

	<i>Págs.</i>
Ordenamiento Tributario Sancionador y principios constitucionales: cuestiones pendientes.	145
JUAN JOSÉ NIETO MONTERO	
The Court of Justice of the European Union and the protection of the EU's financial interests	187
MARÍA LUISA SÁNCHEZ-BARRUECO	
La Justicia constitucional en los procesos de integración económica. La recepción del Derecho de la OMC por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.	215
NAIARA ARRIOLA ECHANIZ	
Hacia una interpretación creativa de los derechos colectivos indígenas. Una especial mirada a la metodología jurídica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	255
ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS	
La facultad de atracción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Las carencias del Tribunal Constitucional	303
MARISOL LUNA LEAL y LORNA BRISEIDA HERRERA GARCÍA	
El control de convencionalidad en Iberoamérica. Una aproximación	325
PABLO NUEVO LÓPEZ	

■ Introducción

LUIS I. GORDILLO PÉREZ

El sometimiento de la ley a un control de validez jurídica es una cuestión clásica en Derecho constitucional y en cualquier intento de justificación de la existencia de un auténtico Estado de Derecho. En realidad, el problema de fondo consiste en someter el poder a un control jurídico. Así, en el moderno constitucionalismo del viejo continente, esencialmente el que se consolida tras la Segunda Guerra Mundial, la Constitución no es solamente un límite al poder ejecutivo (o sus agentes) sino que, sobre todo, supone el establecimiento de un límite a la labor del Parlamento. Ése es el presupuesto metodológico que se suele tener en cuenta a la hora de analizar lo que se ha dado en llamar la «justicia constitucional»¹.

Los estudiosos de esta cuestión vienen clasificando los modelos de justicia constitucional en dos grandes familias: el europeo, concentrado o descentralizado, por una parte, y el americano, difuso o descentralizado, por otra². Últimamente, sin embargo, la aceleración de procesos

¹ ELLIOTT, M., *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart, Oxford, 2001, especialmente, pp. 1-21. Para un análisis de las limitaciones del «judicial review» de la justicia constitucional concentrada, *vid.* DÍAZ REVORIO, F. J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997. En general sobre la justicia constitucional, *vide* la obra de V. FERRERES COMELLA, así *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997; *Constitutional Courts and Democratic Values*, Yale University Press, 2009, o *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011.

² CAPPELLETTI, M., *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971; MOSLER, H. (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, C. Heymann, Köln, 1962.

de integración y de convergencia en materia de protección de derechos fundamentales, ha provocado, además, que se consoliden unos órganos o tribunales supranacionales (el Tribunal de Justicia de la UE, el Comité Europeo de Derechos Sociales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos) que se han erigido en los guardianes de un orden público en materia de derechos fundamentales.

Así, la eclosión de ordenamientos y sistemas de control superpuestos ha ocasionado que aumente el nivel de conflictividad entre ordenamientos jurídicos y que, al mismo tiempo, se desarrollen mecanismos de lo que se ha dado en llamar «diálogo judicial» entre los máximos órganos de control de naturaleza constitucional. El «laboratorio» ideal en el que se produce un solapamiento más visible e intenso es quizá el europeo, donde conviven las constituciones nacionales, el Derecho de la UE, el CEDH junto con la Carta Social Europea, por no hablar del Derecho internacional. Sin embargo, también resulta de interés el análisis de la interacción entre tribunales nacionales y supranacionales en otras latitudes (por ejemplo, el diálogo producido entre los países firmantes del Pacto de San José y la Corte IDH)³.

