. De este modo se establece un verdadero *recurso indirecto de amparo frente a leyes*, pues un amparo concreto contra la actuación de un poder público acaba en una declaración de inconstitucionalidad del Pleno del Tribunal Constitucional de la ley cuyo acto de aplicación se denunció. De modo que *no se trata de* un amparo interpuesto para obtener una declaración de inconstitucionalidad, sino de un amparo que, interpuesto con ocasión de la denuncia de un acto concreto referible a la ley, puede dar ocasión, a través de otro proceso, a un pronunciamiento de inconstitucionalidad por parte del Tribunal.

La segunda cuestión a que dirige su atención el estudio introductorio es la relación entre la dimensión subjetiva y objetiva del amparo, a propósito de la exigencia que se hace, tras la reforma del recurso, de justificar para la procedencia del mismo su trascendencia constitucional. Se trata de un aspecto capital de la reforma junto a la regulación del incidente de nulidad de actuaciones, y que acompaña otros empeños menores de la modificación de la LOTC como la desconcentración de la actuación del Tribunal Constitucional, potenciando la intervención de las secciones en la resolución de algunos amparos; la reforma del recurso indirecto frente a leyes (art. 55.2), o la ampliación del plazo para recurrir en los amparos judiciales.

El profesor Aragón no se detiene en objetar los argumentos de quienes podrían pensar que la reforma objetiva del amparo opaca la función del amparo de última garantía de los derechos fundamentales individuales, o de quienes cuestionan la sumariedad de regulación de los supuestos de trascendencia constitucional previstos en el art. 50 de la LOTC. A su juicio, la reforma, que se espera permita descargar al TC en parte de su tarea resolutoria

de amparos y atender con más desahogo las importantes funciones que le competen, en especial la depuración constitucional del ordenamiento, se apoya en dos importantes justificaciones. En primer lugar, los términos constitucionales «en su caso» y «en los casos y formas que la ley establezca», utilizados por los arts. 53.2 y 161.1.b, permiten la introducción del ingrediente objetivo, sin desmerecer la atención a la dimensión subjetiva. Además, en segundo lugar, la existencia ya de una amplia doctrina constitucional hace posible asegurar por parte de la jurisdicción ordinaria su «natural» tutela de los derechos fundamentales.

A juicio del profesor Aragón, tras la reforma del amparo, es perfecto el engarce entre la dimensión subjetiva y la objetiva del amparo, y ello tanto en la fase de admisión del recurso como en la de la sentencia. En la fase de admisión del recurso la lesión del derecho es elemento necesario, pero no suficiente. «De ahí que, aunque liminarmente pudiera apreciar el TC la posible vulneración del derecho que se alega en el amparo, si no hay especial trascendencia constitucional el recurso se inadmitirá». En el trámite de la sentencia si esta es estimatoria, el Tribunal repara la lesión y a la vez clarificará o modificará su doctrina. Si la sentencia es desestimatoria, no se desplegará el efecto objetivo que corresponde al amparo, no procediendo tampoco anulación alguna que acompañase a la apreciación de la vulneración de derecho pretendida. Estaríamos en realidad ante una sentencia de inadmisión más que desestimatoria propiamente, «por ausencia de los requisitos que, aunque aceptados en el momento de la admisión, ahora, en la sentencia, después del debate procesal, se considere que no concurrían».

La tercera cuestión de la que se ocupa el estudio introductorio se refiere a las relaciones entre el amparo y el recurso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, trasunto del pluralismo constitucional que ya hemos considerado. Antes de la reforma del recurso de amparo las relaciones estaban establecidas de modo claro: el amparo agotaba la vía útil antes del acceso al TEDH y el ordenamiento español reconocía los efectos de las sentencias europeas.

La situación puede entenderse que se complica tras la objetivación del amparo (más allá de la constatación de que la obturación de la vía española determinará el incremento de las demandas ante el TEDH). Según la sentencia del Tribunal Europeo en el asunto *Arribas Antón contra España* la superposición de recursos puede entenderse a la luz de la doble consideración de que, en primer lugar, la reforma objetiva del amparo es plenamente legítima, pues no pone en cuestión la protección jurisdiccional de los derechos ni se vulnera el principio de seguridad jurídica, al quedar bien establecidos por el propio TC el alcance y los supuestos del requisito de la «especial trascendencia constitucional».

