

¿HACIA UN ORDEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL EUROPEO E INTERNACIONAL A TRAVÉS DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES?

Por la Académica de Número

Excma. Sra. D.^a María Emilia Casas Baamonde*

Diré, para empezar, que lamento abordar esta intervención en la coyuntura difícil que atraviesa nuestro Tribunal Constitucional, que no es seguro que sea una coyuntura, sino como ha dicho uno de sus mejores conocedores, un problema «sistémico», «por lo que no es justo ni acertado culpar al Tribunal de todo lo que hoy le ocurre. Sobra decir que un tribunal constitucional no existe en el vacío, de tal modo que pudiera seguir girando como un autómatas en el interior de un sistema que se encuentre como tal en situación crítica. Muy al contrario, el propio tribunal es sólo una pieza más dentro de nuestro sistema político-constitucional, por más que se le haya encomendado una función de ‘realce’ del propio sistema»².

1. METODOLOGÍA DEL ANÁLISIS; ALCANCE Y SIGNIFICADO

El uso de precedentes extranjeros en la interpretación de las Constituciones estatales por sus jurisdicciones propias (separadas de las ordinarias, del Poder Judicial según el modelo de control concentrado de constitucionalidad de

* Sesión del día 29 de noviembre de 2022.

² CRUZ VILLALÓN, P., «Pasado, presente y futuro del Tribunal Constitucional», en *La garantía jurisdiccional de la Constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España. XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2023, pp. 9-10 de su versión en PDF (de próxima publicación).

la ley de nuestra Constitución, que sigue a otras y a la Constitución de 1931), ha sido objeto de un debate que se ha intensificado en los últimos tiempos. La internacionalización de las jurisdicciones constitucionales y de sus decisiones es un hecho, favorecido en la actualidad, además de por una cultura jurídica común y, en concreto, por una cultura jurídica común de los derechos, que, cuando existe, es un factor poderoso de comunicación, por la precedencia en la elaboración de jurisprudencia por tribunales constitucionales consolidados y respetados, que han emanado decisiones de especial *autoritas*, por la expansión de los derechos fundamentales junto con las democracias constitucionales y los Estados de derecho, así como por la globalización de asuntos importantes y particularmente controvertidos de la litigiosidad constitucional actual. En el caso de las jurisdicciones constitucionales de los Estados de la Unión Europea no pueden desconocerse los efectos del proceso de integración europea en la progresiva confluencia de las interpretaciones de sus Constituciones, no sencilla, cuando, a partir de su Carta de los derechos fundamentales, el Tribunal de Justicia impone un estándar europeo, uniforme, de protección de los derechos fundamentales, en materias de competencia de la Unión, conjugable con la comunidad de los valores democráticos europeos, la identidad nacional y la diversidad constitucional y de tradiciones constitucionales de los Estados miembros.

La respuesta al interrogante con que he titulado este trabajo admite, como mínimo, dos diferentes enfoques, estrechamente relacionados entre sí, aunque cada uno de ellos responda a su propia lógica y arroje resultados distintos: cabe realizar un estudio comparado de las distintas jurisprudencias constitucionales sobre las mismos asuntos o sobre materias próximas, o al menos de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales del sistema europeo de control de constitucionalidad concentrado que por su configuración y atribuciones nos son más próximos (el pionero *Verfassungsgerichtshof* austriaco, el *Bundesverfassungsgericht* alemán, o la *Corte Costituzionale* italiana), o de otros tribunales muy reconocidos como la *Supreme Court of the United States*, a partir del entrecruzamiento expreso de sus decisiones y, sin necesidad de ello, de su comunidad argumentativa y resolutive, del que resultaría una jurisprudencia constitucional cosmopolita. La importancia de esa jurisprudencia común, en particular de la formada a partir de la influencia explícita de las jurisprudencias de los tribunales constitucionales, sería significativa para medir su contribución a la formación de ese orden jurídico constitucional internacional o europeo.

Como ha dicho, entre nosotros, P. Cruz, «el Derecho constitucional comparado es todo menos una entelequia»¹ y así lo ha probado en obras conocidas², guiadas por el objetivo de entroncar nuestra jurisdicción constitucional

¹ «Pasado, presente y futuro del Tribunal Constitucional», cit., p. 2.

² Que, por lo mismo, no precisan aquí de su cita expresa, aunque se traerán al caso cuando sea menester.

con la tradición constitucional europea sobre la institución de jurisdicciones constitucionales para controlar la constitucionalidad de las leyes y de otros actos de los poderes públicos que violen la Constitución, caso este último en que las jurisdicciones constitucionales comparten su función de garantía de los derechos fundamentales con los jueces comunes u ordinarios. Es la jurisdicción «de amparo» de algunos tribunales constitucionales (del *Verfassungsgerichtshof* austriaco, del *Bundesverfassungsgericht* alemán o del Tribunal Constitucional español, con sus singularidades propias) de protección de los derechos fundamentales de las personas a través de un proceso constitucional subsidiario, que sirve de garantía última de dichos derechos cuando en el ordenamiento propio han sido agotados todos los remedios de la justicia ordinaria.

Aun limitada la muestra material del análisis es evidente que esta primera metodología analítica necesita de investigaciones empíricas sobre las referencias cruzadas y la proyección de sus interpretaciones entre las jurisdicciones constitucionales, de dimensiones más que relevantes, inalcanzables en este ensayo.

El análisis puede dirigirse también a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional para comprobar su grado de apertura a los precedentes extranjeros; esto es, a la presencia expresa en sus decisiones de normas de Derecho comparado y, en particular, de resoluciones de tribunales constitucionales extranjeros que hayan servido a la formación o explicación adicional de su *ratio decidendi*, bien como elemento de legitimación o de persuasión de la motivación de sus decisiones, bien simplemente como referencia para aceptar la convergencia o señalar la divergencia resultante de su comparación. Desde este punto de vista analítico, podemos obtener conclusiones sobre la jurisprudencia constitucional comparada y su cuota de participación o contribución a la formación de la española, inserta así, además de en un orden constitucional europeo, en un orden constitucional internacional como importadora de Derecho extranjero. El índice recíproco de contribución exportadora de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional a la formación de ese orden constitucional común completaría el análisis, pero conduciría al método comparativo anterior que en este trabajo no puedo realizar.

La evidencia de la conclusión no puede ignorar, sin embargo, una realidad que es necesario explicitar: pese a no realizar ese análisis, este ensayo no puede dejar de pulsar la vocación internacional de nuestro Tribunal Constitucional en un «*Worldwide Rights Culture*» a través de sus propias declaraciones. El Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Koen Lenaerts, en su visita al Tribunal Constitucional de España los días 5 a 7 de mayo de 2022, pronunció una conferencia en la que aseguró la influencia de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, naturalmente sin medirla aunque teniendo en cuenta la comunidad lingüística latinoamericana, en nuestro continente y como «puente entre los Tribunales constitucionales europeos y los Tribunales

Constitucionales de Latinoamérica»³. También elogió la «actitud» de nuestro Tribunal Constitucional en el «importantísimo asunto Melloni», al que después me referiré, tanto al plantear la cuestión prejudicial, como al aplicar la STJUE *Melloni*, actitud con la que habría contribuido «de forma muy positiva al desarrollo jurisprudencial de la Carta»⁴. Lo cierto es que en los estudios sobre el uso comparado de precedentes jurisdiccionales extranjeros, la jurisprudencia constitucional española o no es estudiada u ocupa un lugar poco relevante.

Aquel primer enfoque, sin duda rico y esclarecedor, se enfrenta a la dificultad de seguirlo de manera plenamente consecuente ante la amplitud y dificultades del empeño. La oportunidad de poner el foco de atención en el uso de precedentes jurisprudenciales extranjeros por nuestro Tribunal Constitucional, propia del segundo enfoque, ofrecerá un resultado menos rico de jurisprudencia comparada material, pero permitirá conocer la dimensión de los precedentes extranjeros en nuestra jurisprudencia constitucional, su «universalismo»⁵ o cosmopolitismo, como elemento de su identidad institucional; al menos, en su dimensión explícita o visible de uso del derecho y de la jurisprudencia constitucional comparada para fundamentar o apoyar la motivación de sus resoluciones. Abordar la influencia o recepción silenciada o invisible de las jurisprudencias constitucionales extranjeras en la propia, muy elevada según cualquier opinión bien asentada en el conocimiento de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, trasciende la finalidad de este trabajo y nos devuelve asimismo al primer camino metodológico. Sin embargo, como ocurre con la proyección *ad extra* de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, algo será necesario decir sobre esas afinidades interpretativas invisibles, no reconocidas expresamente por el Tribunal, pero provenientes de la influencia indiscutible de la jurisprudencia de otras cortes constitucionales, para reconstruir el mapa del cosmopolitismo de nuestra jurisprudencia constitucional, que es también elemento de reconocimiento de su propia identidad.

He optado, pues, por el segundo enfoque, más modesto, pero en absoluto carente de importancia, completado con la exploración del propósito de nuestro Tribunal –¿existe y en qué medida?– de instalarse en el orden constitucional mundial. Reflexionaré sobre la apertura expresa de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional a la constitucional extranjera, que también precisa de un tratamiento empírico que sustente esas observaciones, observaciones que no se sustraerán a acercarse mínimamente a la influencia silenciosa de determinadas jurisdicciones constitucionales en la nuestra propia. Ha de tener-

³ *La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la UE: un diálogo entre el Tribunal de Justicia y los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros*, Madrid, 6 de mayo de 2022, p. 1.

⁴ *Op. cit.*, pp. 7-8.

⁵ JIMÉNEZ ALEMÁN, A. A., «Universalismo y particularismo en el Tribunal Constitucional: sobre su uso (y abuso) de los precedentes extranjeros», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, UNED, 2017, pp. 530-559.

se en cuenta que, como viene siendo destacado por la doctrina, el uso voluntario de los precedentes extranjeros es un fenómeno «tanto jurídico como político»⁶: expresa la visión de la Constitución por su intérprete supremo en el orden constitucional global, comunicado e interconectado, su inserción en el sistema mundial de derechos humanos, por esencia universales y evolutivos, y su entendimiento del valor del constitucionalismo cosmopolita. Dejando en el pasado, en consecuencia, el debate sobre la legitimidad del uso del derecho comparado «como técnica de interpretación constitucional, del que cada vez resulta más difícil huir», y que ya Haberle, a comienzos de este siglo, había situado como quinta técnica de interpretación a disposición de los jueces⁷.

La «comunicación transjudicial» constitucional es, para algunos investigadores, «un área de estudio preferente en el derecho constitucional» de este siglo. En 2007, la Asociación Internacional de Derecho Constitucional estableció un Grupo de Interés sobre «El uso de precedentes extranjeros por jueces constitucionales» para realizar una encuesta sobre el uso de esos precedentes por parte de los Tribunales Supremos y Constitucionales con la finalidad de decidir casos constitucionales⁸. Aunque no sea una fenómeno totalmente nuevo, el interés por ese tipo de análisis ha sido creciente, principalmente en los sistemas de *judicial review* del mundo anglófono, muy abiertos al uso de precedentes extranjeros⁹, no obstante la indiferencia o la hostilidad manifiesta de la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo norteamericano ante la cita directa en sus decisiones de precedentes extranjeros, con posiciones encendidamente contrarias de los propios jueces, de las instituciones políticas (congresistas y senadores en el examen de nominaciones), de la doctrina y de la opinión pública a lo largo del tiempo, aunque la polémica haya descendido en los últimos tiempos y, de otra parte, la cita de decisiones extranjeras no haya sido inhabitual incluso desde la etapa fundacional del Tribunal Supremo¹⁰.

⁶ JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, p. 544.

⁷ JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, p. 536. Citando a HABERLE, P. P., «Role and Impact of Constitutional Courts in a Comparative Perspective», en Pernice, I.; Kokott, J., y Saunders, C. (eds.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, Nomos, Baden-Baden, 2006, p. 66.

⁸ Groppi, T. y Ponthoreau, M.-C. (eds.), *The use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013. Contiene un capítulo inicial metodológico sobre la evaluación de la «realidad» de la comunicación transjudicial, a cargo de ambas editoras, seguido de informes nacionales sobre Australia, Canadá, India, Irlanda, Israel, Namibia, Sudáfrica, Austria, Alemania, Hungría, Japón, México, Rumania, Rusia, Taiwán, y EE. UU, con datos sobre el número real de decisiones en que las cortes constitucionales citaron jurisprudencia extranjera en comparación con el número total de decisiones, en opiniones mayoritarias y minoritarias, y su afectación a los derechos humanos o a cuestiones institucionales, aunque en periodos temporales no siempre coincidentes. Se cierra con un informe de síntesis, de Groppi y Ponthoreau, «The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges: A Limited Practice, An Uncertain Future», pp. 411 ss.

⁹ HALMAI, G., «The Use of Foreign Law in Constitutional Interpretation», Rosenfeld, M. y Sajó, A. (eds.), *The Oxford handbook of comparative constitutional law*, 2013, pp. 1328 ss.

¹⁰ GROPPi, T., «Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali», *Quaderni costituzionali*, núm. 1, 2011, p. 199.

Es frecuente que quienes abordan el estudio de esta cuestión relaten el famoso debate entre los jueces Stephen Breyer y Antonin Scalia, organizado por la American University Washington College of Law y la U. S. Association of Constitutional Law, el 13 de enero de 2005, en relación con la «*Constitutional Relevance of Foreign Court Decisions*»

Y las sentencias *Atkins v. Virginia* de 20 de junio de 2002, *Lawrence v. Texas* de 26 de junio de 2003, y *Roper v. Simons* de 1 de marzo de 2005¹¹. La sentencia *Atkins v. Virginia*¹² declaró, por 6 a 3 votos (Scalia, Thomas, y el presidente Rehnquist), que ejecutar a personas con discapacidad intelectual viola la prohibición de castigos crueles e inusuales de la Octava Enmienda de la Constitución –aplicable a los Estados a través de la Decimocuarta Enmienda–, interpretada conforme a la evolución de los «estándares de decencia que marcan el progreso de una sociedad en proceso de maduración» para determinar qué castigos son tan desproporcionados que resultan «crueles e inusuales», argumentando que esa práctica era condenada mayoritariamente por las leyes de los Estados y por las leyes extranjeras de la comunidad internacional. La sentencia *Lawrence v. Texas*¹³ entendió, también por 6 votos a 3 (siendo los mismos los jueces disidentes), que la tipificación penal por una Ley de Tejas de la participación de dos personas del mismo sexo en cierta conducta sexual íntima (sodomía) era contraria a la libertad e intimidad del demandante bajo la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución, en su dimensión sustantiva, y que era parte de una libertad amparada por las leyes de numerosos Estados, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y por los ordenamientos de los Estados miembros del Consejo de Europa, no siendo cuestión «insustancial» en «nuestra civilización occidental». Anulando *Bowers v. Hardwick*¹⁴, reiteró la *Supreme Court* que es «una promesa de la Constitución que existe un ámbito de libertad personal en el que el gobierno no puede entrar». La Sentencia *Roper v. Simons*¹⁵ declaró inconstitucional, por cinco votos a favor y cuatro en contra (Scalia, el presidente Rehnquist, Thomas y la jueza Sandra Day O'Connor) la imposición de la pena de muerte a menores de 18 años –en el momento de la comisión del delito– condenados por asesinato, revirtiendo la anterior sentencia *Stanford versus Kentucky* de 1989¹⁶, que había establecido la constitucionalidad de las sentencias que impusieran la pena capital a personas de edad igual o superior a 16 años, con el argumento de que se había producido «la evidencia de un consenso nacional», dado que la mayoría de los Estados rechazaban la pena de muerte para menores de edad.

¹¹ GROPPI, *ibid.*; JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, pp. 535-536.

¹² 536 U. S. 304 (2002): <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/536/304/>. Rectificando la sentencia *Penry v. Lynaugh*, 492 U. S. 302, 334.

¹³ 539 U. S. 558 (2003): <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/558/>

¹⁴ 478 U. S. 186 (1986): <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/478/186/>

¹⁵ 543 U. S. 551 (2005): <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/543/551/>

¹⁶ 492 U. S. 361 (1989): <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/361/>

La prohibición de «castigos crueles e inusuales», al igual que otros términos extensos de la Constitución, debe interpretarse de acuerdo con su texto, considerando la historia, la tradición y los precedentes, y con la debida consideración a su propósito y función en el diseño constitucional, además de con la evolución de los «estándares de decencia» de la sentencia *Atkins v. Virginia*, expresada en las disposiciones legislativas y en la práctica estatal.

Aquel debate entre los jueces Breyer y Scalia cuenta con transcripciones, grabaciones y videos en *youtube*. La opinión contraria a la utilización del derecho comparado del juez Scalia se basaba en la excepcionalidad del sistema norteamericano, en la necesaria interpretación «originalista» o «textualista» de la constitución, y en la incompatibilidad del recurso al derecho y a la jurisprudencia extranjera con la soberanía y la democracia, aunque la cita de precedentes extranjeros, como dije, no hubiera sido infrecuente durante los dos siglos del Tribunal, inaugurado por el legendario juez John Marshall en 1812, como los estudios de Calabresi y Dotson Zimdahl han probado¹⁷.

En los sistemas de *civil law*, en un marco plural de lenguas y de modelos de justicia constitucional, se ha incrementado también desde fechas relativamente recientes el interés por los estudios sobre el recurso por los tribunales constitucionales (o supremos) a la jurisprudencia constitucional extranjera, incluida la de los tribunales de *judicial review*. Esos estudios han demostrado la incidencia real de los elementos comparados en la formulación de los juicios de constitucionalidad y el alcance del diálogo entre tribunales constitucionales, próximos o alejados en su configuración institucional, a partir de la observación directa de sus jurisprudencias¹⁸.

El interés por estos estudios sobre las referencias cruzadas de las jurisprudencias constitucionales e influencia recíproca de las jurisdicciones de garantía de las constituciones, de uno y otro tipo de sistemas, es exponente de la globalización del Derecho constitucional a través de la circulación de la jurisprudencia constitucional.

La cuestión controvertida de la conveniencia o inconveniencia del recurso a precedentes extranjeros por la jurisprudencia constitucional no ha inspirado en ningún momento el debate extraacadémico ni académico en nuestro país, y ni siquiera en la investigación doctrinal, la incidencia del Derecho y de las jurisprudencias constitucionales extranjeras en nuestra jurisprudencia constitucional había tomado cuerpo específico hasta fechas recientes, aunque siempre hayan existido estudios, y de la máxima calidad, sobre la jurisprudencia de

¹⁷ *The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision*, 2005: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=700176> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.700176>. JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, pp. 535-536.

¹⁸ GROPPY y PONTTHOREAU, *The use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, *cit.*, pp. 2-3.

otras cortes constitucionales, incluida la paradoja de que sea difícil encontrar, en nuestra literatura especializada, una monografía sobre jurisprudencia constitucional que no cite decisiones constitucionales extranjeras.

Con los precedentes que el mismo señala, el punto de partida del interés de los estudiosos españoles de Derecho constitucional, y de otras disciplinas, por las referencias de nuestra jurisprudencia constitucional al Derecho y, especialmente, a las jurisprudencias comparadas puede situarse en el estudio empírico y teórico, ya citado, de Ángel Aday Jiménez Alemán, «Universalismo y particularismo en el Tribunal Constitucional: sobre su uso (y abuso) de los precedentes extranjeros», que mereció el V Premio «Teoría y realidad constitucional» para jóvenes constitucionalistas, 2017. Esos precedentes, sin perjuicio de otras aportaciones, han sido los estudios de María Soledad Santana Herrera, «El Derecho comparado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español»¹⁹, y de Pedro J. Tenorio Sánchez, «El Derecho comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional español»²⁰.

La premisa del trabajo de Jiménez Alemán, que demuestra a través de su análisis empírico, es que nuestro Tribunal Constitucional recurrió pronto, en la cuarta sentencia que pronunció, la sentencia 4/1981, de 2 de febrero²¹, a decisiones precedentes de los tribunales constitucionales, en aquel caso alemán e italiano –respondiendo a su invocación por el Comisionado de los senadores recurrentes y por la representación del Gobierno en apoyo de sus tesis– «y lo ha venido haciendo de una forma sostenida, aunque muy moderada», hasta la sentencia 8/2017, de 23 de febrero, dictada en recurso de amparo sobre el derecho a la presunción de inocencia, última sentencia que cita Derecho comparado que el autor examina²².

Es obligado advertir de que ese recurso expreso a precedentes extranjeros se adelantó, en nuestra jurisprudencia constitucional, a la cita de sentencias del TEDH, que hubo de esperar a la duodécima sentencia del Tribunal Constitucional, la sentencia 12/1981, de 10 de abril, en recurso de amparo sobre derechos de defensa (art. 24.1 CE) y derecho a un proceso equitativo (art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, CEDH), para ser utilizada como canon interpretativo de los preceptos sobre derechos fundamentales y libertades públicas de nuestra Constitución²³.