Esta situación ha hecho que numerosos expertos y grupos de investigación hayan acometido estudios tratando de analizar la naturaleza, metodología y límites de la justicia constitucional en cuanto tal; clarificar la naturaleza de las relaciones interordinamentales y la fragmentación del Derecho en el área de la UE; destacar los límites y posibilida-

³ Sin ánimo de exhaustividad, para una muestra de la doctrina española que ha tratado el tema, *vide* LÓPEZ CASTILLO, A., *Constitución e integración*, CEC, Madrid, 1996; VIDAL PRADO, C., *El impacto del nuevo derecho europeo en los tribunales constitucionales*, Colex, Madrid, 2004; CARMONA CONTRERAS, A., *La Unión Europea en perspectiva constitucional*, Aranzadi, Madrid, 2008; PÉREZ TREMPES, P., «La jurisdicción constitucional y la integración europea», *Revista española de derecho europeo*, núm. 29, 2009, pp. 19-48; CANOSA USERA, R.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.; GARCÍA ROCA, J.; SANTOLAYA MACHETTI, P. (coords.), *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 2012; GARCÍA ROCA, J., y SANTOLAYA MACHETTI, P. (eds.), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012; JIMENA QUESADA, L., y TEROL BECERRA, M. J. (dirs.), *Tratado Sobre Protección de Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; BALAGUER CALLEJÓN, F., «El modelo europeo de integración e la sua incidenza sulle Corti costituzionali e sui Parlamenti nazionali», en LANCHESTER, F., *Parlamenti nazionale e Unione Europea nella governance multilivello*, Giuffrè, Milano, 2016; MATIA PORTILLA, F. J., «Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, pp. 479-522.

des del diálogo judicial; profundizar en el análisis y definición de un estándar regional en materia de derechos; o, incluso, ejercer influencia sobre los agentes jurídicos con el fin de consolidar un mecanismo permanente que garantice la coexistencia coherente de los distintos ordenamientos e intérpretes de estándares de derechos, asegurando a la postre la seguridad jurídica⁴.

La hipótesis de partida de este libro consiste en que los tribunales de naturaleza constitucional emplean una serie de principios como parámetros de control (de normas y actos) que no figuran en los textos constitucionales y que crean *ex novo*, innovando, reinterpretando y escapando así a las limitaciones que establecen sus propios textos constitucionales (como el concepto de «bloque de constitucionalidad», «principios generales del Derecho de la UE», «principio de proporcionalidad», entre otros). Además de estos principios, se emplean técnicas y mecanismos de interpretación y análisis que en ocasiones mutan o alteran la aplicación de los textos de referencia tales como la «interpretación conforme», el «equilibrio de poderes» o la vinculación de un «derecho social» a uno «fundamental» para lograr su protección en sede constitucional.

De la misma manera, los autores que han colaborado en esta obra, han pretendido igualmente medir el nivel de «activismo constitucional» de estos órganos e identificar sus pautas de comportamiento, es decir, qué elementos, situaciones o casos les hacen ser más activistas y cuáles les invitan a adoptar una posición más pasiva. Además, se ha buscado concretar el nivel de homogeneización que se ha alcanzado en el uso y contenido de estos principios para determinar si es posible hablar de unos auténticos principios generales del Derecho constitucional que sean universalizables, al menos entre los Estados que han alcanzado un alto nivel de integración jurídica, entre nosotros los de la Unión Europea.

Finalmente, el trabajo es el producto de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, denominado «La anatomía de la justicia constitucional europea»

⁴ GORDILLO, L. I., *Interlocking Constitutions. Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Hart, Oxford, 2012; MARTINICO, G., *The Tangled Complexity of the EU Constitutional Process The Frustrating Knot of Europe*, Routledge, London, 2012; AGUDO ZAMORA, M. J., y VÁZQUEZ GÓMEZ, E. M., «Hacia una aproximación crítica entre el derecho constitucional y el derecho internacional», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 140, 2014, pp. 295-416.