Además, el recurso de amparo, más allá de si se admite o no en virtud de las exigencias de la objetividad, sigue considerándose un recurso útil de la

jurisdicción interna a efectos de acceder después al TEDH. De modo que quien cuente con utilizar eventualmente la opción europea para la tutela de sus derechos debe acudir al amparo, pues aunque no consiguiera la protección de este modo, incluso por inadmitirse su recurso si la demanda careciese de la obligada trascendencia, «ello no le imposibilita para acudir después ante el TEDH».

Pero este comentario bibliográfico no podría acabar sin referirnos al libro dirigido por Ricardo Chueca, *Las fronteras de los derechos fundamentales en la constitución normativa*, en el que, ante la imposibilidad de hacer justicia a sus contribuidores, hemos de centrarnos exclusivamente en la introducción de su autor. Si yo no lo entiendo mal, en el estudio lo que se propone es una reacción ante el panorama que presentan los derechos fundamentales en nuestra situación constitucional: hablamos de su expansión obediente a la tendencia a *fundamentalizar*; una intervención de diferentes sujetos en su institucionalización, desde el plano normativo o aplicativo; una pluralidad de jurisdicciones, sean nacionales o supranacionales, encargadas de su garantía al tiempo que de su configuración, y en fin, una cultura política envolvente que se corresponde con la forma política del Estado social y democrático de derecho. Ante esta panorámica, dinámica pero también inquietantemente indefinida o borrosa, Chueca demanda una labor de clarificación, que debe comenzar por la propia noción de derecho fundamental, liberándole así de su deformación, con síntomas, dice, de fatiga o sobrecarga de trabajo.

La noción de derecho fundamental procede del concepto de derecho público subjetivo, a su vez proveniente de la idea de facultad o poder del derecho privado. Entre la idea de derecho público subjetivo y el derecho fundamental hay diferencias, referentes unas a la titularidad y al objeto de ambos, y otras debidas, respectivamente, a su importancia, al tipo de actividad que cubren y, sobre todo, a la norma que los reconoce. Estamos hablando en el caso del derecho fundamental de poderes de autodeterminación vital, exigidos por la dignidad de la persona, sin concreción específica de su contenido, e impuestos por el constituyente; esto es, un elenco de facultades que tienen por objeto el reconocimiento de espacios de actuación libre y esencial de los ciudadanos. Cuestión importante: se trata de derechos constitucionales, pero en cuyo régimen corresponde una contribución imprescindible al legislador: la suerte del derecho depende en gran medida de él, aunque, dice el profesor Chueca, se le imponga.

La condición necesariamente dinámica de los derechos, tributarios del designio del constituyente, pero abiertos a las exigencias de la cultura de cada tiempo, lo que Chueca llama «cambios valorativos y hallazgos científicos», refuerza la contribución del legislador en la configuración normativa de los derechos a que acabamos de referirnos. Pues los derechos fundamentales son

una materia constituyente que está en sus manos. Se impone así, piensa Chueca, una recuperación de la capacidad protectora del legislador mayoritario. Si bien puede parecer que Chueca no es del todo consciente de ello, el tipo de derecho del que parte, al servicio de la autodeterminación esencial de la persona, es la libertad negativa, que aunque pueda requerir de la ley para su protección, consiste en unas facultades que a la postre solo le corresponde establecer a su portador individual.

La suerte de los derechos depende también obviamente de su tutela jurisdiccional, que por las razones que se expondrán ahora, tiene un significado algo incierto en razón de la pluralidad de instancias que la llevan a cabo. De modo que el rendimiento del diálogo judicial no siempre es positivo, según Chueca, sino más bien potencialmente desfigurador si los jueces invaden el terreno de la configuración del derecho, que es un terreno que debe corresponder al legislador democrático.