¹⁹ Revista de Derecho Constitucional Europeo, núm. 14, 2010, pp. 427-447.

²⁰ Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 108, 2016, pp. 275-305.

²¹ Parcialmente estimatoria del recurso de inconstitucionalidad frente a diversos preceptos de distintas leyes preconstitucionales.

²² JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, p. 531.

²³ En el voto particular sobre el primer motivo de la sentencia 5/1981, de 13 de febrero, de estimación parcial del recurso de inconstitucionalidad contra preceptos de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, de regulación del Estatuto de Centros Escolares, del magistrado F. Tomás y Valiente, con la adhesión de los magistrados A. Latorre Segura, M. Díez de Velasco y P. Fernández Viagas, se contuvo la primera referencia de las decisiones del Tribunal a las del TEDH.

Enseguida el uso de la jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales por nuestro Tribunal Constitucional se situaría en un plano menor, pasando el TEDH a ocupar la posición protagónica que ha tenido y mantiene en la actualidad y a ejercer sus sentencias una influencia decisiva en el desarrollo de nuestra jurisprudencia sobre derechos fundamentales. Tras nuestra incorporación a las Comunidades Europeas el Tribunal de Justicia abrió un nuevo camino a la dimensión supranacional de nuestra jurisprudencia constitucional, en auge progresivo a medida que se ha ido creando el espacio jurídico de la Unión Europea y ésta se ha dotado de una Carta de derechos fundamentales, aunque sin alcanzar la potencia del TEDH en la transmisión y difusión de las metodologías y contenidos interpretativos de los derechos humanos y libertades fundamentales del Convenio Europeo y en la exposición y difusión del valor del Derecho comparado (de los Estados miembros, de la Unión Europea, de decisiones del Tribunal de Justicia y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...)

Este trabajo prosigue el análisis de Jiménez Alemán hasta el 31 de diciembre de 2022. Los resultados alcanzados han seguido poniendo de manifiesto esa parquedad cuantitativa en la utilización expresa por nuestra jurisprudencia constitucional de los precedentes extranjeros, además de su uso no sistemático, ajeno a una discusión y visión institucional de conjunto, no obstante la incuestionable contribución de las jurisdicciones constitucionales a la internacionalización del derecho constitucional y, en concreto, de los derechos fundamentales. Su enfoque se inserta en el firme discurso de nuestro Tribunal Constitucional sobre su jurisprudencia evolutiva, en el marco de las normas internacionales y supranacionales de derechos y de las decisiones de sus órganos de garantía, en particular de jurisprudencia del TEDH (art. 10.2 CE); sobre su no tan firme posición acerca de su participación en la creación de un constitucionalismo europeo compartido por efecto de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y su interpretación por el Tribunal de Justicia, cuando la Carta resulta de aplicación (art. 10.2 CE; artículo 53 de la Carta); y, en fin, sobre su más que comedido cosmopolitismo, seguramente mayor como jurisdicción constitucional receptora que exportadora de jurisprudencia constitucional comparada. Es marcada la pertenencia de nuestra jurisprudencia constitucional a la tradición jurídica de los países de nuestro entrono, si se quiere, con mayor amplitud, a la cultura jurídica occidental, como marcada es la influencia, sobre todo implícita, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en la nuestra. En suma, el objetivo de este trabajo es proseguir la discusión sobre el papel actual de la justicia constitucional y su potencial desarrollo futuro en el seno del espacio jurídico europeo y del orden jurídico internacional.

Tras su evolución de más de cuatro décadas, ¿responde nuestra jurisprudencia constitucional, en el uso expreso de precedentes extranjeros, al título del informe conclusivo de la investigación de Groppi y Ponthoreau de 2013: *«A Limited Practice, An Uncertain Future»*?

2. LA ESPECIAL RELEVANCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN ORDEN CONSTITUCIONAL COMÚN; INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA Y CULTURA JURÍDICA

Los derechos fundamentales y sus garantías constituyen el denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos por las jurisdicciones constitucionales²⁴. Afortunadamente la cultura jurídica mundial de los derechos ha progresado, dando lugar a movimientos de defensa globales²⁵. Esos elementos comunes de interpretación constitucional sobre los derechos fundamentales, expresión de valores universales de defensa de la dignidad y autonomía personales, expresan una preocupación extendida por su reconocimiento y garantía y pretenden contribuir a fijar un estándar de común acatamiento –¿global?– acorde con los retos de las democracias constitucionales avanzadas en un mundo en continua transformación. Los problemas nuevos que surgen en la interpretación de las Constituciones sobre los derechos fundamentales, a raíz de las intervenciones del legislador o de los titulares de derechos presuntamente vulnerados, pueden resolverse con ayuda de los precedentes interpretativos de otras jurisdicciones constitucionales, también alegados, en ocasiones, por las partes de los procesos constitucionales. El esfuerzo de las jurisdicciones constitucionales por conocer la resolución por otras jurisdicciones de cuestiones comunes y esenciales para la convivencia democrática, como la efectividad de los derechos fundamentales ante la transformación de la realidad analógica en que se aprobaron sus Constituciones en digital y tecnológica, puede coadyuvar al ejercicio de su respectiva función jurisdiccional. En los problemas de adaptación de Constituciones vivas y abiertas al futuro, a la realidad de nuestro «tiempo constitucional», para facilitar las respuestas jurídicas exigidas por la propia Constitución nacional, que los tribunales constitucionales garantizan, los precedentes extranjeros juegan un papel que no siempre se reconoce.

2.1 La interpretación constitucional evolutiva, garantía de defensa de la Constitución

Nos recordaba solo hace unas sesiones Pablo Lucas Murillo de la Cueva la creación por el Tribunal Constitucional, en las sentencias 290/200 y 292/2000, de 30 de noviembre, del derecho fundamental a la protección de datos personales, precedido del derecho fundamental que el Tribunal denominó de «libertad informática» (SSTC 254/1993, de 20 de julio, 94/1998, de 4 de mayo, y 202/1999, de 8 de noviembre), en el inciso inicial del artículo 18.4

²⁴ ZAGREBELSKY, G., «Corti costituzionali e diritti fondamentali», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, pp. 297 ss.

²⁵ EPP, C. R., *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2013.

de la Constitución, que ordena a la ley limitar el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. La incorporación de ese instituto de garantía de esos otros derechos fundamentales permitió al Tribunal Constitucional afirmar que esa garantía era a un tiempo un derecho fundamental, con un contenido esencial, frente al legislador y los poderes públicos y frente a empresas y particulares.

La razón expresa de la creación de un nuevo derecho fundamental en una Constitución de lista tasada de derechos fundamentales fue que el derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 no aportaba por sí sólo «protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico», en la que, ante los riesgos de la informática, es preciso garantizar «los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal», y el «pleno ejercicio de los derechos de la persona». De ahí la «capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros [...] deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales» (SSTC 290/2000, FJ 7; 292/2000, FFJJ 4 y 6). Los mimbres conceptuales para esa construcción evolucionista no fueron los precedentes extranjeros, pese a que los 56 diputados del Grupo Parlamentario Popular y el Defensor del Pueblo recordasen, en sus recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la derogada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el derecho de autodeterminación informativa, en concreto su Sentencia de 15 de diciembre de 1983 sobre la Ley del Censo [Antecedentes, 4, STC 290/2000 y Antecedentes, 2.a), STC 292/2000], sino el debate constituyente y los instrumentos internacionales (de Nacionales Unidas) y las normas y sentencias europeas (del Consejo del Europa y del TEDH y de la Unión Europea) (STC 292/2000, FFJJ 4, 8 y 9), que acceden a la interpretación de nuestra Constitución por el mandato de su artículo 10.2, y que no son Derecho extranjero.

El Tribunal habría de seguir la actualización continua de esa interpretación evolutiva del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, para su adaptación a la realidad cambiante, concretamente al entorno de internet, a las hemerotecas digitales y a los motores de búsqueda de Google, al hilo de la resolución de demandas de amparo sobre nuevas vulneraciones del derecho en su dimensión de derecho de supresión de datos personales o «derecho al olvido» o «derecho al olvido digital». No dejaría de referirse al pre-

cedente del Tribunal Constitucional Federal alemán y, señaladamente, a la regulación del Derecho de la Unión Europea²⁶.

Dejando, por el momento, esta cuestión aquí y sin necesidad de detenerme en otras decisiones de nuestra jurisdicción constitucional que combinaron la interpretación evolutiva con el recurso al Derecho comparado y a precedentes judiciales extranjeros para seguirlos o para separarse de ellos²⁷, en la Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, el Tribunal Constitucional desestimó la inconstitucionalidad de la reforma legal de 2005 del Código Civil, que autorizó el matrimonio entre personas del mismo sexo. Los recurrentes, 71 diputados del Grupo Popular del Congreso, como el Abogado del Estado, hicieron uso profuso del Derecho y de la jurisprudencia comparada²⁸. El Tribunal Constitucional acogió, para enjuiciar la tacha de vulneración por el legislador de la garantía institucional del matrimonio del artículo 32 CE, siguiendo en ello las alegaciones del Abogado del Estado sobre la interpretación constitucional evolutiva²⁹, la idea de la Constitución como un «árbol vivo» de la sentencia *Privy Council, Henrietta Edwards v. Canada (Attorney General)*, de 18 de octubre de 1929³⁰, que reconoció la elegibilidad de las mujeres en cuanto «personas» para formar parte del senado federal de Canadá, retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004, que declaró la constitucionalidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo³¹; una cuestión constitucional ésta «global», sobre la que, posteriormente a las sentencias canadiense y española, se han pronunciado numerosas legislaciones y jurisdicciones constitucionales y el TEDH, no obstante la persistencia de soluciones diferentes en los ordenamientos estatales, incluidos los de los Estados de la Unión Europea, y la consiguiente inexistencia de un consenso europeo, no digamos global.

²⁶ SSTC 58/2018, 89/2022 y 105/2022.

²⁷ SSTC 10/2002, 39/2002, 237/2005, 12/1008, 13/2009, 40/2011,...

²⁸ Los diputados recurrentes señalaron que, en la fecha de interposición de su recurso, el 30 de septiembre de 2005, sólo reconocían el matrimonio homosexual Países Bajos, desde 2001, y Bélgica, desde 2003, en el Derecho comparado europeo, y algunos territorios de Canadá (Ontario y la Columbia Británica) y algunos Estados de Estados Unidos de América (Hawái, Alaska, Vermont y Massachussets) por vía jurisprudencial. Además, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 17 de julio de 2002 había declarado constitucional la ley sobre el registro de las parejas de hecho de personas homosexuales, opción del legislador por una vía no matrimonial que era compatible con nuestra Constitución [Antecedentes, 1.b)]. También recurrieron al Derecho comparado los autos de planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad por magistradas y magistrados encargados de los registros civiles, inadmitidas a trámite por el Tribunal por incumplimiento de requisitos procesales al no actuar los jueces promovientes como órganos judiciales: ATC 505/2005, de 13 de diciembre, Antecedentes, 3, por todos.

²⁹ Con cita, en el ámbito de la jurisprudencia comparada, de las Sentencias del Tribunal Supremo de Hawái *Baebr v. Lewin*, de 5 de mayo de 1993 [852 P.2d 44 (1993)], del Tribunal Supremo de Massachussets, *Goodridge v. Dept. of Public Health*, de 18 de noviembre de 2003 [798 N. E. 2d. 941 (2003)], y del Tribunal Supremo de Canadá, de 9 de diciembre de 2004, a la que me referiré en el texto. Y, en el del Derecho comparado, con referencia a las legislaciones de los países del norte de Europa, Países Bajos, Bélgica, Alemania, Gran Bretaña y Canadá (Antecedentes, 5).

³⁰ O «caso de las personas»: CanLII 438 (UK JCPC), «<https://canlii.ca/t/gbvs4>», retrieved on 2023-08-12.

³¹ Reference re Same-Sex Marriage, 2004 SCC 79 (CanLII), [2004] 3 SCR 698, «<https://canlii.ca/t/1jdhv>», retrieved on 2023-08-12.

El TEDH, interpretando el artículo 12 del CEDH («A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las Leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho»), consideró que la cuestión estaba comprendida en el ámbito de competencia de los Estados para regular mediante ley el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, sin imponerles la obligación de reconocer el matrimonio homosexual y sin vulnerar esa falta de reconocimiento los derechos a la vida privada y no discriminación por sexo de las personas homosexuales (arts. 8 y 14 CEDH), que sin poder contraer matrimonio pueden acogerse a otros tipos de unión civil (SS-TEDH *Schalk y Kopf c. Austria*, de 24 de junio de 2010, apdos. 61-64; *Gas y Dubois c. Francia*, de 5 de marzo de 2012, apdo. 66; *Hämäläinen c. Finlandia*, Gran Sala, de 16 de julio de 2014, apdo. 96; *Oliari y otros c. Italia*, de 21 de julio de 2015, apdos. 192-194; *Chapin y Charpentier c. Francia*, de 9 de junio de 2016, apdos. 36-40)³².

Con un texto diferente en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, su artículo 9, que ya prescindió deliberadamente de la referencia al hombre y la mujer y posee, por ello, un ámbito de aplicación más amplio que otros instrumentos de derechos, remite los términos de los derechos a contraer matrimonio y a formar una familia a «las leyes nacionales que regulen su ejercicio». La STJUE, Gran Sala, de 5 de junio de 2018, *Coman y otros*, C-673/16³³, sin pronunciarse sobre el citado precepto de la Carta sobre el que preguntaba la Corte Constitucional de Rumanía en su cuestión prejudicial, aunque sí sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 7 de la Carta y el derecho de libre circulación de los ciudadanos de la Unión por el territorio de los Estados del artículo 21.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), respondió que siendo las normas sobre el matrimonio competencia de los Estados, que el Derecho de la Unión no restringe, los Estados disponen de la libertad de admitir o no el matrimonio entre personas del mismo sexo (apdo. 37).

La doctrina canadiense de la Constitución como un árbol vivo, capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales, pide su interpretación «amplia y liberal», progresiva, para su adaptación a los nuevos tiempos, y rechaza reducir las disposiciones constitucionales mediante una interpretación estrecha y técnica, soportada en el razonamiento sobre «conceptos congelados», por contraria a uno de los principios más fundamentales del Derecho canadiense³⁴. Según datos de Jiménez Alemán, la Corte Suprema de Canadá (el 39,7% de sus sentencias citan precedentes extranjeros), después del Tribunal Constitucional Sudafricano (el 52%), «vienen siendo reconocidos por la literatura como los

³² Demandas núms. 30141/04, 25951/07, 37359/09, 18766/11 y 36030/11, y 40183/07.

³³ ECLI: EU: C:2018:385.

³⁴ Sentencia del *Privy Council* de 1929, [1930] 1 D. L. R., 106-107, con amplias citas doctrinales; Sentencia de la Corte Suprema de Canadá de 2004, Question 1.

campeones del «libre-cambio» doctrinal de la jurisdicción constitucional [...]. Y Canadá ha sido estudiada como «superpoder» constitucional³⁵. Por su parte, excepcionalmente, la Constitución de la República de Sudáfrica, 1996, ordena, en su artículo 39.1.a., b. y c., que la interpretación de la declaración de derechos, además de «promover los valores esenciales de una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y la libertad», debe considerar el Derecho internacional y puede considerar el Derecho extranjero («*may consider foreign law*»). También excepcionalmente la Constitución de Malawi, 1994, establece, como criterios de su interpretación, promover los valores que subyacen a una sociedad abierta y democrática, tener plenamente en cuenta las disposiciones de sus capítulos III y IV sobre «principios fundamentales» y «derechos humanos», respectivamente, y, «cuando proceda, [...] las normas vigentes de derecho internacional público y la jurisprudencia extranjera comparable» (art. 11.2). Según datos de Groppi y Ponthoreau, la Corte Suprema de Sudáfrica –con la Corte Suprema de Estados Unidos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, obviamente, no es un tribunal «extranjero» para los Estados miembros del CEDH, y, conforme se deduce de los informes nacionales, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania– era, en 2013, la corte constitucional extranjera más influyente en el mundo³⁶.

La idea de una Constitución viva, y de su interpretación evolutiva frente a la «originalista», está arraigada en la generalidad de las jurisdicciones constitucionales y en las cortes internacionales³⁷, especialmente en el caso de Constituciones rígidas no reformadas o escasamente reformadas durante décadas³⁸. Su presupuesto es la vitalidad no reformada de las Constituciones, siendo la novedad de éstas el momento y la causa de la aplicación del «originalismo», que, sin embargo, no impide la búsqueda por sus jueces de la jurisprudencia de jurisdicciones consolidadas para atender los problemas que han de resolver y ayudarse del mejor modo de «hacer» la jurisprudencia constitucional. Apenas hace falta recordar que tal método interpretativo evolutivo –que acompaña a la dimensión evolutiva de las cortes constitucionales, incluso de las vitalicias– no puede sustituir al sistema de democracia representativa –disfrazado de activismo judicial sería, sencillamente, antidemocrático–, sino meramente comple-

³⁵ JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, p. 537. No es seguro que esos datos sean a 14 de abril de 2017, fecha de cierre de su trabajo (p. 531, n. 3), pues en su apoyo cita a Groppi T. y Ponthoreau, M. C (eds.), *The use of Foreign Precedents by Constitutional Judge*, edición de 2013, pp. 412-413.

³⁶ *Op. cit.*, p. 430. Ha de tenerse en cuenta que algunos de los informes nacionales cierran sus análisis de la cita de precedentes extranjeros en 2010. La Corte Suprema de Sudáfrica no ha tenido ninguna influencia en la jurisprudencia constitucional española, que solo en tres ocasiones se ha referido a la legislación de la República de Sudáfrica sobre inmunidad de ejecución de Estados extranjeros y matrimonio entre personas del mismo sexo.

³⁷ SSTEDH *E. B. v. Francia* [GC], núm. 43546/02, apdo. 92, TEDH 2008; *Christine Goodwin v. el Reino Unido* [GC], núm. 28957/95, apdos. 74-75, TEDH 2002-VI.

³⁸ Sobre la más amplia evolución o «La dimensión evolutiva de la jurisdicción constitucional en Europa», CRUZ VILLALÓN, P., en Martín y Pérez de Nanclares, J. y Von Bogdandy, A. (coords.), *La justicia constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 49 ss.

mentarlo. Tiene que ser empleado con prudencia en el marco del pluralismo político, allí donde la Constitución lo permite, no donde la Constitución impone mandatos literalmente inequívocos, recurre a normas cerradas, o utiliza conceptos de significado indubitado, cuyo desconocimiento arriesgaría el carácter normativo de la Constitución. La desactualización constitucional requiere, en tales casos, de la actuación del poder de reforma constitucional.

Con claridad dijo la STC 198/2012 que el Tribunal Constitucional había de hacer, para resolver el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 13/2005, lo que ya venía haciendo en multitud de decisiones anteriores: seguir esa interpretación evolutiva de la Constitución, de particular aplicación a las garantías institucionales y a los derechos fundamentales, en particular de la mano de la acción política del legislador en el marco del pluralismo democrático, que no se limita a ejecutar la Constitución, y de su control por el propio Tribunal, acomodando el texto constitucional «a las realidades de la vida moderna», a las exigencias de «los problemas contemporáneos, y [...] de la sociedad actual», para darles respuesta y asegurar la «propia relevancia y legitimidad» de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico «a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta»³⁹.

2.2 La inserción de la Constitución en la cultura constitucional occidental; el cosmopolitismo constitucional al servicio de los derechos

De mayores consecuencias, aunque resultado del método evolutivo de interpretación constitucional, «evocado» ya –apenas, realmente– en la propia jurisprudencia constitucional según la sentencia, fue su llamamiento expreso a integrar la interpretación de la Constitución con «la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla». La Constitución viva se enraíza en la cultura jurídica, que nutren no solo los textos jurídicos, sino también «la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, *el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo* y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de

³⁹ Es de tener en cuenta, sin embargo, que la aceptación o el rechazo de la interpretación evolutiva ha merecido, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, tratamientos indebidos y votos particulares por su aplicación a otras partes de la Constitución, distintas de los derechos fundamentales y las garantías institucionales, y por la atribución de fuerza evolutiva a hechos discutidos y discutibles (en la interpretación de la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en que en el ordenamiento constitucional austriaco rige el «principio de petrificación», según el voto particular de la magistrada Asúa y del magistrado Valdés a la STC 53/2016, de 17 de marzo, y por su no aplicación al Derecho privado y al título competencial autonómico sobre los derechos civiles forales o especiales (voto particular del magistrado Xiol Ríos a la STC 133/2017, de 16 de noviembre, entre otros ejemplos).

los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaborados por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición»⁴⁰. Tan importante fue la integración de la cultura jurídica en el parámetro de enjuiciamiento constitucional que se llevó por la sentencia a su razón de decidir: la Ley 13/2005, que reconoció el matrimonio homosexual en uso de la amplia libertad del legislador de configuración de la institución matrimonial en el marco del artículo 32 CE –que reconoce el derecho fundamental del hombre y la mujer a contraer matrimonio en plena igualdad y la garantía institucional del matrimonio–, «desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea» (FJ 9). Previamente, en el propio FJ 9, la sentencia daba cuenta de la amplia aceptación por la sociedad española del matrimonio entre personas del mismo sexo, según datos del Centro de Investigaciones Sociológicas obtenidos entre noviembre y diciembre de 2010 mediante consultas a jóvenes de entre 14 y 29 años, que, comparados con los proporcionados por la Comisión Europea en el Eurobarómetro 2006 (núm. 66), nos situaban con los países nórdicos y alejados de los países del sur y del este de la Unión. También recurrió la sentencia a la doctrina especializada, lo que no es usual en la jurisprudencia del Tribunal, para destacar la inexistencia de una posición unánime, aunque sí la existencia de «una tendencia creciente» a admitir, en nuestra cultura jurídica, la integración del matrimonio homosexual en la institución matrimonial.