(DER2017-85659-C5-1-R, dirigido por Luis Gordillo, de la Universidad de Deusto) y es tributario de la colaboración desarrollada en distintos niveles e intensidades con otros grupos y proyectos de investigación, tales como el denominado «Límites a la fragmentación de los derechos fundamentales en la Europa integrada y un contexto globalizado: sujetos, ordenamientos, competencias, estándares y territorios» (DER2017-85659-C5-4-R, dirigido por los profesores Ángel Rodríguez-Vergara y Rafael Naranjo, de la Universidad de Málaga); «Desafíos del Proceso de Construcción de un Espacio Europeo de Derechos Fundamentales» (DER2017-83779-P, dirigido por la profesora Ana Carmona, de la Universidad de Sevilla); «Democracia y solidaridad en las integraciones económicas» (DER2017-83596-R, dirigido por los profesores José Luis García Guerrero y María Luz Martínez Alarcón, de la Universidad de Castilla-La Mancha); UCLM); «España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos» (DER2016-75993-P, dirigido por el profesor Javier Matia Portilla, de la Universidad de Valladolid) o el proyecto «Reforma constitucional y defensa de la democracia» (DER2017-82196-P, dirigido por el profesor Benito Aláez Corral, de la Universidad de Oviedo). Además, este trabajo también se ha beneficiado de las sinergias y los resultados que produjo la Red de Excelencia en Justicia Constitucional y Diálogo Judicial (DER2016-81801-REDT).

Torre del Mar (Málaga), 6 de septiembre de 2022

■ Metaprincipios, principios constitucionales y pautas de comportamiento. Ensayo de una taxonomía de los criterios de interpretación de la justicia constitucional europea

LUIS I. GORDILLO PÉREZ

(Universidad de Deusto)

1. Introducción

El sometimiento de la ley a un control de validez jurídica es una cuestión clásica en Derecho constitucional y en cualquier intento de justificación de la existencia de un auténtico Estado de Derecho. En realidad, el problema de fondo consiste en someter el poder a un control jurídico¹. Así, en el moderno constitucionalismo del viejo continente, esencialmente el que se consolida tras la Segunda Guerra Mundial, la Constitución no es solamente un límite al poder ejecutivo (o sus agentes) sino que, sobre todo, supone el establecimiento de un límite a la labor del Parlamento. Ése es el presupuesto metodológico que se suele tener en cuenta a la hora de analizar lo que se ha dado en llamar la «justicia constitucional»².

Los estudiosos de esta cuestión suelen clasificar los modelos de justicia constitucional en dos grandes familias: el europeo, concentrado o centralizado, por una parte, y el americano, difuso o descentralizado,

¹ La doctrina francesa más autorizada habla del «L'Encadrement juridique du pouvoir», así, *vid.* FAVOREU, L. *et al.*, *Droit constitutionnel*, 10.ª ed., Dalloz, Paris, 2007, pp. 47-208.

² Para un estudio actual de la tipología y fundamentos del control de constitucionalidad, *vid.* ELLIOTT, M., *The Constitutional Foundations of Judicial Review*, Hart, Oxford, 2001, especialmente pp. 1-21, donde se realiza un interesante análisis sobre la necesidad de este instrumento jurídico.

por otra³. Éste último, como bien se sabe, inaugurado oficialmente con la célebre sentencia del caso *Marbury v. Madison* (1803), permite, esencialmente, a los jueces ordinarios inaplicar leyes que estimen contrarias a la Constitución, residenciando en el Tribunal Supremo la decisión última sobre la cuestión⁴.

En su labor de aplicación de la Norma Fundamental, los tribunales de naturaleza constitucional realizan una labor interpretativa del propio alcance de la constitución. Y en esta labor de exégesis, es habitual que estos órganos declaren normas o actos inconstitucionales pero no por ser contrarios a una regla específica codificada en la constitución, sino por ser contrarios a un principio de naturaleza constitucional cuyo sentido y alcance son deducidos del texto fundamental y determinados por este órgano.