Los derechos, en el Estado de nuestro tiempo, no se explican sin una referencia a la idea de la dignidad de la persona, aunque esta base de los derechos tenga un carácter más bien dinámico. En cualquier caso, la base moral de la que hablamos no empece a la relación de los derechos con el Estado, cuyo ordenamiento los reconoce y protege. Los problemas surgen cuando el significado moral de los derechos rebasa su base y alcanza su contenido, que es lo que sucede con la idea objetiva de los derechos fundamentales, esto es, los derechos como valores normativos del ordenamiento. Ello conlleva una inmisión de los poderes públicos en su fijación, y especialmente el protagonismo de los jueces, que asumen no solo la tarea de la protección de los derechos, en el caso de que sean vulnerados, sino, como ha quedado dicho, no pocas veces su misma configuración o definición.

En efecto, del refuerzo de la dimensión objetiva valorativa pueden seguirse dos consecuencias: una positiva, la acción de los poderes públicos dirigida a la optimización del derecho fundamental, profundizando en los valores que el derecho instrumenta. Pero, dice Chueca, el sazonomiento valorativo del derecho abre también el paso a su manipulación, lo cual no resulta admisible. Y, de entre los modos posibles de hacerlo, son especialmente inquietantes los que lleva a cabo el juez mediante las técnicas de ponderación y, especialmente, el recurso a la proporcionalidad. Unas técnicas que pretenden cuantificar lo cualitativo: «Una contradicción que en el extremo, es insuperable». Hay, viene a ser la conclusión, que prevenirse inevitablemente, por tanto, frente al activismo judicial. Sin duda, debemos coincidir, la posición del juez es delicada, dependiente como se encuentra de la ley que lo vincula y de la razón del derecho que lo libera, y cuya autonomía queda reforzada por los beneficios que se derivan del diálogo entre tribunales.

Bibliografía

- Ahumada, M. (2020). La jurisdicción constitucional y las jurisdicciones europeas. En busca del equilibrio. En *XXV Jornadas de la Asociación de Letrados del TC, Cuatro Décadas de Jurisprudencia Constitucional: los Retos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bilbao, J. M. (2020). De la relación de las jurisprudencias constitucionales europea y española sobre derechos fundamentales en sus «Derechos sustantivos». En *XXV Jornadas de la Asociación de Letrados del TC, Cuatro Décadas de Jurisprudencia Constitucional: los Retos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bustos Gisbert, R. (2009). TJCE y TEDH: una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos. En J. García Roca y P. Antonio Fernández (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carmona, A. (2016). El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 107, 13-40. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.107.01>.
- Carmona, A. (2019). Los derechos fundamentales de la Unión Europea en la STC 26/2014: excesos e insuficiencias. En M. Aragón et al. (eds.). *La Constitución de los españoles. Estudios en homenaje a Juan José Solozabal*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cartabia, M. (2009). Europe and rights: Taking dialogue seriously. *European Constitutional Law Review*, 5, 5-31. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S1574019609000054>.
- Cruz Villalón, P. (2017). El valor de posición de la Carta de los Derechos Fundamentales en la Comunidad Constitucional Europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 85-101. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19146>.
- Elvira, A. (2019). ¿Lista cerrada de derechos fundamentales? En R. L. Chueca Rodríguez (dir.). *Las fronteras de los derechos fundamentales en la constitución normativa*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ferreres Comella, V. (2002). *Reflexiones a propósito de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer.
- Gómez Montoro, Á. J. (2019). La obsolescencia de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 115, 47-79. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.115.02>.
- Rey, F. (2009). ¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de su creación judicial. En J. García Roca y P. Antonio Fernández (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rosenfeld, M. (2004). Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts. *International Journal of Constitutional Law*, 2 (4), 633-688. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/icon/2.4.633>.
- Solozabal Echavarria, J. J. (2020). Siete cuestiones básicas sobre los derechos fundamentales. En *Derechos fundamentales y forma política*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Juan José Solozabal Echavarria
Universidad Autónoma de Madrid