La sentencia hace un recorrido por el Derecho comparado de países pertenecientes a la cultura jurídica occidental, incluyendo jurisprudencia de sus cortes supremas y constitucionales, para poner de manifiesto, en el plano de la interpretación, adaptada a su tiempo constitucional, del artículo 32 CE y de la libertad del legislador democrático, el surgimiento, en su evolución, de una nueva «imagen» extendida del matrimonio y de su «concepción plural» (FJ 9), compatible con el mantenimiento de los caracteres que hacen reconocible la «imagen maestra» de la institución matrimonial, resultante aquélla nueva del reconocimiento legal o jurisprudencial del matrimonio entre personas de igual sexo en varios ordenamientos jurídicos integrados en la cultura jurídica occidental, aunque no unánimemente aceptado. Esto es, resultante del Derecho comparado occidental. En los siete años largos transcurridos desde la interposición del recurso contra la Ley 13/2005 hasta noviembre de 2012, en que el

⁴⁰ Los votos particulares de la sentencia dirigieron sus discrepancias a los conceptos de interpretación evolutiva y de cultura jurídica. Según el voto particular del magistrado M. Aragón Reyes, solo discrepante de la fundamentación y no del fallo de la sentencia, el significado y uso dado por ésta a la interpretación evolutiva, confundiendo este método con la interpretación actual del núcleo esencial de la garantía institucional del matrimonio del artículo 32.1 CE, podía «generar muy graves riesgos para el mismo concepto de Constitución que sirve de base a nuestro ordenamiento y a la propia existencia del Tribunal Constitucional» (2).

Tribunal lo resolvió, en quince Estados de cultura jurídica occidental el legislador o los tribunales habían reconocido el matrimonio homosexual⁴¹, tramitándose proyectos legislativos en otros dos a este mismo fin⁴², lo que permitió al Tribunal significar un cierto proceso de consolidación de la equiparación del matrimonio entre personas de distinto sexo y entre personas del mismo sexo. Otros Estados habían optado por regular uniones civiles de personas del mismo sexo, alternativamente al matrimonio, asemejándolas en sus efectos jurídicos con mayor o menor intensidad a aquél. El movimiento legislativo reformador había de continuar tras la sentencia 198/2012.

2.3 El «artículo 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva» que no alcanza al Derecho extranjero; el uso voluntario del Derecho y de la jurisprudencia constitucional comparada como regla de interpretación

¿Marcó la sentencia 198/2012 un punto de inflexión en el recurso por el Tribunal Constitucional al Derecho y a la jurisprudencia constitucional comparada en la interpretación de la Constitución? Por el contrario, ¿esa llamada expresa a los precedentes comparados se avenía bien a una cuestión de tan intensas connotaciones sociales y culturales en las distintas realidades sociales como el matrimonio?

La sentencia quiso adscribirse, conscientemente, a la construcción de un Derecho comparado y del Derecho europeo de los derechos humanos. Lo afirmó explícitamente en su tan citado FJ 9, con esas palabras, con las citas elegidas de jurisprudencia constitucional⁴³, y a través de un mecanismo constitucional, el artículo 10.2 CE, al que el ponente de la sentencia, el magistrado

⁴¹ Canadá, Sudáfrica, Ciudad de México, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, Dinamarca, Connecticut, Iowa, Vermont, New Hampshire, Distrito de Columbia (Washington) y New York.

⁴² Eslovenia y Finlandia.

⁴³ En la STC 91/2000, de 30 de marzo, caso *Paviglianiti*, el Tribunal (Pleno), con cita del artículo 10.2 CE, había destacado «nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado» (FJ 7). La sentencia supuso el intento más acabado de elaboración conceptual de un «contenido absoluto» de los derechos fundamentales de nuestra Constitución para su proyección universal, *ad extra* de nuestro ordenamiento, de modo que las exigencias irrenunciables de sus principios básicos para la dignidad humana, «la esencia misma del proceso justo» en el caso, fuesen observados universalmente, también por autoridades y jueces extranjeros en actuaciones que habían de convalidar las autoridades y jueces y tribunales españoles (inconstitucionalidad indirecta) (FJJ 7 y 8). Tuvo la STC 91/2000 dos votos particulares de cuatro magistrados. Numerosas sentencias posteriores aplicaron la doctrina *Paviglianiti* sobre las vulneraciones indirectas por la jurisdicción española del derecho fundamental al proceso justo, en su contenido absoluto *ad extra*, y en numerosas ocasiones con votos particulares. En el posterior recurso de amparo interpuesto por el Sr. *Melloni*, condenado en «rebeldía» por un tribunal italiano a pena grave (diez años de prisión) frente a la decisión del mismo órgano judicial español de acceder a la orden de detención europea emitida por las autoridades italianas para la ejecución de la condena impuesta en «rebeldía», el Tribunal Constitucional planteó petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. En las STJUE *Melloni* y STC *Melloni* me detendré más adelante.

P. Pérez Tremps, concedía, con razón, singular atención e importancia para integrar en nuestro orden constitucional el Derecho europeo e internacional de los derechos fundamentales y, recíprocamente, nuestro orden constitucional en aquéllos.

La STC 198/2012 manifestó algo tan elemental y evidente, como de relevante significación, que ofrece asiento constitucional a la interpretación evolutiva. Ese método de interpretación constitucional está asociado a la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE –el «artículo 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva»⁴⁴–, que ordena interpretar las normas sobre derechos fundamentales y libertades que nuestra Constitución reconoce de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, «único criterio interpretativo del texto constitucional que recoge expresamente la propia Constitución» [STC 198/2012, FFJJ 9 y 2.b)]. De ese criterio interpretativo el Tribunal ha hecho un uso amplísimo y bien conocido: 1) no solo ha tomado en consideración los tratados y acuerdos internacionales, sino otras normas, como típicamente en el Derecho de la Unión, el Derecho derivado; 2) esa interpretación de nuestra fundamentalidad de conformidad con la europea e internacional, y su evolución, ha acogido, necesariamente, la interpretación realizada por los órganos específicos de garantía de dichos tratados y acuerdos internacionales: el TEDH para el Convenio de Roma y el Tribunal de Justicia para el Derecho de la Unión, aunque no solo. De ahí el carácter dinámico de la interpretación, que ha hecho de nuestra Constitución una norma abierta al CEDH y al proyecto de integración europea.

Del mandato de interpretación conforme a las normas internacionales y europeas de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades de nuestra Constitución, a cuya observancia estamos constitucionalmente comprometidos, no forma parte el Derecho ni la jurisprudencia constitucional extranjeros. Es un efecto incontestable, que se obtiene de la simple lectura del artículo 10.2 y del resto de preceptos constitucionales. Volveré sobre ello.

La STC 198/2012 pareció, sin embargo, querer dar un paso más al situar en el artículo 10.2 CE «el camino de entrada de parte» de los «elementos conformadores de la cultura jurídica, que por lo demás se alimentan e influyen mutuamente». Se queda, sin embargo, donde debe. Esos elementos conformadores de la cultura jurídica de los derechos, que entran en nuestro ordenamiento

⁴⁴ Afirmación precisada o corregida por numerosas sentencias posteriores de forma innecesaria, pues su formulación destaca el carácter dinámico de las normas internacionales y supranacionales y de las decisiones de sus órganos de garantía, y la evolución interpretativa necesaria a que conducen las sentencia del TEDH, si lo hacen, lo que otorga la necesaria trascendencia constitucional a los recursos de amparo, sin negar el carácter obligado de la interpretación constitucional *no evolutiva* conformada a los textos internacionales y supranacionales de derechos.

constitucional por la puerta que les abre el artículo 10.2, no son otros que los que se obtienen del Derecho internacional y europeo de los derechos humanos y fundamentales. El Derecho y la jurisprudencia constitucionales extranjeros son elementos interpretativos de uso voluntario por el Tribunal Constitucional. En ellos podrá basarse una interpretación naturalmente evolutiva, pero también no evolutiva –si existe, pues toda interpretación es siempre evolutiva, aunque sepamos el significado preciso de la interpretación evolutiva– por afectar a cuestiones ya resueltas cuya interpretación se refuerza con sentencias constitucionales extranjeras.

Vuelve la sentencia al Derecho comparado y al artículo 32 de la Constitución para concluir que el legislador estatal español, «como otros de nuestro entorno jurídico cercano», tenía varias opciones para otorgar reconocimiento jurídico a la situación de las parejas del mismo sexo. Su opción por el matrimonio, y no por la unión de hecho, «es respetuosa con los dictados del texto constitucional» y con la garantía institucional del matrimonio, «sin que esta afirmación prejuzgue o excluya la constitucionalidad de otra». Y lo es, interpretado el artículo 32 CE «de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada» (FJ 9).

El enjuiciamiento por la sentencia de la constitucionalidad de la reforma legislativa de las formas de ejercicio del derecho a contraer matrimonio al permitir contraerlo con personas del mismo sexo, desde el punto de vista del contenido esencial del derecho fundamental, se descarga de interpretación evolutiva y de cultura jurídica. No renunció, si embargo, la sentencia a advertir acerca de que la garantía institucional del matrimonio coincide sustancialmente con la dimensión objetiva o contenido esencial del derecho constitucional al matrimonio, y que esa reforma legislativa, «una vez analizado el *Derecho comparado europeo*, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el Derecho originario de la Unión Europea, se manifiesta en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales» (FJ 11).

3. EL CONSENSO DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE SUS TRADICIONES CONSTITUCIONALES, LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA IDENTIDAD NACIONAL DE LOS ESTADOS; UNIFORMIDAD Y DIVERSIDAD DEL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO COMPARTIDO

La comunicación entre las jurisdicciones constitucionales mediante el recurso al método de interpretación comparado tiene la función positiva de estimular un diálogo fecundo entre los constitucionalismos democráticos

para hacer partícipes a las jurisdicciones constitucionales en la composición de una «voz de la Constitución»⁴⁵, capaz de configurar los valores y derechos constitucionales europeos, y más allá del espacio jurídico europeo, internacionales.

3.1 Las tradiciones constitucionales comparadas estatales y su valor definitorio del contenido normativo de los derechos fundamentales de la Carta: la identidad constitucional de los Estados

No cabe duda de que la construcción de esa voz de las Constituciones plantea problemas de indudable entidad en el espacio jurídico de la Unión Europea, no en la asunción de sus valores «constitucionales» (art. 2 del Tratado de la Unión Europea, TUE), sino en el ámbito cubierto por su Carta de derechos fundamentales, que tiene el mismo valor jurídico que los Tratados, conforme al artículo 6.1 TUE, y que obliga a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión», caso en que han de respetar «los derechos» y observar «los principios» y promover su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias [...] (arts. 51.1 y 52.5 de la Carta)⁴⁶. El propio artículo 6 TUE dispone que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las *tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros* forman parte del Derecho de la Unión como «principios generales» (apdo. 3). Qué sean estos principios generales del Derecho de la Unión es cuestión discutida, no siéndolo los principios y derechos de la Carta, debiendo ser identificados, además de en el CEDH, a través de la comparación de las Constituciones nacionales⁴⁷.

Por su parte, la Carta de los derechos fundamentales, en las disposiciones de su título VII que rigen su interpretación y aplicación, prevé el papel

⁴⁵ REQUEJO PAGÉS, J. L., «La jurisdicción constitucional en Europa: la voz de la Constitución», en Martín y Pérez de Nanclares, J. y Von Bogdandy, A. (coords.), *op. cit.*, pp. 561 ss.

⁴⁶ Conceptos fundamentales y controvertidos, que el propio TJUE ha definido y va precisando en una especie de historia interminable: ALONSO GARCÍA, R., «El sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas, imperfecciones», en ALONSO GARCÍA R. y ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P., *El sistema europeo de fuentes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2022, pp. 81 ss. Vid. MANGAS MARTÍN, A., «Comentario a los artículos 51 y 52», Mangas Martín, A. (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, pp. 810 ss. Sobre la cuestión, también esencial, de la distinción entre «derechos» y «principios», y sobre éstos, vid. las conclusiones del abogado general CRUZ VILLALÓN P. en el asunto *Association de médiation sociale*, de 18 de julio de 2013, C-176/12, ECLI: EU: C:2013:491, y la diferente construcción de la STJUE, Gran Sala, de 15 de enero de 2014, ECLI: EU: C:2014:2.

⁴⁷ Alonso García ha rechazado su rango constitucional como elemento definitorio de estos principios. Su identificación resultaría de su falta de normativización positiva y de su posible asunción por normas de rango constitucional: «El sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas, imperfecciones», cit., pp. 71-74.

de las Constituciones nacionales como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta «*resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros*», que han de interpretarse «*en armonía con las citadas tradiciones*» (art. 52.4). De acuerdo con las explicaciones oficiales sobre los preceptos de la Carta, que han de guiar su interpretación (art. 6.1.3.º TUE) y han de ser tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros (art. 52.7 de la Carta), esta norma de interpretación, que sigue la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a la entrada en vigor de la Carta –que había aseverado la inadmisibilidad de medidas comunitarias incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos por las Constituciones de los Estados–, no impone un planteamiento rígido de «mínimo común denominador», sino un mandato de interpretación de esos derechos «de forma que ofrezcan un elevado nivel de protección que resulte apropiado para el Derecho de la Unión y esté en armonía con las tradiciones constitucionales comunes»⁴⁸. El Tribunal de Justicia, al interpretar los derechos fundamentales de la Carta, ha de identificar «la existencia o la ausencia» de esas tradiciones, lo que ha de hacer con el método de comparación de la interpretación de las Constituciones de los Estados por sus respectivas cortes o tribunales constitucionales, y, reconocida la existencia, ha de «reflejar un cierto consenso constitucional entre los Estados miembros»⁴⁹.

Volviendo al matrimonio homosexual, el Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto el disenso constitucional de los Estados de la Unión en esta cuestión mundialmente sensible, y –aspecto decisivo– no atribuida a la competencia de la Unión, como es el Derecho de familia. Además, los términos empleados por el artículo 9 de la Carta para garantizar «el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia» se limitan a remitir su configuración a las leyes nacionales, de modo que la Carta garantiza esos derechos en los particulares términos en que su ejercicio es regulado por dichas leyes, ejercicio que ha de entrecruzarse, por hipótesis, con la aplicación por los Estados del Derecho de la Unión (art. 51.1 de la Carta).

La STJUE *Coman y otros*, Gran Sala, ya citada, declaró que el derecho de libre circulación del artículo 21.1 TFUE se opone a que las autoridades competentes de un Estado miembro del que el ciudadano de la Unión es nacional, Rumanía, denieguen la concesión de un derecho de residencia en el territorio de dicho Estado al nacional de un tercer Estado debido a que el ordenamiento jurídico de Rumanía no contempla en su legislación civil el matrimonio entre personas del mismo sexo, celebrado en Bélgica (apdo. 51). Ante las observaciones de varios Gobiernos (letón, polaco, húngaro) sobre la condición constitu-

⁴⁸ Praesidium, *Explicaciones...*, cit.

⁴⁹ LENAERTS, *op. cit.*, p. 4.

cional del matrimonio como unión heterosexual y su voluntad de conservar esa definición de la institución en su legislación y la obligación de la Unión de respetar la identidad nacional de los Estados, inherente a sus «estructuras fundamentales políticas y constitucionales» (art. 4.2 TUE), el Tribunal de Justicia puntualizó que su decisión no afectaba a la libre regulación del matrimonio por Rumanía, limitándose a imponerle el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro Estado miembro de conformidad con su legislación únicamente para garantizar los derechos a la vida privada y familiar (art. 7 de la Carta), que comprenden los derechos de las parejas heterosexuales y homosexuales en la misma situación, y de libre circulación y residencia, competencia de la Unión. El Tribunal de Justicia respeta la identidad constitucional de Rumanía (apdo. 45).

En su posterior Sentencia, Gran Sala, de 14 de diciembre de 2021, *Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, C-490/20⁵⁰, el Tribunal de Justicia reiteró y fortaleció, en el plano de los derechos fundamentales, la misma doctrina respecto del derecho de libre circulación y residencia de una menor de nacionalidad búlgara, nacida en España, cuyo certificado de nacimiento, expedido por las autoridades españolas, designa como progenitoras a dos mujeres de nacionalidad búlgara y británica. Ante la negativa de las autoridades búlgaras a emitirle un documento de identidad o un pasaporte, la sentencia declara su obligación de expedirlo, de acuerdo al certificado de nacimiento de las autoridades españolas en que consta su filiación y reconociendo a ambas cónyuges como madres de la menor, sin por ello obligar a Bulgaria a reconocer en su legislación el matrimonio homosexual ni la maternidad de personas del mismo sexo. En este caso, el Tribunal de Justicia utiliza un lenguaje más fuerte: ha «quedado acreditado que, en el asunto principal, las autoridades españolas determinaron legalmente la existencia de un vínculo de filiación, biológico o jurídico, entre [... la menor] y sus dos progenitoras, [...], y así lo hicieron constar en el certificado de nacimiento expedido a su hija. En consecuencia, con arreglo al artículo 21 TFUE y a la Directiva 2004/38 [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros], *todos los Estados miembros* deben reconocer a [...ambas] como progenitoras de una ciudadana de la Unión menor de edad bajo su guarda y custodia efectiva, el derecho a acompañar a la menor en el ejercicio de ese derecho [...].» (apdo. 48)⁵¹. Tomó,

⁵⁰ ECLI: EU: C:2021:1008.

⁵¹ Remachando: «En efecto, un menor cuya condición de ciudadano de la Unión no esté acreditada y cuyo certificado de nacimiento expedido por las autoridades competentes de un Estado miembro designe como progenitores a dos personas del mismo sexo, una de las cuales es ciudadano de la Unión, debe ser considerado por el conjunto de los Estados miembros descendiente directo de ese ciudadano de la Unión, en el sentido de la Directiva 2004/38, a efectos del ejercicio de los derechos conferidos en el artículo 21 TFUE, apartado 1, y los actos de Derecho derivado correspondientes» (apdo. 68).

además, en consideración el TJUE el artículo 9 de la Carta, para afirmar: «[...] en el estado actual del Derecho de la Unión, el estado civil de las personas, en el que se incluyen las normas relativas al matrimonio y a la filiación, es una materia comprendida dentro de la competencia de los Estados miembros, competencia que el Derecho de la Unión no restringe. Los Estados miembros disponen de ese modo de la libertad de contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo en su Derecho nacional, así como la parentalidad de estas. No obstante, cada Estado miembro debe respetar el Derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado FUE relativas a la libertad reconocida a todo ciudadano de la Unión de circular y residir en el territorio de los Estados miembros, reconociendo para ello el estado civil de las personas establecido en otro Estado miembro de conformidad con el Derecho de este» (apdo. 52). Sin que ello vulnere la identidad nacional ni el orden público de Bulgaria (apdo. 56). Y dió un paso más al vincular su decisión con la garantía de los derechos *fundamentales* al respeto de la vida privada y familiar y del niño, garantizados en los artículos 7 y 24 de la Carta, en particular el derecho a que se tenga en cuenta el interés superior de la menor como consideración primordial en todos los actos relativos a los niños, así como el derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus dos progenitoras (apdos. 59 y 63-64). La solución contraria vulneraría esos derechos fundamentales: «sería contrario a los derechos fundamentales que los artículos 7 y 24 de la Carta garantizan al menor privarlo de la relación con uno de sus progenitores al ejercer su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros o hacerle el ejercicio de ese derecho imposible o excesivamente difícil en la práctica debido a que sus progenitores son del mismo sexo» (apdo. 65).