Este trabajo se centrará en el análisis de la naturaleza, contenido y aplicación de estos principios por parte de los tribunales que ejercen la justicia constitucional en el entorno europeo (con la excepción del mundo anglosajón). En esta labor, además, se diferenciará entre principio constitucional, en sentido estricto, que posee un contenido más o menos definido por la jurisprudencia, y las pautas o tendencias de comportamiento de los tribunales constitucionales. No se trata, ni mucho menos, de un trabajo totalmente exhaustivo en el que se analicen todos los tribunales constitucionales europeos, y los principios y pautas de comportamiento que muestran, sino que se trata de un trabajo que sintetiza una serie de tesis esbozadas por el autor, también en anteriores trabajos, y que se someten a la crítica de la doctrina.

Tras realizar una breve contextualización del sentido de la interpretación y de la justicia constitucionales, este trabajo está dividido, esen-

³ Sobre esta cuestión, *vide* el breve pero conciso estudio CAPPELLETTI, M., *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1971, que, aunque en un exceso de humildad su autor indica que está dirigido a estudiantes, complementa otros clásicos como MOSLER, H. (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung*, C. Heymann, Köln, 1962.

⁴ La bibliografía sobre este caso y la eclosión de un auténtico *judicial review* es inabarcable. Para una muestra, *vide* NELSON, W. E., *Marbury v. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, Lawrence, 2000; FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La sentencia “Marbury v. Madison”», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 83, 2011, pp. 5-133; FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El transfondo político y jurídico de la “Marbury v. Madison Decision”», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 139-224; GOLDSTONE, L., *The Activist (John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review)*, Walker & Company, New York, 2008.

cialmente, en tres partes. Una primera en la que se analiza las categorías clásicas en las que se agrupaban estos principios, una segunda dedicada a proponer una taxonomía o categorización de dichos principios constitucionales y una tercera en la que se esbozan algunos criterios o pautas de comportamiento que suelen emplear los tribunales de naturaleza constitucionales.

2. Interpretación constitucional y justicia constitucional

La aplicación efectiva de toda constitución exige de dos procesos que están íntimamente relacionados y dogmáticamente entrecruzados. En realidad, serían las dos caras de una misma moneda, el mantenimiento del régimen constitucional como tal. Pues bien, estos dos procesos serían el comúnmente denominado como «interpretación constitucional», de corte más exegética, y la llamada entre nosotros «justicia constitucional» (*judicial review* o Derecho procesal constitucional) de corte, podríamos decir, más correctiva. Ciertamente no hay justicia constitucional sin interpretación previa y ésta acaba a veces redefiniendo el contenido y alcance de algunos preceptos constitucionales a través del proceso de control de constitucionalidad. Sin embargo, a pesar de lo íntimo de su unión en un mismo proceso de aplicación de la norma fundamental como tal, resulta de interés deslindar ambas categorías⁵.

Así, la interpretación constitucional es habitualmente entendido como el proceso exegético mediante el cual se construye, se establece el contenido y, en definitiva, se fija el sentido de la constitución de un sistema jurídico dado, incluyendo aquí no solamente el texto formal de una constitución, sino también el de las normas, principios, costumbres o equivalentes que sean de naturaleza constitucional. Más compleja resulta la tarea de definir la llamada «justicia constitucional». En una primera aproximación, puede decirse que estaríamos ante el proceso mediante el cual se comprueba si la actuación de los órganos constitucionales, incluyendo sus actos y en su caso la producción normativa, es compatible con la norma constitucional, incluyendo también aquellas otras normas o principios a los que el máximo intérprete otorgue natu-

⁵ Sobre la interpretación constitucional *in extenso*, vid. DÍAZ REVORIO, J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid, 1997.

raleza constitucional⁶. En la práctica, esto coloca a este máximo intérprete, normalmente denominado Tribunal constitucional, en una posición de preeminencia en la estructura del Estado, en tanto que puede imponer comportamientos y anular decisiones de los otros órganos constitucionales⁷.