En cambio, cuando existe una tradición constitucional común sobre un derecho fundamental, según el Presidente Lenaerts, esa tradición constitucional común «dará contenido normativo al derecho fundamental de la Carta en cuestión»⁵². Ejemplifica Lenaerts ese consenso constitucional en el derecho a la independencia judicial, recogido en todas las Constituciones nacionales. Sin embargo, el procedimiento de definición del contenido normativo –¿contenido esencial?– del derecho fundamental de la Carta, en concreto del «derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial» del artículo 47 de la Carta, no se sustrae a revestir gran complejidad, que enlaza con los niveles de protección del derecho en cada constitución, que pueden ser distintos según las culturas jurídicas europeas, y distintos, y más elevados, del estándar «europeo» de protección.

⁵² *Op. cit.*, p. 6.

3.2 El estándar europeo de protección de los derechos fundamentales de la Carta: la identidad constitucional europea y el Tribunal de Justicia

La sentencia del Tribunal de Justicia, Gran Sala, *Melloni*, de 26 de febrero de 2013, C-399/11⁵³, dictada en respuesta a la primera –y única hasta el momento– cuestión prejudicial planteada por nuestro Tribunal Constitucional⁵⁴, abortó la posibilidad de la aplicación de un nivel de protección más elevado o amplio, proveniente de una Constitución nacional, en el caso de nuestra Constitución, si el legislador europeo ha establecido un «estándar europeo de protección»⁵⁵. El Tribunal de Justicia asegura que el artículo 53 de la Carta, pese a su dicción,⁵⁶ «confirma que, cuando un acto del Derecho de la Unión requiere medidas nacionales para su ejecución, las autoridades y *tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales*», pero «*siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión*» (apdo. 60). Siendo el acto del Derecho de la Unión –en el caso, la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, en su versión modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009– conforme a los derechos fundamentales de los artículos 47 y 48.2 (derechos de defensa de los acusados) de la Carta, su artículo 53 no permite que un Estado miembro exija un nivel de protección superior –consistente en que la autoridad judicial de ejecución subordine la entrega de una persona condenada en rebeldía a la condición de que la condena pueda ser revisada en el Estado miembro emisor– «para evitar una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y de los derechos de la defensa protegidos por *su Constitución*» (apdo. 64). Como con toda claridad dijo posteriormente el Tribunal de Justicia, «en su jurisprudencia derivada de la sentencia de 26 de febrero de 2013, *Melloni* [...], se ha negado a establecer un límite a la primacía del Derecho de la Unión sobre los derechos fundamentales nacionales

⁵³ ECLI: EU: C:2013:107.

⁵⁴ Mediante Auto 86/2011, de 9 de julio.

⁵⁵ El Tribunal Constitucional, en su tercera cuestión prejudicial, preguntaba directamente sobre la interpretación del artículo 53 de la Carta y sobre la compatibilidad de su doctrina *Paviglianiti*, sobre el contenido absoluto *ad extra* del derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de nuestra Constitución, con los derechos fundamentales de los artículos 47 y 48.2 de la Carta.

⁵⁶ «*Nivel de protección*. Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como *limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación*, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como *por las constituciones de los Estados miembros*».

más favorables» (Gran Sala, de 21 de diciembre de 2021, *Eurobox Promotion y otros*, C357/19, C379/19, C547/19, C811/19 y C840/19⁵⁷, apdo. 76).

El Tribunal Constitucional apenas se recompuso en su sentencia 26/2014, de 13 de febrero, ni sobre el modo de razonar, ni sobre la conclusión alcanzada, por la sentencia del Tribunal de Justicia. Afirmó la «gran utilidad» de la sentencia para determinar el «contenido del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) que despliega eficacia *ad extra*» (FJ 2), sin dejar de proclamar nuestra «identidad constitucional» de la mano de la doctrina de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, con la que, contradictoriamente, dijo «completar» la respuesta del Tribunal de Justicia (FJ 3), ni de recordar su doctrina sobre el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías de validez universal (FJ 4). Y procedió a su revisión doctrinal, a que le obligaba la STJUE *Melloni*, tras un rodeo, primero, por la doctrina del TEDH sobre condenas en ausencia (art. 6.1 y 3 CEDH), innecesario por constituir esa doctrina *un nivel mínimo de protección* (arts. 52.3 y 53 de la Carta), reconocido por el Tribunal de Justicia, aunque hubiera sido citada por éste para destacar la coincidencia de derechos del CEDH y de la Carta (apdo. 50), con una única referencia al apdo. 49 de la STJUE *Melloni*: «en lo que atañe al alcance del derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo previsto en el artículo 47 de la Carta y de los derechos de la defensa garantizados por el artículo 48, apartado 2, de ésta, se ha de precisar que, aunque el derecho del acusado a comparecer en el juicio constituye un elemento esencial del derecho a un proceso equitativo, aquel derecho no es absoluto (véase, en particular, la Sentencia de 6 de septiembre de 2012, *Trade Agency*, C-619/10, Rec. p. I-0000, apartados 52 y 55). El acusado puede renunciar a ese derecho por su libre voluntad, expresa o tácitamente, siempre que la renuncia conste de forma inequívoca, se acompañe de garantías mínimas correspondientes a su gravedad y no se oponga a ningún interés público relevante. Más concretamente, no se produce una vulneración del derecho a un proceso equitativo, 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» (FJ 4). La revisión doctrinal se anunció del siguiente modo: «Así debemos afirmar ahora, revisando, por tanto, la doctrina establecida desde la STC 91/2000, que no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando la falta de comparecencia en el acto del juicio conste que ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca por un acusado debidamente emplazado y éste ha sido efectivamente defendido por Letrado designado» (FJ 4).

⁵⁷ ECLI: EU: C:2021:1034.

La revisión doctrinal del contenido absoluto, con validez hacia otros ordenamientos, del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de nuestra Constitución, en condenas en ausencia a penas graves, se hizo con un sobrante carácter absoluto, permítaseme la redundancia, y sin la fijación de un canon constitucional propio. Ninguna referencia hay en la STC *Melloni* a la aplicación del Derecho de la Unión, esto es, al alcance de la revisión de la doctrina constitucional *Paviglianiti* y su limitación a los supuestos en que, como era en el caso, el Estado aplique Derecho de la Unión y sean de aplicación, por consiguiente, los artículos 47 y 48.2 de la Carta, o, lo que es lo mismo, los derechos fundamentales de la propia Carta con capacidad de determinar el nivel de protección de nuestros derechos fundamentales, que únicamente vinculan a los Estados cuando apliquen el Derecho de la Unión, como inequívocamente dice el artículo 51.1 de la propia Carta y sus Explicaciones: «los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión, *pero no fuera de ellas*» (STJUE, Gran Sala, también de 26 de febrero de 2013, Åkerberg *Fransson*, C-617/10, apdo. 19⁵⁸); y ello, aunque sean equívocos los supuestos de aplicación del Derecho de la Unión, sobre los que existe ya una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁵⁹, especialmente los supuestos en que, en la categorización de la STJUE Åkerberg *Fransson*, «la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión». En tales casos, «las autoridades y tribunales nacionales siguen estando facultados para aplicar estándares nacionales de protección de los derechos fundamentales, siempre que esa aplicación no afecte al nivel de protección previsto por la Carta, según su interpretación por el Tribunal de Justicia», de modo que los estándares nacionales de protección han de ser más altos, «ni a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión» (apdo. 29)⁶⁰.

El concepto de «aplicación del Derecho de la Unión», a efectos del artículo 51 de la Carta, dijo la STJUE de 6 de marzo de 2014, *Cruciano Siragusa*, C-206/13⁶¹, «requiere la existencia de un vínculo de conexión de un grado superior a la proximidad de las materias consideradas o a las incidencias indirectas de una de ellas en la otra». Se ha de comprobar, entre otros aspectos, si la finalidad de la normativa estatal es «aplicar una disposición del Derecho de la

⁵⁸ ECLI: EU: C:2013:105.

⁵⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., «La carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», en *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Casas Baamonde, M. E.; García-Perrote Escartín, I.; Gil Alburquerque, R.; Gómez García-Bernal, A., y Sempere Navarro, A. V. (dirs.), BOE, Madrid, 2023, vol. 1, pp. 115 ss.

⁶⁰ Con sus rectificaciones posteriores ante las críticas de los Estados por la amplitud dada al concepto de «aplicación del Derecho de la Unión»: MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M.^a «Período de prueba y protección frente al despido injustificado en el marco de las competencias de la Unión», en Gárate Castro J. y Maneiro Vázquez, Y. (dirs.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles*. Estudios ofrecidos a M. E. Casas Baamonde, Universidade de Santiago de Compostela, 2020, pp. 56-57.

⁶¹ ECLI: EU: C:2014:126.

Unión, el carácter de esa normativa, si [...] persigue objetivos distintos de los previstos por el Derecho de la Unión, aun cuando pueda afectar indirectamente a este último, y si existe una normativa específica del Derecho de la Unión en la materia o que la pueda afectar. En particular, el Tribunal de Justicia ha afirmado la inaplicabilidad de los derechos fundamentales de la Unión en relación con una normativa nacional cuando las disposiciones del Derecho de la Unión en la materia considerada no imponían a los Estados miembros ninguna obligación concerniente a la situación objeto del asunto principal» (apdos. 24 a 26). Si la normativa nacional no se inscribe en el marco del Derecho de la Unión, los tribunales nacionales aplican los estándares de protección previstos por sus Constituciones para sus derechos fundamentales, interpretados, en última instancia, por sus tribunales constitucionales.

3.3 La desenfocada e indecisa aplicación de la Carta por el Tribunal Constitucional español

La revisión doctrinal hecha por la STC *Melloni* fue, lo reitero, excesiva y sin matices frente a Estados terceros, no vinculados por la Carta, y, por demás, incoherente por desligada del Derecho de la Unión y de la interpretación de los artículos 47, 48.2 y 53 de la Carta, cuestión capital para la articulación de los derechos fundamentales de la Carta y de nuestra Constitución, planteada como tal cuestión capital por el Tribunal Constitucional y respondida inequívocamente por el Tribunal de Justicia⁶². El Tribunal Constitucional se situó en el artículo 10.2 CE y se desprendió, con carácter general, del contenido absoluto del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías del artículo 24 CE, en la ejecución de condenas en ausencia, gracias al canon interpretativo de la STJUE, al margen del Derecho de la Unión Europea y de su Carta de derechos fundamentales. La STC *Melloni* revela la incomodidad en que se encontró el Tribunal, como Tribunal de la Constitución, al resolver el recurso de amparo, su empeño nada velado en el regreso a su doctrina tradicional como intérprete supremo de la Constitución y al juego del citado artículo 10.2 de la Constitución –no del artículo 93 CE–, donde ha llevado la Carta como instrumento hermenéutico de nuestros derechos fundamentales, también en los casos de aplicación del Derecho de la Unión.

La simple lectura de ambas sentencias *Melloni*, del Tribunal de Justicia y del Tribunal Constitucional, pone abiertamente de manifiesto la separación de la sentencia de nuestro Tribunal de la del Tribunal de Justicia y del sistema de pro-

⁶² La posterior STC 132/2020, de 23 de septiembre, insistió, pese al planteamiento de la demanda de amparo, en la incoherencia al estimar vulnerado el contenido absoluto del derecho, con motivo de la ejecución de una extradición a Colombia, por no constar la renuncia inequívoca del acusado a estar presente en el juicio penal que lo condenó, sin condicionar ese contenido absoluto a la garantía de la posibilidad de que la condena pudiera ser efectivamente revisada judicialmente en el país de entrega.

tección de derechos fundamentales de la Unión Europea. Es posible, ante tal incomprensible divergencia, que el objetivo del recurso al mecanismo de consulta prejudicial por el Tribunal Constitucional fuera modificar, a la baja, la doctrina *Paviglianiti* con carácter general, poniendo fin a esa contribución de nuestra jurisprudencia constitucional a la ampliación y exportación universal del contenido irrenunciable del derecho a un proceso con todas las garantías en las condenas a penas graves en ausencia⁶³, que la STC 91/2000 dijo obtenerse de los convenios y tratados internacionales ratificados por España y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, en especial del CEDH y del TEDH (FJ 7), pero que elevaba el listón protector del CEDH. También había recurrido la STC 91/2000, para sentar su doctrina, a precedentes comparados, a las sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán, de 2 de junio de 1992 y de la propia Corte Constitucional italiana, de 25 de junio de 1996, que habían exigido el respeto de los valores esenciales reconocidos en sus Constituciones al declarar contraria a las mismas la entrega *a Estados Unidos de un condenado a muerte* (FJ 8).

Debe recordarse que los votos particulares a la STC 91/2000 y posteriores situaron su discrepancia en la aplicación del canon del contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías a Estados de la Unión Europea o del CEDH. El voto particular del Presidente P. Cruz Villalón a la STC 91/2000 sostuvo la necesidad de proceder a una «relativización determinante» de su doctrina en su aplicación a Estados pertenecientes a «una misma comunidad de derechos y libertades –el CEDH–, que están sujetos a «un órgano jurisdiccional supranacional al que pueden acceder directa y libremente todas las personas sometidas a la soberanía de los respectivos Estados» –el TEDH–, como era Italia, integrante de esta comunidad de derechos desde su fundación. El canon supranacional o transnacional del contenido absoluto del derecho de defensa, en juicios en ausencia, lo proporcionaba en aquel momento el Convenio Europeo de Extradición. Los votos particulares discrepantes de la posterior STC 199/2009, de 28 de septiembre, que aplicó la doctrina *Paviglianiti*, coincidieron en la inaplicación, «por principio», del aquel contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías a los Estados de la Unión y del CEDH, en el caso a Rumanía. El sistema de la orden europea de detención y entrega pide el reconocimiento y la confianza mutua de los Estados «en la cultura de una nueva Europa», en la que el magistrado J. Rodríguez-Zapata Pérez adujo que «España no puede imponer su propio ordenamiento como si fuera un espejo en el que deba contemplarse la interpretación uniforme de los veintisiete Estados de la Unión». El magistrado P. Pérez Tremps rechazó que el contenido absoluto del derecho de defensa pudiera aplicarse a decisiones judiciales de países de la Unión Europea, que «comparten una cultura de los derechos fundamentales», elaborada a partir del propio Derecho de la Unión, las tradiciones constitucionales comunes, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y el sometimiento de

⁶³ En el caso *Paviglianiti*, condena de reclusión perpetua por delitos de asesinato y otros.

esos países al sistema de protección y garantía del CEDH y del TEDH, y en la que «la equivalencia en la protección de esos derechos no se traduce, o no debe traducirse, en una mera equivalencia formal, sino también en la aceptación de la suficiencia de «las garantías sustanciales ofrecidas y [de] los mecanismos previstos para su control» (STEDH *Bosphorus c. Irlanda*, de 30 de junio de 2005, § 155) [...]. Ese principio de equivalencia y de suficiencia en la protección resulta especialmente claro y exigible en el seno de la Unión Europea, que sólo adquiere sentido como proyecto político y jurídico sobre la base de la confianza legítima en las instituciones comunitarias y en los demás Estados miembros», sin que un Estado, en principio, pueda exigir «a los demás su parámetro de protección de los derechos fundamentales, debiendo moverse en sus relaciones dentro del parámetro común sustantivo y procesal».

Con este debate interpretativo en el trasfondo y la modificación del régimen normativo de la orden de detención y entrega europea, impidiendo a las autoridades judiciales estatales denegar su ejecución si la persona condenada en ausencia ha tenido conocimiento de la celebración del juicio y ha contado en él con defensa letrada, sin condicionar su entrega a que la condena grave pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, la remisión prejudicial del Tribunal Constitucional al Tribunal de Justicia acotaba su objeto a la interpretación de esa modificación normativa y su compatibilidad con los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso equitativo y de defensa garantizados en los artículos 47 y 48. a 2 de la Carta, y a la interpretación del artículo 53 de la propia Carta, permisiva o no del mayor nivel de protección de esos derechos fundamentales en nuestra Constitución.

El constitucionalismo europeo compartido, ordenado por la STJUE *Melloni*, no permite la diversidad protectora de los derechos fundamentales mediante niveles de protección más altos de las Constituciones nacionales en materias plenamente reguladas por el Derecho de la Unión. En esas materias los derechos fundamentales de la Carta son canon de constitucionalidad. Esa compartición constitucional se traduce en la uniformidad del nivel de protección proporcionado por los derechos fundamentales de la Carta asegurado por el principio de primacía del Derecho de la Unión, que desplaza la aplicación de los niveles de protección más altos de las Constituciones nacionales. Resta el espacio en que la acción de los Estados no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión, en el que caben los estándares protectores más altos estatales, siempre que no afecten a la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión. Fuera de la aplicación del Derecho de la Unión, las Constituciones nacionales despliegan toda su eficacia, insertas en la cultura y el Derecho común europeo de los derechos, coronado, en el ámbito del Consejo de Europa, por el sistema del CEDH y la jurisdicción del TEDH.

Lamentablemente, la STC *Melloni* ha sido una ocasión perdida para que la jurisdicción constitucional española fijase los cánones de asunción y aplicación

directa de los derechos fundamentales de la Carta, con capacidad de desplazar el contenido protector de los derechos fundamentales de nuestra Constitución, cumplido el presupuesto de la armonización comunitaria de la materia concernida por el derecho fundamental en cuestión, y, consiguientemente, la aplicación de los derechos fundamentales de nuestra Constitución en los ámbitos no cubiertos por el Derecho de la Unión, ni, en consecuencia, por la aplicación de la Carta. El voto particular concurrente de las magistrada Asúa Batarrita –y, en parte, el voto particular concurrente de la magistrada Roca Trías– lo denunció. ¿Era demasiado pronto para que nuestro Tribunal Constitucional fijase postura sobre un tema tan decisivo? En 2014 únicamente el *Verfassungsgerichtshof* austríaco había tomado posición ante la declaración de derechos fundamentales europeos que es la Carta, con el mismo valor que los tratados. Lo había hecho en 2012 mediante su sentencia de 14 de marzo, que el propio Tribunal calificó de histórica y, razonando con el principio de equivalencia del TJUE, afirmó que era el primero y único Tribunal Constitucional europeo que decidía que la Carta de los derechos fundamentales de la UE, en la medida en que sus libertades son las mismas que los derechos fundamentales nacionales –el CEDH tiene estatuto constitucional en Austria–, es un punto de referencia para el Tribunal Constitucional, como la Constitución austriaca⁶⁴. El *Bundesverfassungsgericht* no lo haría hasta 2019, mediante las sentencias de su Sala Primera de 6 de noviembre, conocidas como «Derecho al olvido I» y «Derecho al Olvido II», Sentencia de 14 de marzo de 2012⁶⁵.

El asunto se reabrió en nuestra jurisdicción constitucional tiempo después, en las sentencias, del Pleno, 89/2022, de 29 de junio, y 105/2022, de 13 de septiembre, precisamente sobre el «derecho al olvido», alegando los recurrentes como primer motivo de amparo de sus demandas la «[i]nfracción del artículo 18.4 de la Constitución Española [...] en relación con los artículos 7 y 8 de la Carta europea de derechos fundamentales [...] e infracción del derecho a la supresión de datos ‘derecho fundamental al olvido’ reconocido en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016 y vulneración de la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia 292/2000, de 30 de noviembre, recurso de inconstitucionalidad 1463/2000» [Antecedentes, 3.a), de ambas sentencias]. Las sentencias no razonaron autónomamente sobre los derechos de la Carta, aunque sí sobre la normativa europea de protección de datos y decisiones del Tribunal de Justicia –no sólo– y estimaron los recursos de amparo, declarando la vulneración del derecho a la protección de datos personales de los recurrentes del artículo 18.4 CE⁶⁶.

⁶⁴ VfSlg 19.632/2012; VfGH 14.03.2012, U 466/11, U 1836/11: Landmark decision on behalf of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (English).

⁶⁵ 1 BvR 16/13 y 1 BvR 276/17: <https://bit.ly/3b7oh2o> y <https://bit.ly/3etuBDM>. CRUZ VILLALÓN, P., «¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 25(1), 2021, pp. 57 ss.

⁶⁶ ALONSO GARCÍA, R., «El TC y el derecho al olvido: ¿allanando un camino «a la alemana» de la CDFUE como parámetro directo de amparo?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 82, 2022, pp. 9 ss.

El voto particular del magistrado Xiol Ríos y de la magistrada Balaguer Callejón achacó a la sentencia que se hubiera limitado a exponer la normativa y jurisprudencia comunitaria sobre el derecho al olvido «y a la verificación de su cumplimiento en el caso concreto, renunciando a la determinación de un parámetro de control constitucional a partir del reconocimiento del derecho a la protección de datos de carácter personal en el artículo 18.4 CE y de los límites que para él podrían derivarse de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 20 CE, especialmente los derechos a las libertades de expresión e información». No dejaron de reconocer los magistrados discrepantes «el fundamental valor que en una construcción evolutiva de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra Constitución tiene la cláusula de interpretación conforme del artículo 10.2 CE», y la importancia de mantener un diálogo «constante [...] con los órganos encargados de la interpretación del derecho regional —en nuestro caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como intérprete del Convenio europeo de derechos humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea— e internacional de los derechos humanos». Lo que no impedía su disenso de la sentencia: «la idea de diálogo entre tribunales no implica ni la sustitución de la Constitución como referente de los derechos fundamentales cuya protección última está encomendada al Tribunal mediante la jurisdicción de amparo ni la de la jurisprudencia constitucional por la doctrina que puedan establecer otros órganos de interpretación de otros textos de derechos humanos».

El entendimiento de la Carta, a través del principio de primacía del Derecho de la Unión, bajo el que late la tensión permanente con las Constituciones nacionales —la «identidad nacional» de los Estados (art. 4.2 TUE)— que han permitido la cesión de soberanía a la Unión y a su tribunal de garantía, y el recurso a las tradiciones constitucionales de los Estados para la interpretación de los derechos, es posible que produzca una convergencia progresiva de las decisiones de sus tribunales constitucionales, aunque no necesariamente el incremento de la comunicación transjudicial entre ellos, hecho para el que persisten barreras lingüísticas importantes, que en absoluto son menospreciables.

En suma, fuera de la Carta, es aun dudoso que caminemos hacia un orden constitucional europeo conformado a través de la diversidad de los tribunales constitucionales nacionales en progresiva convergencia a través del recurso a precedentes comparados y la capacidad de influencia recíproca de las jurisdicciones constitucionales. Los tribunales constitucionales incorporan en sus decisiones, en el obligado desarrollo de sus relaciones con el TEDH y el TJUE, la jurisprudencia de estos órganos, que es la que produce esa comunicación y confluencia de los tribunales constitucionales estatales, no sin protagonizar éstos, excepcionalmente, conflictos indeseables que rompen las reglas de juego de los Tratados, como en ocasiones, lamentablemente, ha sucedido. Nuestra Vicepresidenta, Araceli Mangas Martín, expuso hace ya un año en esta Real Academia los gravísimos conflictos protagonizados por el tribunal consti-

tucional de Polonia frente al Tribunal de Justicia, que cuestionó ciertas leyes por las deficiencias de imparcialidad e independencia de la organización de su sistema judicial, incluido el propio Tribunal Constitucional, de composición ilegal e ilegítimo, que ponían en peligro el Estado de Derecho y los valores esenciales democráticos de la Unión⁶⁷.

La «voz» de las Constituciones nacionales se deja oír por sus jurisdicciones propias, que constituyen el instrumento específico de esa voz. También se oye a través de los órganos jurisdiccionales supranacionales, que practican, como método de interpretación, la comparación jurídica entre los ordenamientos de los Estados miembros y el conjunto normativo que interpretan y aplican y al que deben su existencia –un «comparatismo interno obligado»⁶⁸; y «externo y también obligado» del Tribunal de Justicia para identificar la existencia de tradiciones constitucionales de los Estados conforme a las que ha de interpretar los derechos fundamentales de la Carta⁶⁹–, y son punto de encuentro de distintas culturas jurídicas.

El recurso al Derecho comparado, en concreto a los precedentes extranjeros, por parte, de las jurisdicciones constitucionales ocupa un lugar menor, aunque las señales, desde luego las tácitas, de ese recurso sean permanentes en nuestra jurisprudencia constitucional.

4. LA VOCACIÓN INTERNACIONAL DE LAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES EUROPEAS. ¿DIFUNDEN LA CULTURA CONSTITUCIONAL EUROPEA EN TODO EL MUNDO?

4.1 La globalización constitucional y la interpenetración abierta de las jurisdicciones de garantía de las Constituciones

Como consecuencia de la práctica de su desenvolvimiento en la doble comunidad europea de derechos –el CEDH del Consejo de Europa y el TEDH; y el núcleo «constitucional» del TUE (art. 2), la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea y el Tribunal de Justicia–, con su diferente valor jurídico para la interpretación de los derechos de las Constituciones nacionales, que el

⁶⁷ «Defensa del Estado de Derecho por la Unión Europea. La rebeldía de Polonia a la independencia judicial», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 99, 2022, pp. 527 ss.

⁶⁸ Las cortes internacionales y supranacionales, de alguna manera, son por naturaleza comparatistas: ROZAKIS, C., «The European Judge as Comparatist», *Tulane L. Rev.*, 2005, p. 273.

⁶⁹ Los tribunales supranacionales e internacionales practican también un comparatismo externo voluntario, del que son prueba las referencias cruzadas: del TEDH al TJUE, del TEDH a la Corte Interamericana de Derechos Humanos...

Tribunal de Justicia se ha encargado de poner de manifiesto desde la sentencia Åkerberg *Fransson*⁷⁰ y su criticado dictamen 2/13 (Pleno), de 18 de diciembre de 2014⁷¹, los tribunales constitucionales son probablemente más conscientes de la necesidad de romper su aislamiento estatal y difundir su función de velar por los valores básicos del constitucionalismo de las democracias liberales pluralistas en el orden internacional, de asegurar la fuerza jurídica de «las constituciones del constitucionalismo»⁷². Ni los Estados, ni la esfera de los derechos fundamentales, sustantivos y procesales, que son por naturaleza universales, y, más ampliamente, el radio de acción de la que podríamos llamar «la litigiosidad constitucional relevante común», que siempre ha existido, pero que ocupa mayor espacio en el actual mundo tecnológico y digital, están cerrados por las fronteras estatales, que esa realidad digital en permanente transformación desborda. Su consecuencia natural habría de ser que la comunicación voluntaria entre las jurisdicciones constitucionales, generalizadas para asegurar jurídicamente las Constituciones que se propagaron en todo el mundo tras la caída del muro de Berlín con la asistencia de la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho del Consejo de Europa, o Comisión de Venecia, que se ocupa, entre otras funciones, de asegurar la difusión y consolidación de un patrimonio constitucional común, no transcurriría únicamente por la vía de los Derechos internacionales y supranacionales, sin restar un ápice de importancia a la contribución de esos instrumentos a la expansión de los derechos y de la cultura constitucional. Ni al papel de las Constituciones para regular la vida política y jurídica de los Estados y sus concretas dinámicas, como expresión de su soberanía.

⁷⁰ Apdo. 44: «si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales –como confirma el artículo 6 TUE, apartado 3–, y el artículo 52, apartado 3, de la Carta exige dar a los derechos contenidos en ella que correspondan a derechos garantizados por el CEDH el mismo sentido y alcance que les confiere dicho Convenio, éste no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión», por lo que el análisis del TJUE debe basarse únicamente en los derechos fundamentales de la Carta. Doctrina que recibe otra vuelta de tuerca en decisiones posteriores: «las explicaciones relativas al artículo 52 de la Carta indican que el apartado 3 de ese artículo pretende garantizar la coherencia necesaria entre la Carta y el CEDH, «sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (STJUE, Gran Sala, de 15 de febrero de 2016, *N.*, C 601/15 PPU, EU: C:2016:84, apartado 47). «En particular, como prevé expresamente el artículo 52, apartado 3, segunda frase, de la Carta, el artículo 52, apartado 3, primera frase, de ésta no impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más amplia que el CEDH» (STJUE, Gran Sala, de 21 de diciembre de 2016, *Tele2 Sverige AB*, C 203/15 y C 698/15, ECLI: EU: C:2016:970, apdo. 129).

⁷¹ ECLI: EU: C:2014:2454. Según dicho dictamen, el acuerdo de adhesión de la Unión Europea al CEDH no es compatible con el artículo 6. 2 del TUE, ni con el Protocolo (núm. 8) relativo a la adhesión de la Unión al CEDH. MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J., «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 52, 2015, pp. 825 ss; doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/rdce.52.01>

⁷² ZAGREBELSKY, G., «La Constitución es nuestra tarea», en *La garantía jurisdiccional de la Constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España. XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), cit., p. 14.

En nuestro tiempo constitucional, la globalización de los principios, valores y derechos fundamentales de las sociedades democráticas, que van más allá de su proclamación por sus respectivas Constituciones, es la globalización más positiva o «beneficiosa»⁷³. Los derechos fundamentales son normas de principio⁷⁴, o los principios «adquieren expresión en los derechos fundamentales», que incorporan «decisiones objetivas fundamentales» en la construcción tradicional de la jurisprudencia constitucional alemana⁷⁵, irradian sus efectos sobre todo el sistema jurídico y están dotadas de una irreprimible fuerza expansiva hacia el exterior, hacia el plano extranacional, en cuanto núcleo fuerte de legitimación política de las Constituciones. Las normas o reglas de principio son «sin caso»⁷⁶. La similitud conocida, o incluso comunicada, de nuevos «casos» de dimensión constitucional en unas realidades sociales y jurídicas transformadas y en transformación por el cambio digital y climático, que exigen de las Constituciones su capacidad de independizarse del momento de su aprobación y de proyectarse hacia el futuro –a la que se refirió, entre otros, el Presidente M. García Pelayo para calificar la bondad de las Constituciones⁷⁷–, son buenas razones para facilitar la relación entre las cortes constitucionales y sus jurisprudencias, si éstas los desean. La pandemia global de la Covid-19 ha constituido un claro ejemplo. Ni que decir tiene que no es un fenómeno deseable depositar sobre los tribunales constitucionales la carga de resolver conflictos de alta sensibilidad ética y política, que tienen su vía de satisfacción natural en los sistemas políticos democráticos pluralistas, no infectados por los populismos y practicantes de una confrontación y un consenso en dosis razonables, dentro obviamente de la respectiva Constitución, que ninguna mayoría política puede traspasar. Las jurisdicciones de garantía de las Constituciones fijan los límites del «pluralismo legítimo»⁷⁸, de la composición por el sistema político de los conflictos entre valores, principios y visiones de las Constituciones en las –viejas y–nuevas cuestiones, discutidas en los tribunales constitucionales de todo el mundo, de que, en último término, se han de ocupar. Esa globalización constitucional predispone la oportunidad del diálogo, incluso de la voluntaria convergencia de las jurisdicciones constitucionales, en la solución de problemas constitucionales de las sociedades democráticas pluralistas, en la resolución de la litigiosidad constitucional global, siempre en el respeto de sus aplicaciones específicas.

Sin embargo, ese constitucionalismo cosmopolita, esa permeabilidad de las jurisprudencias constitucionales está lejos de ser una realidad, especial-

⁷³ ZAGREBELSKY, «La Constitución es nuestra tarea», cit., p. 23.

⁷⁴ ALEXY, R., «Constitutional rights, balancing, and rationality», en *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, Universidad de Bolonia, vol. 16, núm. 2, 2003, pp. 131 ss.

⁷⁵ BVerfGE 81, 242 (254) IV. C.3., 46-49

⁷⁶ ZAGREBELSKY, «La Constitución es nuestra tarea», cit., p. 17.

⁷⁷ «La Constitución», *Obras completas*, vol. III, 2.^a ed., revisada y ampliada, CEPC, Madrid, 2009, pp. 2915 ss.

⁷⁸ ZAGREBELSKY, «La Constitución es nuestra tarea», cit., p. 16.

mente en los sistemas de *civil law*, faltos para su comunicación de una lengua franca, como el inglés.

4.2 La voluntad de las jurisdicciones constitucionales europeas de participar en el orden jurídico internacional

Los tribunales constitucionales del sistema europeo de control concentrado de constitucionalidad de mayor solera afirman la vocación internacional de sus jurisprudencias.

4.2.1 Verfassungsgerichtshof-VfGH, Bundesverfassungsgericht-BVerfGG, Corte Costituzionale, Conseil Constitutionnel: la proclamación potente de su vocación internacional (y sus medios)

El *Verfassungsgerichtshof-VfGH* austríaco, que celebró su centenario en 1 de octubre de 2020 –en la medida en que se lo permitió la pandemia de la Covid-19–, con análisis de las raíces del control concentrado de constitucionalidad de las leyes en Austria, inseparablemente unido a Hans Kelsen, y sobre su futuro– utiliza en su página *web*⁷⁹, en alemán y en inglés, el expresivo título «Justicia constitucional a nivel internacional» y se enorgullece, como «primer tribunal del mundo dotado de la facultad de revisar leyes según el modelo de revisión judicial concentrada», de desempeñar «un papel pionero en el futuro desarrollo de la justicia constitucional», formando parte de una «red europea y global de tribunales», compuesta por tribunales constitucionales, por un lado, y, por otro, por tribunales de justicia europeos, como el TEDH y el TJUE, «dedicada al objetivo de salvaguardar el Estado de derecho y proteger los derechos humanos». Recuerda que la «cooperación internacional se ha institucionalizado en el marco de la Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos y la Conferencia Mundial sobre Justicia Constitucional»⁸⁰, de las que es miembro fundador, entre cuyos objetivos están el intercambio de experiencias e información sobre la jurisprudencia. Afirma que «mantiene intensos contactos con otros tribunales constitucionales, especialmente con los de los países vecinos de Austria», y coopera con los tribunales constitucionales y la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho o Comisión de Venecia, del Consejo de Europa, en el «Consejo Conjunto de Justicia Constitucional». Publica en su *web* decisiones en inglés, algunas también en francés, información actualizable en la propia *web*.

⁷⁹ <https://www.vfgh.gv.at>.

⁸⁰ Forman parte de la Conferencia Mundial sobre Justicia Constitucional 121 tribunales constitucionales, consejos constitucionales y tribunales supremos con jurisdicción constitucional de África, América, Asia, Australia y Europa.

El *Bundesverfassungsgericht- BVerfGG*, que en 2021 cumplió 70 años, afirma en las páginas de inicio de su sitio *web*, también en inglés y francés,⁸¹ en el despliegue de la pestaña sobre el Tribunal, que «interactúa con los tribunales federales supremos, otros tribunales constitucionales extranjeros y tribunales internacionales». Pinchando en «*Internationale Perspektiven*» añade, lo que es verdaderamente significativo de su esencia y del valor de los derechos fundamentales como «orden objetivo de valores» para el Tribunal Constitucional Federal alemán —«el carácter suprapositivo de los derechos fundamentales está en el ADN de la *Grundgesetz*»⁸²—, que «siempre se ha considerado parte del orden jurídico internacional y de la comunidad mundial de tribunales constitucionales». Por ello mantiene contacto institucional e intercambio profesional con tribunales constitucionales nacionales y con tribunales internacionales en los órganos en que ese contacto multilateral está institucionalizado. Numerosas visitas bilaterales de los miembros del Tribunal Constitucional Federal a sus colegas europeos y no europeos, así como la recepción de delegaciones extranjeras en Karlsruhe brindan la oportunidad para ello. El Tribunal Constitucional Federal participa en numerosas redes internacionales (Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, de Tribunales Constitucionales Europeos⁸³, de tribunales de habla alemana⁸⁴, el TEDH y el TJUE) y se esfuerza por el intercambio internacional, traduciendo sus decisiones y comunicados de prensa al inglés y proporcionando información en inglés en *www.bundesverfassungsgericht.de/en*. Las colecciones de «*Decisiones del Tribunal Constitucional Federal*» en inglés facilitan el acceso a su jurisprudencia. Resúmenes concisos de decisiones seleccionadas del Tribunal Constitucional Federal en inglés y francés están disponibles a través de la base de datos de la Comisión de Venecia.

También la *Corte Costituzionale*, en funciones desde 1956, proclama su vocación internacional en la «*Nota introductiva general del área «Relazioni Internazionali»*» de su *web*, que cuenta con una versión en inglés⁸⁵: «La justicia constitucional no es un hecho específicamente italiano. El Tribunal Constitucional italiano, si bien se sitúa en el marco de normas precisas y específicas de la Constitución de la República, tiene una fisonomía y un papel similares a los de órganos semejantes (Cortes o Tribunales constitucionales, Cortes supremas) que realizan tareas comparables», y en su trabajo, «no ignora las experiencias de otros países. Desde hace tiempo se desarrollan relaciones de intercambio y colaboración con estos organismos, especialmente en Europa, pero también en otras partes del mundo, incluyendo en particular los del área hispanoamericana-

⁸¹ https://www.bundesverfassungsgericht.de/SiteGlobals/Forms/Suche/Servicesuche_Formular.html?nn=5399664&resourceId=5402340&input_=5399664&pageLocale=de&templateQueryString=Suchbegriff&sortOrder=score+desc&language_=de&submit.x=23&submit.y=8.

⁸² CRUZ VILLALÓN, P.: «¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», cit., p. 74.

⁸³ Integrada por 41 cortes constitucionales y análogas.

⁸⁴ Austria, Suiza, Liechtenstein.

⁸⁵ <https://www.cortecostituzionale.it>

na, en los que la cultura jurídica italiana ejerce una influencia significativa. [...]». El discurso de la Presidenta Silvana Sciarra, de 25 de octubre de 2022⁸⁶, dedicó gran parte a subrayar el necesario dinamismo de la Corte inserta «en un sistema en red de instituciones nacionales, europeas y internacionales, todas juntas y cada una en su papel, orientadas hacia objetivos comunes de coherencia en la interpretación, todas activas para ganar una autoridad creciente, a través del ejercicio imparcial e independiente de sus funciones y prestar justicia». La Corte italiana forma parte activa de la Red Judicial de la Unión Europea desde 2017, desde sus inicios, coordinada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, «destinada a la difusión entre todos los Tribunales Europeos de sentencias de importancia europea, ejercicio este último ciertamente no autorreferencial, sino de cuidadosa comparación sobre las técnicas argumentativas utilizadas y sobre el uso de precedentes en la aplicación del derecho europeo». «En estos múltiples foros nacionales e internacionales, la Corte viene operando desde hace algún tiempo con estrategias de comunicación precisas: ilustra el contenido de sus decisiones de forma sencilla, pero técnicamente impecable, habla a los ciudadanos a través de su web, redes sociales y todas las más modernos sistemas de difusión de sus múltiples actividades. En esta perspectiva, la comunicación en inglés está mejorando cada vez más, como medio de difusión de los pronunciamientos y por tanto como un elemento más de transparencia y visibilidad de todo lo que sucede» en la Corte.

Incluso un órgano constitucional con escasas competencias como el *Conseil Constitutionnel* francés, creado por la Constitución de 4 de octubre de 1958, no obstante la introducción de la cuestión prioritaria de constitucionalidad en la reforma constitucional de 23 de julio de 2008, además de su dedicación especial a la Asociación de Cortes constitucionales francófonas, afirma que el «fortalecimiento de su actividad internacional», tanto de sus relaciones bilaterales como multilaterales, y el diálogo entre los jueces constitucionales es una prioridad de su Presidente, Laurent Fabius, necesaria para profundizar el Estado de Derecho y la protección de los derechos fundamentales. Aspira el *Conseil Constitutionnel* a que, mediante ese intercambio internacional, su jurisprudencia pueda beneficiarse de las decisiones de otras jurisdicciones constitucionales, sin renunciar a la influencia de la suya propia en otros países. Lo que se acompaña de una política de «*traduction régulière*» de la Constitución y de su ley orgánica, así como de sus decisiones más importantes, al inglés, alemán, y español⁸⁷.

⁸⁶ *Una corte in movimento, agile, capace di innovare e innovarsi. Intervento di apertura della Presidente Silvana Sciarra alla tredicesima edizione del Salone della Giustizia*, Roma, Tecnopolo Tiburtino, 25 ottobre 2022, p. 3.

⁸⁷ <https://www.conseil-constitutionnel.fr>, «*Activités internationales*».

4.2.2 *Tribunal Constitucional de España: la dimensión de su «actividad internacional» enunciada con un lenguaje de menor eficacia (y de medios)*

En la página institucional del Tribunal Constitucional español⁸⁸, también existente en inglés, no hay pronunciamientos sobre el papel de sus relaciones internacionales con las jurisdicciones constitucionales europeas y no europeas. No hay una declaración de principios o intenciones –la hay en el «Folleto divulgativo. El Tribunal Constitucional» acerca de su compromiso con el Estado de Derecho– sobre el valor de su actividad internacional con la perspectiva de participar en la formación, y en la recepción, de las decisiones de las jurisdicciones constitucionales, en el intercambio de opiniones sobre las Constituciones en un mundo digitalizado y globalizado. Hay, ciertamente, *links* a las *webs* de la Conferencia Mundial de Justicia Constitucional, de la Conferencia Europea de Tribunales Constitucionales, de la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, y de la reunión conjunta de los Tribunales Constitucionales de España, Francia, Italia y Portugal, además del TJUE, del TEDH, de Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la rúbrica «*Información relevante*», el «Folleto divulgativo. El Tribunal Constitucional», ya citado, bajo el rótulo «Actividad internacional», se limita a incorporar referencias descriptivas de la constitución y objetivos –y excepcionalmente alguna valorativa– del TJUE⁸⁹, el TEDH, la Conferencia Mundial sobre Justicia Constitucional, la Conferencia Europea de Cortes Constitucionales, la Conferencia Iberoamericana de Justicia Constitucional, que reúne a 22 tribunales y cortes constitucionales, supremas y salas constitucionales de habla española y portuguesa y de la que el Tribunal Constitucional español ostenta su secretaría permanente, y de la reunión anual «cuadrilateral»: España, Francia, Italia y Portugal. Esa «*Información relevante*» proporciona también un «*Prontuario de jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Derecho de la Unión Europea*», que comprende sus sentencias y autos en la materia sólo hasta la STC 37/2019, de 26 de marzo, además de las declaraciones 1/1992 y 1/2004.

En la caja o etiqueta «Jurisprudencia» se contiene una sección, «*Resoluciones traducidas*», que se inicia con la advertencia de que el Tribunal «ofrece una selección abierta de los fundamentos jurídicos de sus resoluciones más relevantes traducidos al inglés, al francés y al alemán, que se irá ampliando progresivamente *y que responden al interés creciente de nuestros visitantes extranjeros*. La traducción de las sentencias no es oficial: su difusión se realiza a

⁸⁸ <https://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/default.aspx>.

⁸⁹ Aquí se afirma que el Tribunal Constitucional español «siempre ha interpretado de forma amplia el artículo 93 de la Constitución, en la que se basa el trasvase de competencias soberanas a la Unión. Anualmente ambos Tribunales celebran encuentros técnicos».

efectos de conocimiento y consulta de los argumentos jurídicos de las resoluciones del Tribunal Constitucional». Desafortunadamente, de las más de 9.183 sentencias dictadas a lo largo de sus más de 42 años de actividad jurisdiccional⁹⁰ solo 41 (un 0,44%) han sido traducidas al inglés –con las limitaciones señaladas–; de ellas, 5 sentencias al inglés y al francés (entre ellas, las relativas a la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo y al derecho fundamental de participación electoral de la coalición electoral Bildu ante la ausencia de indicios probatorios de su instrumentación por parte de ETA y del partido político ilegalizado Batasuna), y 2 sentencias al inglés, francés y alemán (sobre la inconstitucionalidad y nulidad de las leyes del Parlamento de Cataluña del referéndum de autodeterminación y de transitoriedad jurídica y fundacional de la República, aunque otras sobre el mismo conflicto secesionista de Cataluña y la condena penal de algunos de los partícipes en el proceso soberanista por delitos de desobediencia y de sedición solo cuentan con traducción al inglés). De los numerosos autos –la web informa de la presentación de más de 241.782 demandas de justicia constitucional y de la aprobación de más de 240.369 resoluciones, sin discriminar por su naturaleza jurídica, salvo las 9.183 sentencias–, 4 son los traducidos al inglés (dos de ellos también al francés, sobre la necesaria justificación de la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo). Y al inglés las dos declaraciones (1/1992 y 1/2004) sobre la contradicción entre el Tratado Constitutivo de la CEE y la Constitución española, desconocedora del derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales de los ciudadanos comunitarios no españoles, y la no contradicción entre el *non nato* Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa y la Constitución española.

La cronología y contenido de las sentencias parcialmente traducidas es muy desigual. Sólo 7 pertenecen al siglo pasado, en que el Tribunal se concentró en la apremiante tarea de dotarse del arsenal técnico preciso para el ejercicio de sus funciones y sentó las bases de su jurisprudencia mirando a la extranjera, que se han mantenido hasta hoy y desde las que ha partido su evolución posterior. La traducción alcanza a alguna de sus primeras decisiones (SSTC 5/1981, 11/1981, 53/1985, 20/1990, 214/1991, 229/1992, 117/1994), pero, de hecho, solo se inició en este siglo. Las 35 sentencias traducidas restantes conforman una serie que, además de raquítica para la transmisión de la rica jurisprudencia del Tribunal, no ha logrado ser continua, ni responder a un trazado de selección coherente, ni en su cadencia, ni en sus contenidos (ni están todas las que son, ni son todas las que están, aunque es mayor el primer defecto, flagrante en la «violencia de género»): una sentencia en 2002, 2 en 2005, 3 en 2007, 2 en 2008, 2 en 2009, 2 en 2010, 4 en 2011, 2 en 2012, 2 en 2013, 2 en 2014, 2 en 2015, 2 en 2016, 2 en 2017, una en 2019, 2 en 2020, y 3 en 2021, en que la serie de sentencias traducidas termina por el momento. Los autos, que

⁹⁰ Folleto divulgativo. *El Tribunal Constitucional*, «Datos de interés».

han accedido más tardíamente a ser traducidos, corresponden 2 a 2008 y 2 a 2016. El contenido «global» de algunas de las sentencia traducidas es, *prima facie*, innegable (libertad de enseñanza, ideológica y religiosa, aborto, libertad ideológica y de expresión y críticas al jefe del Estado, genocidio nacionalsocialista, discriminación de mujeres, derecho a la imagen, testigos de Jehová y libertad religiosa, jurisdicción universal de los tribunales españoles en materia penal, derechos constitucionales de los extranjeros e inmigración irregular, libertad de expresión y delitos de genocidio, equilibrio entre sexos en las listas de candidatos a elecciones políticas, terrorismo e ilegalización de partidos políticos, especial trascendencia constitucional del recurso de amparo, escolarización obligatoria de los menores de edad e inexistencia de un derecho a la no escolarización, constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, convocatoria de referendums de autodeterminación, inexistencia de un derecho de secesión, ejecución de las resoluciones del Tribunal Constitucional y modelo de justicia constitucional...); en otras, lo es menos (ley expropiatoria singular y participación de los interesados en el procedimientos de las cuestiones de inconstitucionalidad; profesores de religión católica en centros escolares públicos, competencias sobre aguas, seguridad ciudadana...); apenas hay sentencias traducidas sobre digitalización, nuevas tecnologías y nuevos derechos (libertad de información y reportaje grabado con cámara oculta, modificación registral de sexo y nombre para menores de edad con madurez suficiente que se encuentren en situación estable de transexualidad, reportaje sobre un suceso violento ilustrado con una fotografía extraída de un perfil personal de *facebook* abierto y accesible al público).

Si utilizamos, ya en este momento del análisis, el uso explícito del Derecho comparado y de precedentes de jurisdicciones constitucionales extranjeras por las sentencias traducidas como criterio de su dimensión internacional, comprobamos que solo 15 (un 36,5%) se asoman a otros ordenamientos u otras jurisdicciones constitucionales, y no todas las que así lo hacen poseen esa relevancia global –sí la gran mayoría–, que, en cambio, poseen otras ajenas al comparatismo y a los precedentes de jurisdicciones constitucionales extranjeras: las SSTC 53/1985, sobre despenalización parcial del aborto (de la mano de los recurrentes y del abogado del Estado, las sentencias de los tribunales constitucionales austríaco, italiano, norteamericano y alemán accedieron a los antecedentes, sin adentrarse en la fundamentación jurídica); 154/2002, en el caso del fallecimiento de menor, testigo de Jehová, y derecho a la libertad religiosa (el Fiscal trajo en su apoyo una sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, que tampoco fue tomada en consideración por la fundamentación de la sentencia); 237/2005, sobre jurisdicción universal de los tribunales españoles en materia penal en el recurso de amparo de doña Rigoberta Menchú en causa por delitos de genocidio, terrorismo y torturas en Guatemala (la sentencia cita legislaciones comparadas y se refiere a sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán); 235/2007, sobre el derecho de libertad de expresión y sanción penal de la difusión de ideas o doctrinas que

nieguen o justifiquen los delitos de genocidio (el voto particular del magistrado J. Rodríguez-Zapata Pérez citó numerosa legislación comparada incriminadora del negacionismo o trivialización del holocausto nazi, así como el voto particular del Juez Black, del Tribunal Supremo norteamericano, en el caso *Milk Wagon Drivers Union of Chicago v. Meadowmoor*, de 1941); 12/2008, a propósito de la exigencia legal de la composición equilibrada por sexo de las candidaturas electorales (declarando su constitucionalidad, marcando las diferencias con las decisiones del *Conseil Constitutionnel* y de la *Corte Costituzionale*); 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña (recurso a la jurisprudencia constitucional alemana por los recurrentes, y a la jurisprudencia constitucional italiana sobre las sentencias interpretativas y a la alemana sobre el valor de los preámbulos de las Constituciones y las leyes por el voto particular del magistrado J. Rodríguez-Zapata y Pérez); 198/2012, que declaró la constitucionalidad de la ley que reconoció el matrimonio de las personas del mismo sexo (la sentencia que con mayor profusión ha recurrido al Derecho comparado y a los precedentes jurisprudenciales de distintos tribunales constitucionales); 199/2013, sobre valoración como prueba de cargo de una muestra de ADN tomada sin autorización judicial en delito de daños terroristas (trajo en su apoyo una sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos); 42/2014, acerca de la inconstitucionalidad de la convocatoria por la Comunidad Autónoma de Cataluña de un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España, coincidente con la sentencia del Tribunal Supremo del Canadá de 20 de agosto de 1998, que rechazó la adecuación de un proyecto unilateral de secesión de una de sus provincias a su Constitución y al Derecho internacional; 46/2015, sobre el *Síndic de Greuges* de Cataluña y la referencia genérica del letrado del Parlamento de Cataluña al Derecho comparado de los Estados compuestos en favor de sus competencias exclusivas; 185/2016 y 215/2016, sobre las competencias de ejecución del Tribunal Constitucional, la referencia a los problemas político-institucionales de esas competencias en Alemania, Italia y Francia, y la evocación de la legendaria Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos *Marbury v Madison* (1803) en los votos particulares del magistrado J. A. Xiol Rios; 114/2017, sobre el no reconocimiento por ninguna Constitución vigente de un derecho de secesión de una parte del territorio de un Estado y la negación de las aspiraciones secesionistas por los Tribunales Supremos de Estados Unidos y de Canadá; 99/2019, sobre modificación registral de sexo y nombre por menores de edad con madurez suficiente en situación estable de transexualidad, la Constitución alemana, con mención de las leyes argentina, maltesa y noruega, y de las sentencias de los tribunales constitucionales de Colombia y de Italia, de la Suprema Corte de Justicia de México, y, especialmente, ya en su fundamentación jurídica, de las muy numerosas sentencias del Tribunal Constitucional Federal de Alemania; y 122/2021, sobre el delito de sedición, sus diferencias con otras figuras penales de Derecho comparado (Alemania, Francia, Suiza e Italia), la preservación de la primacía de la ley y del funcionamiento del Estado democrático de Derecho, la protección de la unidad territorial y la proporcionalidad de la pena. La De-

claración 1/1992 se limitó a referirse al entendimiento del Tribunal Constitucional Federal alemán acerca de la conexión entre el principio de soberanía nacional y la reserva del derecho de sufragio pasivo municipal a los nacionales, si bien al margen del Derecho comunitario.

Sobre el Derecho de la Unión Europea y, en concreto, los derechos fundamentales de tutela judicial y de defensa de la Carta y de nuestra Constitución, únicamente están traducidas al inglés la sentencia sobre estabilidad presupuestaria y objetivos de política económica de la Unión Económica y Monetaria y la sentencia *Melloni*; y un Auto sobre el planteamiento de las cuestiones de prejudicialidad y de inconstitucionalidad. Es llamativa la falta de versión inglesa de las sentencias de nuestro Tribunal Constitucional de importancia europea, que contienen los cánones evolutivos de aplicación del Derecho de la Unión y del control constitucional de su aplicación por los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria. Ninguna de esas decisiones, en su fundamentación mayoritaria, recurre a elementos de Derecho comparado, o de justicia constitucional comparada, dentro la Unión⁹¹.

La *Corte Costituzionale*, en cambio, como se ha visto, además de significar la importancia del espacio constitucional europeo e hispanoamericano para su política jurisdiccional de comparación rigurosa, influencia y de transparencia, se ha propuesto normalizar la comunicación en inglés como medio de difusión de sus pronunciamientos y, por tanto, como un elemento más de transparencia y visibilidad de su jurisprudencia.

Es cierto que el Tribunal Constitucional español señaló, al poco de iniciar el ejercicio de su jurisdicción, en su Sentencia 25/1981, de 14 de julio, que la proclamación de principios del artículo 10.1 de la Constitución sobre la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como fundamentos del orden político y de la paz social, se corresponde con reconocimientos similares en el Derecho comparado, y, en el plano internacional y supranacional, en la Declaración universal de derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto) (FJ 5)⁹². Añadiéndose en las sentencias más recientes el preámbulo y el artículo 1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (STC 81/2020, de 15 de julio, FJ 11).

⁹¹ El voto particular del magistrado J. Rodríguez Zapata-Pérez a la STC 33/2005, de 17 de febrero, aludió al federalismo de ejecución alemán y austríaco en la aplicación de reglamentos comunitarios.

⁹² Decisión que asumió la doctrina de la doble naturaleza, subjetiva y objetiva, como «elementos esenciales» del ordenamiento objetivo del Estado social y democrático de Derecho, de los derechos fundamentales, y cuya declaración, sintetizada en el texto, se ha reiterado en numerosos pronunciamientos posteriores.

Sin embargo, en su presentación pública a través de su *web* el Tribunal Constitucional no declara expresamente su voluntad institucional de contribuir a la formación de una jurisprudencia constitucional con influencia o repercusión en su área lingüística propia y en el ámbito europeo e internacional, y, a su vez, atenta a las técnicas argumentativas e interpretaciones de otras jurisdicciones constitucionales de esas y de otras áreas del mundo. En fin, no explicita su propósito de dejar oír su voz en la construcción de un orden constitucional europeo e internacional y de contribuir, con el TEDH y con el TJUE y con las demás jurisdicciones constitucionales, a la expansión de los derechos fundamentales, de la democracia y del Estado de Derecho con el que está comprometido.

Quizás haya sido decepcionante para el Tribunal, más allá de sus distintas composiciones personales afectadas, la experiencia de la STC 91/2000, *Paviglianiti*, en la que se propuso alzar su voz en el orden constitucional europeo e internacional, influyendo en otras jurisdicciones constitucionales, de las que también había tomado en préstamo sus construcciones –bien que, se recordará, frente a un ordenamiento no europeo con pena de muerte–. No es posible, sin embargo, atribuir la menor potencia del lenguaje del Tribunal en la afirmación de su vocación internacional, en comparación con los tribunales constitucionales europeos de mayor antigüedad, a la desautorización de esa doctrina *ad extra* del Tribunal, 13 años después de ser formulada, por la STJUE *Melloni* para los casos de aplicación del Derecho de la Unión y de los derechos fundamentales de la Carta. No sería esa una explicación razonable por muchos motivos, de los cuales el más simple, y al tiempo más definitivo, es que esa menor involucración de nuestro Tribunal en el orden internacional constitucional, con sus esfuerzos de transmisión de su jurisprudencia y con la incorporación de la extranjera, tal y como se deduce de la presentación objetiva de sus relaciones internacionales, está a o largo de su historia y se mantiene en la actualidad. No quisiera dar una impresión equivocada con la referencia a esa más desapegada alineación del Tribunal de su presencia internacional. Pero la presentación de su propósito cosmopolita no resiste la comparación con los tribunales constitucionales precedentes. Cuando la *Corte Costituzionale*, en su tarjeta de presentación, afirma que la «justicia constitucional no es un hecho específicamente italiano», sabe bien qué quiere decir y cómo lo quiere decir.

Pasando de la presentación a la ordenación del universo de las normas internacionales de derechos, es ya momento de que nuestro Tribunal revise sus cánones de enjuiciamiento, sentados en el pasado siglo cuando la complejidad del ordenamiento constitucional era muy inferior a la actual, y analice su necesario dinamismo y el de las normas internacionales, de empuje más que creciente, aunque se las atempere formalmente bajo su reconocido valor interpretativo (art. 10.1 CE). La afirmación adicional de que el Derecho de la Unión Europea no es canon de constitucionalidad autónomo, y la de

que el Tribunal solo está vinculado por la Constitución, resultan, además, desmentidas por la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, interpretada por el TJUE (art. 53 de la Carta), que le ha atribuido capacidad de desplazar la aplicación de ese único canon de constitucionalidad en los casos en que los Estados, sus tribunales constitucionales incluidos, apliquen el Derecho de la Unión en materias plenamente sujetas a su regulación (art. 51.1 de la Carta), de cuota también progresivamente creciente.

En todo caso, es momento de que el Tribunal abra debates sobre el cosmopolitismo, más allá de su alcance «didáctico» en el curso de sus razonamientos, al que con escasa fortuna se ha referido alguna sentencia para poner ese alcance «didáctico» en conexión nada menos que con los valores constitucionales comunes del artículo 2 del TUE⁹³. La voluntad expresada del Tribunal habría de ser la de participar con decisión e influir en la cultura constitucional universal basada en los derechos humanos y en el diálogo horizontal entre las jurisdicciones constitucionales, y no solo vertical con los tribunales europeos supranacionales, siempre valioso, además de, en ocasiones, obligado.

La ignorancia de la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales nunca puede ser celebrada y la sabiduría constitucional tiene que ser expansiva en asuntos constitucionales comunes. «El conocimiento y la sabiduría constitucional no pueden no ser difusivos de sí mismos»⁹⁴. Por lo demás, la «influencia» de unos tribunales constitucionales sobre otros, aunque se silencie, es una realidad, a la que contribuyen, además de indiscutibles factores de prestigio y respeto, la coadyuvancia instrumental, nada desdeñable, de la visibilidad y transparencia de la fundamentación de sus decisiones, y, por ende, la existencia de una lengua común en un área geográfica determinada. Ante su falta, la traducción de las decisiones de los tribunales constitucionales a otras lenguas, por lo común al inglés, facilita el acceso a su conocimiento, necesario para hacer realidad la internacionalización de la justicia constitucional. Nuestro Tribunal defería afanarse en ello para participar activamente en la comunidad internacional de tribunales constitucionales.

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la comparación es un método de conocimiento naturalmente exigente de entornos jurídicos e institucionales comparables. Como método partícipe en el enjuiciamiento constitucional y en su elaboración argumentativa depende, en el caso de nuestra jurisdicción constitucional y en el de las otras europeas y no europeas cuyas Constituciones guardan silencio al respecto, de su propia voluntad y encuentra su límite inexcusable en la preservación del marco o norma constitucional propio de cada decisión y de su parámetro de control de constitucionalidad,

⁹³ STC 31/2018, de 10 de abril, FJ 4.a).

⁹⁴ ZAGREBELSKY, «La Constitución es nuestra tarea», cit., p. 23

del que, a diferencia de la Carta, del CEDH y de otros textos internacionales de derechos, no solo no forman parte, tampoco poseen valor interpretativo cualificado, el Derecho extranjero ni las decisiones de otras cortes constitucionales extranjeras. De nuevo es obligado traer aquí la cita del artículo 10.2 de nuestra Constitución.

5. EL RECURSO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL A DECISIONES PRECEDENTES DE OTRAS JURISDICCIONES CONSTITUCIONALES: AMPLIO MARGEN DE AUTONOMÍA; PRECEDENTES EXPRESOS E INFLUENCIA IMPLÍCITA

5.1 Un uso expreso más que moderado, y discrecional, de los precedentes jurisdiccionales extranjeros

El Tribunal Constitucional ha hecho un «uso suave»⁹⁵ de argumentos de Derecho comparado, más suave aun de sentencias precedentes de otros tribunales constitucionales que de las legislaciones comparadas.

En los Anexos de su estudio, epígrafe VI, sobre «Uso del Derecho comparado por el TC» y «Uso de los precedentes extranjeros por el TC», Jiménez Alemán ofrece un exhaustivo análisis empírico de ese doble uso voluntario por nuestro Tribunal Constitucional hasta la STC 8/2017, de 23 de febrero. De su estudio obtiene Jiménez Alemán, y se obtienen, conclusiones relevantes. Repite en varias ocasiones Jiménez Alemán la conclusión general ya expuesta en las páginas iniciales de este trabajo: el Tribunal Constitucional ha hecho un uso expreso o explícito muy moderado del Derecho comparado y de los precedentes extranjeros⁹⁶.

Busca Jiménez Alemán la presencia de esos materiales en los antecedentes de hecho de las resoluciones constitucionales, en su fundamentación jurídica y en los votos particulares de los magistrados o magistradas⁹⁷.

Me limitaré, no sólo por razones obvias de extensión, sino de medición real de la influencia expresa de las legislaciones y jurisprudencias constitucio-

⁹⁵ ANNUS, T., «Comparative Constitutional Reasoning: The Law and Strategy of Selecting the Right Arguments», 14 *Duke Journal of Comparative & International Law*, 2004, pp. 303 ss.; <https://scholarship.law.duke.edu/djCIL/vol14/iss2/4>.

⁹⁶ *Op. cit.*, pp. 531, 542, 544 y 552; DI PLINIO, G., «Uso del «comparato» e problemi di legittimazione nelle dinamiche della Corti costituzionali: lo stile spagnolo», Ferrari, G. F. and Gambaro, A. (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica (Collana 50 anni della Corte Costituzionale)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2007, pp. 65 ss.

⁹⁷ *Op. cit.*, pp. 553-554 y 557.

nales comparadas en la nuestra, a comprobar la presencia de elementos legales o jurisprudenciales extranjeros en la fundamentación jurídica de las decisiones del Tribunal Constitucional. No es preciso recordar que la utilización explícita de precedentes extranjeros comparados es una decisión libre del Tribunal Constitucional, aunque hayan sido alegados por las partes, pues, como es patente, el Tribunal no es juez del Derecho extranjero –obviamente, nada tiene que ver esto con los problemas de alegación y prueba del Derecho extranjero– y nada le vincula, en nuestra Constitución, a interpretar la Constitución con argumentos fundados en el Derecho comparado y decisiones de tribunales constitucionales extranjeros, con los que nuestro ordenamiento no tiene que coincidir necesariamente», según el ATC 496/1989, de 16 de octubre, FJ 1. El Tribunal Constitucional no tiene que argumentar específicamente nada sobre la alegación de precedentes extranjeros, al tiempo que puede razonar con ellos si han influido en su decisión, o si no lo han hecho y los rechaza, y no hacerlo, pese a que hayan influido⁹⁸. Los precedentes extranjeros no tienen cabida en el mandato interpretativo del artículo 10.2 CE⁹⁹. Rige «la absoluta discrecionalidad argumentativa de los jueces»¹⁰⁰, debiendo las alegaciones de parte ser respondidas con el parámetro de la constitucionalidad propia, no de las razones o argumentaciones de otras jurisdicciones constitucionales.

Hasta la STC 8/2017, el Tribunal Constitucional había recurrido al Derecho comparado en la fundamentación jurídica de 88 resoluciones, 74 sentencias y 14 autos, mientras que sólo en 34 decisiones, sentencias mayoritariamente y 2 autos, había evocado en su fundamentos jurídicos precedentes de las jurisprudencias constitucionales extranjeras para llevarlas a sus propios ámbitos de decisión, coincidiendo en esas 34 decisiones tanto en la utilización del derecho comparado como de precedentes extranjeros, que, hasta la citada sentencia, nunca se han utilizado solos, ni en la fundamentación jurídica, ni en los antecedentes, ni en los votos particulares¹⁰¹, mostrando esa conjunción una mayor

⁹⁸ En el caso bien conocido de la STC 12/2008 el Tribunal dijo que las consideraciones de los recurrentes «sobre los avatares de las jurisprudencias italiana y francesa» sobre la igualdad de mujeres y hombres en la representación política –las constituciones habían sido reformadas al efecto– no le competían. No obstante, razonó con la diferencia entre aquellos ordenamientos y el nuestro por «la amplitud de contenido del artículo 9.2 CE [...]» (FJ 4). Las referencias a decisiones del Consejo Constitucional Francés se mantuvieron en los antecedentes de las SSTC 13/2009 y 40/2011, alegadas por los recurrentes y combatidas por el Parlamento Vasco y la Junta de Andalucía. Dichas sentencias desestimaron los recursos de inconstitucionalidad de diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra preceptos de la Ley del Parlamento Vasco para la igualdad de mujeres y hombres, y de Ley andaluza de modificación de la Ley electoral de Andalucía, leyes sobre la democracia paritaria. En las sentencias sobre la diferencia de trato penológico de la mujer y el varón en el delito de maltrato ocasional familiar, conforme a la regulación del Código Penal reformada por la Ley orgánica de protección integral contra la violencia de género, el Tribunal no respondió a las referencias de los autos de los juzgados de lo penal cuestionantes sobre el carácter insólito en el Derecho comparado de las medidas del legislador español, solo contempladas en aquel momento en la legislación de Suecia (SSTC 50/2008, de 14 de mayo, y 83/2008, de 17 de julio, Antecedentes.3).

⁹⁹ STC 12/2008, cit., FJ 4.

¹⁰⁰ JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, p. 534.

¹⁰¹ Siempre según los datos de JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, pp. 553-554 y 557.

desconfianza hacia las sentencias constitucionales extranjeras, siempre acompañadas en su cita de la Constitución o de la ley extranjera (aunque a veces la referencia al Derecho comparado no pase de ser una mención genérica).

Atendiendo a las estadísticas jurisdiccionales que el Tribunal proporciona, desde 15 de julio de 1980 a 31 de diciembre de 2016 el Tribunal había dictado 8082 sentencias y 125996 autos¹⁰². Añadiendo las 37 sentencias aprobadas hasta el 14 de abril de 2017, fecha de cierre del trabajo de Jiménez Alemán, y dejando de lado los autos, el número total de sentencias fue de 8119, de las que las 32 que recurrieron explícitamente en su motivación jurídica a las sentencias de otras jurisdicciones de las Constituciones representaron un inapreciable 0,39% (las sentencias que, además, también se apoyaron en el Derecho comparado no alcanzaron el 1%) Hay que decir que el Tribunal Constitucional había hecho un uso explícito no moderado, sino más que moderado, realmente parco, del Derecho extranjero y de sentencias procedentes de otros tribunales constitucionales o supremos en sus primeros 36 años de vida.

Las materias sobre las que mayoritariamente pivotó el recurso de nuestra jurisdicción constitucional a precedentes extranjeros han sido los derechos fundamentales, seguidos de los asuntos competenciales en el Estado compuesto, y de las cuestiones procesales. Consiguientemente, los procesos constitucionales en que esa presencia del Derecho extranjero fue más relevante fueron los recursos de amparo y los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, muchos de ellos de contenido competencial, lo que explica la muy escasa presencia –general– de los conflictos competenciales. Las cortes más influyentes han sido, como cabía esperar, en primer lugar, el *BVerfGG*, seguido del Tribunal Supremo de Estados Unidos, la *Corte Costituzionale* y el *VfGH* austríaco¹⁰³.

En los años posteriores, hasta 31 de diciembre de 2022, se ha mantenido esa frágil tónica comparada. Siendo escasas, han seguido siendo más numerosas las resoluciones del Tribunal que se han valido del Derecho comparado, con precisión en ocasiones y en otras con meras alusiones abiertas a los sistemas jurídicos de nuestro entorno, que las que han acudido a la jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales, apenas más de una media docena (7 sen-

¹⁰² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Estadísticas-1980-1994*, de 15 de julio de 1980 a 31 de julio de 1994, Gabinete Técnico del Presidente, Madrid, 1994, pp. 8 y 9 (<https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-1980-1994.pdf>); *Estadísticas-1999*, Datos comparados (1995-1999), Madrid, 1999, p. 20 (<https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-1999.pdf>); *Estadísticas-2004*, Datos comparados (2000-2004), p. 31 (<https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2004.pdf>); *Estadísticas-2009*, Datos comparados (2005-2009), p. 25 (<https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2009.pdf>); *Estadísticas-2014*, Datos comparados (2010-2014), p. 252 (<https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2014.pdf>); *Memoria 2015*, BOE, Madrid, 2016, p. 271 (<https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2015.pdf>); *Memoria 2016*, BOE, Madrid, 2017, p. 233 (<https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2016.pdf>).

¹⁰³ JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, pp. 555-556, 558, 554-555, 557-558, 556-557 y 558-559.

tencias y un auto) en años de la pandemia global de la Covid-19, de ingreso de asuntos de interés global y de relevante litigiosidad constitucional. Sobre el total de sentencias dictadas desde 2017 –restadas las 27 sentencias aprobadas hasta el 14 de abril de 2017, sumadas al período anterior–, supusieron un 0,7%¹⁰⁴.

La STC 51/2017, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad parcial de la ley de consultas populares por vía de referéndum de Cataluña, tras un leve recorrido de Derecho comparado (Suiza, Alemania, Austria, Italia), trajo en apoyo de su motivación sentencias del *BVerfGG* y de la *Corte Costituzionale* (FJ 4). La STC 90/2017, que declaró la inconstitucionalidad y nulidad de la habilitación presupuestaria por ley de Cataluña de los gastos de convocatoria del proceso referendario sobre el futuro político de Cataluña, reiteró la ilegitimidad constitucional de la convocatoria unilateral por una Comunidad Autónoma de un referéndum de autodeterminación para decidir sobre su integración en España, decretada por la STC 42/2014 a propósito de la «Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña». Y lo hizo señalando en ambas ocasiones que la conclusión alcanzada «es del mismo tenor que la que formuló el Tribunal Supremo del Canadá en el pronunciamiento de 20 de agosto de 1998, en el que rechazó la adecuación de un proyecto unilateral de secesión por parte de una de sus provincias tanto a su Constitución como a los postulados del Derecho internacional» [FJ 6.a)]. La STC 31/2018, sobre la legitimidad constitucional de la opción legal de permitir la educación diferenciada por sexos, descartó su carácter discriminatorio con argumentos de partida tomados de sentencias del *BVerfGG* y del Tribunal Supremo de Estados Unidos, además de la Constitución alemana, las legislaciones británica, francesa y belga [FJ 4.a)]. En la STC 51/2018 el Tribunal reiteró su doctrina, tomada del *BVerfGG*, de que las normas tributarias retroactivas no son *per se* constitucionalmente ilegítimas, sino «cuando atentan a tal principio de seguridad jurídica] y a la confianza de los ciudadanos» [FJ 5.a)]; doctrina también seguida por la *Corte Costituzionale* y por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, aunque sus decisiones no se trajeron a colación en esa ocasión. Ya me he referido a la STC 99/2019, sobre el derecho a la autodeterminación de la identidad de género y la modificación registral de sexo y nombre por menores de edad con madurez suficiente en situación estable de transexualidad, y a su apoyo en numerosos precedentes jurisprudenciales del *BVerfGG* [FFJJ 4.a) y 7]. La STC 126/2019 volvió sobre la inconstitucionalidad de la regulación del impuesto sobre el incremento del valor de terrenos de naturaleza urbana cuando la cuota supera el incremento patrimonial realmente obtenido por el contribuyente, una carga «excesiva» o «exagerada» según sentencias del *BVerfGG* y del Consejo Constitucional francés, además del TEDH

¹⁰⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Memoria 2021*, Madrid, 2022, p. 245 (<https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/ESTADISTICAS-2021.pdf>); *2022_Estadistica_Anual_V1.pdf*, Cuadro núm. 3. Resoluciones dictadas (https://www.tribunalconstitucional.es/es/memorias/Estadisticas/2022_Estadistica_Anual_V1.pdf).

[FJ 4]¹⁰⁵. En fin, la STC 169/2021, sobre introducción por el legislador de la pena de prisión permanente revisable, expuso la duración de las penas en los ordenamientos de países del Consejo de Europa y recordó que la Corte Constitucional italiana en su sentencia de 2 de junio de 1997, núm. 161, había declarado la inconstitucionalidad –por infringir el artículo 27.3 de la Constitución Italiana, que establece la finalidad reeducativa de las penas– del precepto del Código penal que anudaba un efecto preclusivo absoluto a la revocación de la libertad condicional de los condenados a la pena de *ergastolo*, citando otras decisiones de la Corte Constitucional italiana para apoyar su interpretación de conformidad constitucional [FFJJ 7. B), 9.b) y 10.(i)], que sería respondida en el voto particular discrepante de los magistrados J. A. Xiol Ríos y C. Conde-Pumpido Tourón y de la magistrada M. L. Balaguer Callejón, además de con la «equivoca cobertura del Derecho comparado», con la cita de numerosas sentencias del *BVerfGG* y de la misma *Corte Costituzionale* sobre la inconstitucionalidad de la aplicación de penas privativas de libertad a perpetuidad, contrarias a los más elementales derechos fundamentales de las personas y a su dignidad [A).4.a) y 5]. Ambas interpretaciones, de conformidad constitucional y de inconstitucionalidad, se sustentaron en SSTEDH.

Todas las sentencias citadas se dictaron en procesos de control de la constitucionalidad de las leyes (recursos y cuestiones de inconstitucionalidad), lo que significó un cambio en las materias y procesos de encauzamiento de la litigiosidad constitucional.

El ATC 40/2020 inadmitió el recurso de amparo interpuesto por el sindicato CUT el 29 de abril de 2020 frente a la resolución administrativa prohibitiva de la manifestación rodada en coches particulares convocada en Vigo para conmemorar el 1 de mayo de 2020, en plena pandemia de la Covid-19, por razones sanitarias, confirmada judicialmente. El ATC recurrió a pronunciamientos del *BVerfGG* para dotar de eficacia persuasiva a la insegura y contradictoria motivación de su decisión –unánime, pero en la que latía la falta de unanimidad de la Sala 1.^a del Tribunal sobre el en aquel momento pendiente recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del primer estado de alarma– de no adoptar las medidas cautelares solicitadas. La jurisprudencia del *BVerfGG* considera infructuosa la solicitud de tutela judicial urgente si una demanda constitucional es inadmisibles o manifiestamente infundada; la falta de «margen temporal» ante la necesaria celebración de la manifestación el 1 de mayo, y no en otra fecha, diferenciaba el caso del «ejemplo comparado que aporta la sentencia del Tribunal Constitucional Federal

¹⁰⁵ La STC 126/2019 aplicó doctrina de otras anteriores, en concreto de STC 59/2017, que, a su vez, reiteró otras anteriores, ninguna de las cuales citó precedentes jurisprudenciales extranjeros. Lo que prueba que ese recurso, o su falta, no es una decisión institucional.

Alemania dictada el 15 de abril de 2020 (1 BvR 828/20)¹⁰⁶, en que las medidas cautelares eran separables del pleito principal. Sobre la inviabilidad de las medidas cautelares, volvió el Tribunal Constitucional a acudir a la sentencia del *BVerfGG* de 7 de abril de 2020 sobre el ejercicio del derecho de manifestación en la Covid (1 BvR 755/20)¹⁰⁷, que había rechazado adoptar medidas cautelares respecto de la impugnada ordenanza bávara sobre medidas de prevención de infecciones relacionadas con el coronavirus, temporalmente limitativas y prohibitivas del contacto físico directo y de cualquier tipo de encuentro personal, del funcionamiento de establecimientos abiertos al público, y de la salida de la propia casa sin una razón específica. Con la adopción de la medida cautelar las personas abandonarían sus hogares con mayor frecuencia y se produciría un contacto personal directo entre ellas, con las consecuencias de que el peligro de infección por el virus, de colapso de las instituciones médicas y de muerte de las personas aumentaría considerablemente (FJ 3). Concluyó el Tribunal que, «siendo positivo» su juicio liminar sobre la proporcionalidad de las medidas administrativas prohibitivas, no podía aceptar la verosimilitud de la lesión del derecho fundamental de manifestación (FJ 4). Otras decisiones de órganos de la jurisdicción social, de la misma fecha, autorizaron manifestaciones del 1 de mayo de 2020.

No ha sido muy distinta esa parquedad cosmopolita de nuestro Tribunal Constitucional de la practicada por cortes constitucionales europeas, entre ellas por la más influyente, el *BVerfGG*, cuya vocación internacional es ejercida mediante la transmisión de su *autoritas* hacia otras jurisdicciones constitucionales más que sobre la incorporación de precedentes extranjeros a su propia jurisprudencia, siempre moderada¹⁰⁸; consideración hacia el exterior, hacia la exportación de las interpretaciones propias, que también mueve al Tribunal Constitucional austriaco, por su condición de jurisdicción constitucional paradigmática, renuente al uso expreso de precedentes extranjeros como método de interpretación y argumentación, por su metodología derivada del positivismo jurídico y por la doctrina de autocontención del Derecho constitucional austriaco¹⁰⁹. La *Corte costituzionale* también ha recurrido en ocasiones escasas a precedentes extranjeros de forma expresa. El *Conseil constitutionnel* no cita explícitamente sentencias extranjeras, aunque las considere y las incorpore reservadamente a su jurisprudencia. Son jurisdicciones muy ligadas a su propia cultura jurídica. La excepción, en los tribunales constitucionales de nuestro

¹⁰⁶ Decisión de la Primera Sala del Primer Senado, ECLI: DE: BVerfG:2020: rk20200415.1bvr082820. Acceso en inglés en www.bundesverfassungsgericht.de/en

¹⁰⁷ Decisión de la Sala 3 del Senado Primero, ECLI: DE: BVerfG:2020: rk20200407.1bvr075520, www.bundesverfassungsgericht.de/en

¹⁰⁸ BRITO MELGAREJO, R., «El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales constitucionales. Un análisis comparativo», *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 2/2002, abril, 2010, pp. 18-19 (www.indret.com).

¹⁰⁹ GAMPER, A., «Austria: Non-cosmopolitan, but Europe-friendly-The Constitutional Court's Comparative Approach», GROPPY y PONTHEUREAU, *op. cit.*, pp. 213 ss.; «Foreign Precedents in Austrian Constitutional Litigation», *Vienna Journal on International Constitutional Law*, 1, 2015, pp. 27 ss.

entorno, es el Tribunal Constitucional portugués, para el que es «práctica constante» la cita de decisiones de los tribunales de España, Alemania e Italia, así como de la jurisprudencia norteamericana¹¹⁰.

Como se avanzó, la Corte Suprema de Estados Unidos no se ha cerrado absolutamente a utilizar el método comparativo en la interpretación de su Constitución. Dentro de un debate permanente en la vida de la institución, desde los tiempos del juez Marshall y «a pesar de la reticencia aislacionista que existe», esa práctica había comenzado a ser «constante entre los *Justices* norteamericanos»¹¹¹.

La comunicación constitucional transnacional y la influencia recíproca de las jurisdicciones y jurisprudencias constitucionales es un hecho, con frecuencia no manifestado formalmente en sus decisiones. También he de volver sobre este fenómeno.

5.2 La legitimación de las jurisdicciones constitucionales a través de la motivación de sus decisiones y su conocimiento y difusión públicos. La razón de la Constitución. El recurso explícito a los precedentes constitucionales extranjeros, ¿una decisión estratégica de las cortes constitucionales?

La interpretación de las Constituciones por los órganos encargados de su defensa jurisdiccional, tarea de la mayor relevancia para las democracias, hace efectiva la supremacía normativa de sus Constituciones.

La motivación de las decisiones de los tribunales constitucionales es el instrumento de legitimación del ejercicio de la jurisdicción constitucional, y es contenido del derecho fundamental de las personas titulares de derechos e intereses legítimos a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a una motivación de la decisión fundada en Derecho, y en primer término en la Constitución, norma suprema del ordenamiento (arts. 24.1 y 120.3 CE). Si la legitimidad de origen, la composición del Tribunal, no depende de la institución, su legitimidad de ejercicio le corresponde probarla a través de la fundamentación de sus resoluciones, de la justificación pública de su razón de decidir. El prestigio de la institución, su autoridad y convicción se manifiesta en la relevancia y calidad de la motivación jurídica de sus decisiones. De forma que el proceso argumental es de vital importancia para una jurisdicción cuyo poder y cuya *autoritas* dependen del ejercicio de su función de interpretación de la Constitución y se reflejan en la motivación de sus resoluciones, que han de expresar

¹¹⁰ BRITO MELGAREJO, *op. cit.*, pp. 15-20.

¹¹¹ BRITO MELGAREJO, *op. cit.*, p. 11.

la razón de la Constitución en términos fundados en ella y transparentes para su comprensión aceptación por los ciudadanos. La transparencia contribuye a aumentar la confianza de los ciudadanos. En su beneficio –aunque el beneficio sea discutible y no aceptado por todos los sistemas de justicia constitucional, ni por la crítica doctrinal– en ciertas jurisdicciones constitucionales es legítimo el uso de votos particulares para la expresión de la disidencia en aras de esa transparencia como valor superior al del consenso unánime, o al menos al del consenso sin disensos expresados formalmente.

Pese a esa cortedad en la expresión pública de la influencia cruzada entre jurisdicciones constitucionales, ¿hay una finalidad estratégica en el recurso por los tribunales constitucionales a los precedentes constitucionales extranjeros explícitos?

Jiménez Alemán ha sistematizado, de acuerdo con la doctrina que se ha ocupado del tema respecto de otras jurisdicciones constitucionales, la significación y finalidad de ese uso explícito por nuestro Tribunal Constitucional, a partir del principal, que es el de «servir de soporte» a sus propias deducciones. Esos usos tienen como finalidades básicas apoyar las conclusiones ya alcanzadas, facilitar la mejor comprensión de la doctrina constitucional sentada, contextualizar la decisión en el marco de otra extranjera que se trae a modo de sostén argumental, o marcar la distinción con nuestro ordenamiento constitucional¹¹². Sin olvidar los casos en que el recurso al comparatismo jurisdiccional constitucional no pasa de hacerse con un mero propósito de «función ornamental»¹¹³.

¿Es beneficioso el recurso a la cita de los precedentes extranjeros? Es necesario observar ciertas exigencias metodológicas, comenzando por la elemental de no ignorar la diferencia de tradiciones y culturas jurídicas y siguiendo por la también elemental de descartar los empeños inútiles, a los que habría que sumar los movidos por la mera apariencia, erudición o, no digamos, por una finalidad de cortesía. En positivo, el recurso explícito a los precedentes extranjeros ha de guardar ciertos requisitos de operatividad: ha de venir marcado por la pertinencia y resultar alejado de un exceso de activismo judicial que se precipite en un indebido gobierno de los jueces constitucionales frente a la propia Constitución y a los legisladores democráticos. Volviendo a los límites, la selección del precedente no puede ser caprichosa, sin que la solución extranjera se convierta en un mecanismo sistemático de interpretación o de integra-

¹¹² *Op. cit.*, pp. 544 ss.

¹¹³ DROBNIG, U., «General Report. The Use of Comparative Law by Courts», en *The use of comparative law by courts*, en Drobniq, U., y Van Erp S. (eds.), Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1999, pp. 3 y 18. El informe general y los informes nacionales (Australia, Canadá, Unión Europea, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Israel, Japón, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido y Estados Unidos de América) ilustran bien el impacto de las tradiciones, actitudes y circunstancias divergentes, impeditivas del uso comparativo.

ción de presuntas lagunas de regulación de la Constitución nacional o de pretendidos déficits técnicos, salvo que la propia Constitución lo admita, como es el caso ya referido de las Constituciones sudafricana y de Malawi, que llaman al Derecho extranjero para interpretar sus propios derechos. Sin esa autorización constitucional expresa, no es posible la utilización de los precedentes extranjeros como instrumento de una interpretación integradora o analógica extensiva. Los límites del razonamiento analógico no permiten llevar esa analogía a *crear* una norma inexistente en la Constitución, lo que equivaldría nada menos que a su reforma y a una crisis constitucional abierta. Las competencias del Tribunal Constitucional y el principio constitucional de seguridad jurídica rigen los métodos de interpretación de las normas, principios, categorías y conceptos constitucionales, atendiendo a su expresión formal, a su inserción en el entero texto constitucional y a su evolución en la realidad social. Tampoco la cita expresa de una sentencia de una jurisdicción constitucional extranjera sirve para prever, con un grado de previsibilidad superior a los casos en que no se ha traído a colación un precedente extranjero, que su doctrina se seguirá en decisiones posteriores. Nuestro sistema jurídico no es de *stare decisis*.

Esto sentado, el reconocimiento de la jurisprudencia constitucional extranjera puede servir para abordar cuestiones no resueltas de la interpretación constitucional evolutiva cuando la respuesta jurisdiccional se revela inserta en una problemática comparada extendida, además de para dar fuerza a la interpretación de las ya resueltas cuando se considera insuficiente la argumentación construida con el texto constitucional nacional por permitir varios entendimientos ante la falta de intervención del legislador o como consecuencia de la intervención de éste, o para señalar la divergencia y separarse de los planteamientos comparados, o cuando la decisión que vaya a adoptarse carece del respaldo unánime o mayoritario de los jueces o magistrados constitucionales y el precedente extranjero viene en ayuda dialéctica del vencimiento de las resistencias, o, por el contrario, de las posiciones vencidas. Si esto es así, la apertura a la expresión de los precedentes extranjeros tenidos en cuenta responderá a la estrategia de las cortes constitucionales de fortalecer la motivación de sus decisiones, favorecer el consenso en su aprobación y fomentar su transparencia.

En un plano general, ese recurso explícito a referencias cruzadas comparadas desarrolla el diálogo entre las jurisdicciones constitucionales, promueve el conocimiento de las razones de las argumentaciones jurídico-constitucionales comparadas sobre las mismas cuestiones, y facilita la internacionalización del constitucionalismo, de la voz de las Constituciones, en defensa de los Estados de Derecho y de la democracia, de los que son dimensión sustancial los derechos fundamentales, al tiempo que sirve a la solución de asuntos de alcance supraestatal, en los que están en juego elementos esenciales de las Constituciones. Pero, como he dicho, es esta una decisión concerniente a cada jurisdicción constitucional no vinculada, en el caso de la generalidad de las Constituciones, por un mandato constitucional de interpretación

conforme al Derecho extranjero, alojada en una valoración libre de pertinencia del propio órgano jurisdiccional constitucional.

La interpretación constitucional se dirige a todos, y no solo a las partes del litigio constitucional concreto. En nuestro sistema de justicia constitucional, esa eficacia general se asegura mediante la publicación oficial íntegra de las sentencias del Tribunal Constitucional, con sus votos particulares en su caso, y los efectos *erga omnes* de las que «declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y [de] todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho» (arts. 164.1 CE). El Tribunal Constitucional puede ordenar la publicación de sus autos cuando lo estime conveniente (art. 86.2 LOTC). La exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad del contenido íntegro de las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal Constitucional que incorporan doctrina constitucional no es de carácter absoluto, recordando el legislador orgánico que para la efectividad de la protección de los derechos de privacidad el Tribunal ha de adoptar «las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el artículo 18.4 de la Constitución» (art. 86.3 LOTC). Así se ha encargado de concretarlo el Tribunal Constitucional a la vista de los «criterios también seguidos por otros Altos Tribunales extranjeros», que no identifica, y por Altos Tribunales «supranacionales e internacionales y, muy especialmente, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos»¹¹⁴. Pero respetados esos límites, la difusión general de las resoluciones del Tribunal Constitucional puede hacerse efectiva a través de cualesquiera medios que el propio Tribunal haya dispuesto.

En la actualidad los tribunales constitucionales, disponen, además de oficinas y portavoces de prensa, de medios tecnológicos, potentes y eficacísimos, de difusión de sus pronunciamientos para su general conocimiento, y muy señaladamente por la opinión jurídica especializada, entre los que destacan sus páginas web accesibles en varias lenguas, y redes sociales. Son habituales los boletines informativos y comunicados de prensa sobre decisiones de importancia, actualidades y su transmisión, también en inglés, mediante correo electrónico, RSS feeds, resúmenes de actividades, videos, documentales de tv y radio. En la Corte Suprema de Estados Unidos, sus opiniones o dictámenes «se publican en el sitio web unos minutos después de que se emiten», según su página¹¹⁵.

5.3 La influencia implícita

El uso implícito, de muy difícil medición –el silencio sobre ese uso de las experiencias constitucionales comparadas precisa de otras medios de identi-

¹¹⁴ STC 114/2006, de 5 de abril, FJ 7.

¹¹⁵ <https://www.supremecourt.gov/opinions/slipopinion/22>

ficación, primariamente de la comparación de las jurisprudencias constitucionales—, puede decirse que ha sido y es muy superior, pues una jurisdicción constitucional no se improvisa; al contrario, construye sus categorías y técnicas de razonamiento, enjuiciamiento e interpretación constitucionales mirándose en el espejo de las decisiones de otras jurisdicciones constitucionales precedentes. Cabe afirmar en este sentido que «nuestro supremo intérprete vale más por lo que calla, que por lo que dice»¹¹⁶ sobre la utilización de materiales extranjeros.

El momento inaugural de una jurisdicción constitucional es singularmente importante. «La plenitud de los tiempos constitucionales es la inicial, cuando el llamado «velo de la ignorancia» oculta los desarrollos futuros, impide los cálculos de utilidad inmediata y predispone a la esperanza del bien común»¹¹⁷. Nuestro primer Tribunal Constitucional, un tribunal de excelencia en el que los órganos llamados a proponer a los magistrados cumplieron su obligación constitucional, fue consciente de la gran responsabilidad que asumía al poner en marcha el ejercicio de la garantía jurisdiccional de la Constitución normativa. Tuvo que echar la mirada a otras jurisdicciones constitucionales, y el arsenal técnico de que se dotó (competencia y leyes preconstitucionales, contenidos esenciales de los derechos, juicios de ponderación y de proporcionalidad en conflictos entre derechos fundamentales, en general teoría de los derechos fundamentales, principio de interpretación conforme...) lo obtuvo de la jurisprudencia constitucional comparada, especialmente de la alemana, dada la influencia del modelo alemán de justicia constitucional en el nuestro, de la Ley Fundamental de la Republica Federal y de la Ley del Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht-BVerfGG*) en nuestra Constitución y en la LOTC, y también de la italiana. Se ha dicho que en 1980, año de constitución de nuestro Tribunal Constitucional, «la jurisdicción constitucional concentrada vivía en Europa un momento de juvenil esplendor. Todavía tendría que pasar un año para que el Consejo Constitucional francés se librara del corsé ordenancista con el que había nacido. Pero el *Bundesverfassungsgericht* y la *Corte costituzionale* estaban demostrando con éxito toda la potencialidad de su contribución a hacer realidad la idea de la constitución normativa en Europa»¹¹⁸. Hacia allí, y hacia el TEDH, miró el primer Tribunal Constitucional.

Hacia esas jurisdicciones constitucionales y hacia otras, señaladamente hacia el Tribunal Supremo estadounidense, siguieron mirando los sucesivos tribunales parcialmente renovados, conocedores de la jurisprudencia constitucional extranjera y conscientes de que, con frecuencia, debían decidir las mismas o similares cuestiones ya resueltas por otras jurisdicciones del sistema europeo de control concentrado de constitucionalidad, o de otros sistemas

¹¹⁶ JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, p. 553

¹¹⁷ «La Constitución es nuestra tarea», cit., p. 14.

¹¹⁸ CRUZ, P., «Pasado, presente y futuro del Tribunal Constitucional», cit., p. 2.

constitucionales, o de otras latitudes, particularmente en la construcción evolutiva de los derechos fundamentales. La intensificación del proyecto de integración europea planteó problemas comunes a las jurisdicciones constitucionales estatales sobre el sistema de fuentes de la Unión, la primacía de su Derecho, el control constitucional de su aplicación por los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria y, en su caso, de su obligación de recurrir al mecanismo de prejudicialidad (control difuso de europeidad¹¹⁹), siendo de nuevo la jurisprudencia del *BVerfGG* anterior a 2019 referencia llamada para la elaboración por nuestro Tribunal Constitucional de sus cánones de enjuiciamiento constitucional concentrado desde el pasado siglo y su evolución en éste. ¿Lo será también para el gran tema de la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales de nuestra Constitución y los derechos fundamentales de la Carta tras su cambio de 2019?¹²⁰.

La circulación de la cultura constitucional democrática, de forma explícita a la que son propensos los países de *common law* e implícita, con excepciones, en los de *civil law*¹²¹, es un hecho, sin rebajar los obstáculos que levanta el pluralismo lingüístico en estos últimos. Sería preocupante que en los pronunciamientos constitucionales no referidos a la configuración constitucional de cada Estado y sí a cuestiones o materias de interés común, incluidas la integridad territorial de los Estados y la inexistencia de un pretendido derecho constitucional de autodeterminación secesionista y las estructurales sobre la organización de las jurisdicciones constitucionales, sus procedimientos y poderes, esas jurisdicciones, nuestro Tribunal Constitucional en concreto, desconocieran la tarea de interpretación de sus Constituciones que han llevado y llevan a término otros tribunales constitucionales. Los precedentes extranjeros no asomarán en la motivación de sus decisiones –¿es un criterio que queda a la determinación del pleno o de la sala o se debe la iniciativa de cada ponente?–, pero las jurisdicciones constitucionales han de estar en condiciones de conocer los precedentes extranjeros.

Que esto sea así, no impide que los flujos de interrelación entre las jurisdicciones constitucionales y sus decisiones no sean explícitos. No hay que considerar inusual, sino muy frecuente, en las jurisdicciones constitucionales que no hacen uso expreso, o lo hacen de modo muy moderado, de los precedentes extranjeros, que, habiéndolos tomado en consideración, decidan, no obstante, no citarlos expresamente, con lo que el conocimiento de la medida en que la jurisprudencia constitucional ha buscado en decisiones comparadas la solución y ha tomado incluso la parte esencial de su argumentación de fuentes comparadas es

¹¹⁹ ALONSO GARCÍA, R., «El control de convencionalidad: cinco interrogantes», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, 2020, pp. 17, 32, 38 y 49.

¹²⁰ ALONSO GARCÍA, R., «El TC y el derecho al olvido: ¿allanando un camino «a la alemana» de la CDFUE como parámetro directo de amparo?», cit., pp. 9 ss.

¹²¹ Para el caso suizo, BRITO MELGAREJO, *op. cit.*, p. 16.

solo aproximado. El silencio no necesariamente significa desconocimiento de los precedentes extranjeros. Esa omisión o la mención escasa y selectiva de los precedentes extranjeros por otras jurisdicciones constitucionales, como la española, puede deberse a una decisión consciente coincidente con una estrategia de política jurisdiccional constitucional basada, no en la necesidad de fundamentar la decisión en la propia Constitución, lo que es obvio en cuanto parámetro de interpretación y de control de validez de leyes y actos, sino en que esa fundamentación jurídica en la Constitución nacional tiene suficiente fuerza argumental y persuasiva y no precisa ayudarse de elementos de legitimación provenientes de otras jurisdicciones comparadas, aunque sean conscientes; o, claro es, en determinados casos, en que la decisión posee una singularidad propia.

Esa práctica de asunción implícita por una jurisdicción constitucional de la doctrina de otras jurisdicciones constitucionales transcurre de manera «subterránea» y «poco visible»; sus frutos son, sin embargo, «legibles en la motivación de las decisiones»¹²², y dejan la valoración del impacto real del comparatismo constitucional en la ambigüedad, la incertidumbre, oculto en un plano interno, en una «recepción críptica»¹²³.

Se ha dicho que «existe un cierto grado de influencia implícita en todo el mundo, que representa un aspecto nuevo en el Derecho constitucional»¹²⁴. Una valoración rigurosa de esa «influencia implícita» requiere, como ya he dicho, de un equipo de investigación que utilice el método comparado a partir del conocimiento completo de las líneas jurisprudenciales y de las decisiones de las distintas jurisdicciones constitucionales.

6. CONCLUSIONES

Los resultados del análisis hasta aquí efectuado confirman los conclusiones alcanzados en la investigación empírica de T. Groppi y M.-C. Ponthoreau, llevada a cabo hace casi una década,¹²⁵ sobre el recurso expreso a precedentes extranjeros por las jurisdicciones constitucionales:

- 1) El recurso a los razonamientos de las decisiones constitucionales comparadas se utiliza como argumentación adicional, de apoyo a la

¹²² GROPPI, «La «primaauté» del Derecho Europeo sobre el Derecho constitucional nacional. Un punto de vista comparado», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 5, 2006, p. 243.

¹²³ BRITO MELGAREJO, *op. cit.*, pp. 19 ss.

¹²⁴ GROPPI, «Bottom up globalization? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali, cit., p. 199.

¹²⁵ *The use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., pp. 429-430. Cfr. JACAB, A., «The use of foreign precedents by constitutional judges: Groppi, T. y Ponthoreau, M.-C. (eds): Hart Publishing 2013 [...], Acta Juridica Hungarica, 55, 3, pp. 296-298, 2014 (DOI:10.1556/AJur.55.2014.3.6).

fundamentación jurídico-constitucional desarrollada, en aras de su credibilidad y aceptación, y sin fuerza vinculante propia (salvo que, excepcionalmente, las Constituciones llamen al Derecho y a la jurisprudencia extranjeros para su propia interpretación).

- 2) Los tribunales constitucionales que utilizan explícitamente precedentes judiciales extranjeros no explican ni justifican su selección, que resulta, de ordinario, de la identidad de la solución alcanzada, aunque en algún caso sirva para marcar las diferencias.
- 3) El recurso expreso a los precedentes comparados es más frecuente en el ámbito de los derechos por causa de la extensión del sistema jurídico internacional de derechos humanos y la implantación y fortalecimiento de sistemas regionales de derechos, con órganos jurisdiccionales propios que practican el comparatismo de las declaraciones de derechos constitucionales de los Estados que los integran; en otras palabras, por causa de la vocación universal de los derechos y el papel que en ellos desempeña la protección de la dignidad humana y de la igualdad de las personas, así como de la práctica comparatista de los órganos de garantía de los convenios regionales de derechos, puntos de encuentro de culturas jurídicas también diversas.
- 4) Los nuevos temas de la litigiosidad constitucional relevante, por su novedad o por su impacto social o político potencialmente importante, propenden a la búsqueda de las soluciones dadas por las jurisdicciones constitucionales que los han debido afrontar más tempranamente.
- 5) Presupuesta la identidad de valores y de cultura jurídica y la proximidad de los modelos de justicia constitucional, es altamente probable que las jurisdicciones constitucionales más jóvenes acudan a la jurisprudencia de las más asentadas y experimentadas, de gran autoridad y prestigio, para el ejercicio de su función jurisdiccional. Ocurre que algo tan evidente deja de serlo, o puede dejar de serlo, porque ese préstamo de soluciones constitucionales, de indudable entidad fáctica, puede no reconocerse expresamente por las jurisdicciones constitucionales que no hacen uso o hacen un uso moderado de los precedentes judiciales extranjeros, que permanecen en el área de influencia implícita de unas jurisdicciones sobre otras.
- 6) El recurso a los precedentes extranjeros está relacionado, o puede estarlo, con el nivel de desacuerdo interno de las resoluciones de las jurisdicciones constitucionales (cuantas más opiniones o votos discrepantes tenga la decisión en las jurisdicciones constitucionales

que reconocen la expresión de la disidencia, más probable es la cita de precedentes comparados). El precedente extranjero se utiliza con fuerza persuasiva, en la deliberación interna para alcanzar la unanimidad o rebajar la disidencia y, quizás después en el texto de la sentencia, para reforzar la autoridad de la decisión.

- 7) Aunque se dan las condiciones para que el diálogo entre los jueces constitucionales y el recurso a los precedentes comparados estuviera creciendo en un mundo sin fronteras, en el que, lejos del aislamiento nacional de antaño, los jueces constitucionales reclaman un papel en la protección de los valores básicos y universales del constitucionalismo, los datos no confirman esta tendencia, pues ese papel de los tribunales constitucionales viene siendo desempeñado por tribunales supranacionales de derechos humanos, el TEDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, conclusión definitiva es la que señala que, debido en gran medida a razones lingüísticas, de comunicación en inglés, el TEDH, en 2013, tenía el protagonismo en la difusión de la cultura «constitucional» europea en todo el mundo, pese a la influencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, y sus acabadas construcciones sobre derechos fundamentales, sobre otras cortes constitucionales¹²⁶. Lo sigue teniendo en la actualidad, pues no es comparable la cita de sus decisiones por nuestro Tribunal Constitucional –y por otros de países del Consejo de Europa– con la de ningún otro tribunal.

En el espacio jurídico de la Unión Europea el Presidente del Tribunal de Justicia ha llamado a la construcción del sistema de protección de los derechos fundamentales de la Unión a través de un diálogo constructivo y fructífero entre el propio Tribunal de Justicia, convertido en un tribunal de garantías por la Carta, los tribunales constitucionales estatales y el TEDH¹²⁷.

Quizás los tribunales constitucionales incentiven el diálogo con el Tribunal de Justicia en la construcción de un constitucionalismo europeo, que asegure la aplicación uniforme de los derechos de la Carta, no la armonización de los derechos de las Constituciones nacionales¹²⁸. No obstante, sería desconocer la realidad que los tribunales constitucionales se muestran reacios a activar el mecanismo de remisión prejudicial y deciden asuntos relacionados con el

¹²⁶ GROPPY Y PONTTHOREAU, *op. cit.*, p. 429.

¹²⁷ LENAERTS, *op. cit.*, p. 15.

¹²⁸ KOKOTT, J. y SOBOTTA, C., «The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon», AEL Working Paper 2010/06 DL, pdf, p. 7, <http://hdl.handle.net/1814/15208>.

Derecho de la Unión por ellos mismos¹²⁹, procedimiento de consulta prejudicial en el que, no obstante, según los datos del Presidente Lenaerts, los derechos fundamentales ocupan un lugar central y «aproximadamente un asunto sobre diez versa sobre la Carta»¹³⁰. La realidad innegable es la presencia constante en las sentencias de los tribunales constitucionales europeos, y de otras latitudes geográficas, además de en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de las sentencias del TEDH. Sin duda, es el órgano jurisdiccional más citado por las resoluciones del Tribunal Constitucional español.

¹²⁹ CRUZ VILLALÓN, P., «¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? ...», cit., pp. 83 ss., a propósito de los tribunales constitucionales austriaco y alemán, para los que la consulta prejudicial habría de ser un mecanismo casi natural tras haber decidido de amparar los derechos de la Carta.

¹³⁰ LENAERTS, *op. cit.*, p. 2.