La legitimidad del control de constitucionalidad (*judicial review*) suele criticarse con el argumento de por qué instituciones contramayoritarias, como los tribunales, han de tener el poder de cuestionar decisiones realizadas por instituciones democráticas y que rinden cuentas públicamente (como los parlamentos o los gobiernos)⁸. En efecto, desde un punto de vista más concreto, la justicia constitucional va a suponer que el órgano que lleva a cabo el análisis de constitucionalidad tiene la capacidad de establecer la lectura auténtica de las normas fundamentales, con lo que tiene en sus manos establecer los límites en los que se mueven el resto de poderes del Estado. Esta situación hace que resulte particularmente importante el análisis de los criterios de interpretación constitucional que emplean estos órganos, su tendencia o no al activismo judicial y, en definitiva, los principios o procesos que emplean para declarar o no un acto contrario al sistema constitucional que están encargados de defender.

Aunque no es éste el lugar para profundizar en este tipo de cuestión, si cabe recordar la diferencia de partida establecida, entre otros, por Alexy, entre principio y regla. Así, mientras que los principios conforman un sistema de normas en el que se expresa el deber ser ideal, las reglas expresan concreciones y determinaciones de ese deber ideal. A los efectos que interesan en este trabajo, las segundas exigen un menor grado de interpretación o exégesis que los primeros. Así, los principios han de ser concretados, determinados, acotados por parte, aquí, de la justicia constitucional, en tanto que las reglas vendrían ya, esencialmente, directamente concretadas por parte del legislador o, en su caso, del

⁶ DE VISSER, M., *Constitutional Review in Europe A Comparative Analysis*, Hart, Oxford, 2014, p. 2.

⁷ Sobre el concepto de órgano constitucional, *vide* GARCÍA-PELAYO, M., «El “status” del Tribunal Constitucional», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 1, 1981, pp. 11-34.

⁸ BELLAMY, R., *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, CUP, Cambridge, 2007; WALDRON, J., «The Core of the Case Against Judicial Review», *Yale Law Journal*, Vol. 115/6, 2006 1346-1406; DE BOER, N., «The False Promise of Constitutional Pluralism», DAVIES, G., y AVBELJ, M., *Research Handbook on Legal Pluralism and EU Law*, Edward Elgar Publishing, London, 2018, pp. 199-222.

constituyente⁹. En todo caso, en este trabajo se empleará un concepto de principio similar al que se ha expuesto, integrado por conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción corresponde a la justicia constitucional.

3. Las categorías clásicas de las normas de referencia

Una de las claves, por tanto, en el proceso de control de constitucionalidad, en sentido amplio, de los actos de los poderes públicos por parte de los tribunales constitucionales consiste, así, en definir cuál es la norma concreta de referencia, el canon de constitucional o, en definitiva, la supranormatividad a la que debe someterse toda la actuación de los poderes públicos.

Si analizamos la variedad presente en el Derecho comparado, existen tres tipos de fuentes de normas y principios que los tribunales constitucionales, o sus equivalentes, pueden emplear como estándares de referencia. Estos serían: la norma fundamental escrita (normalmente llamada constitución y codificada en un único documento, aunque hay cierta variedad), principios y costumbres de naturaleza constitucional no escritos pero aceptados como tales por los órganos de un Estado determinado y, finalmente, una suerte de cajón de sastre integrado por otras normas de naturaleza constitucional o a las que la propia jurisprudencia atribuye esta naturaleza¹⁰.

Es decir, en el caso europeo, dejando al margen el modelo del Reino Unido (donde no habría en puridad control de constitucionalidad), cuando un tribunal constitucional analiza la validez de una norma con rango legal, lo hace siempre, contraponiéndola al contenido de la Constitución. Es decir, compara la Constitución con la ley recurrida. La cuestión es que, a veces, la norma constitucional puede estar incompleta, difiere la regulación de algunos aspectos a otra norma o, incluso, no parece contener un precepto contrario a la norma recurrida, aunque el espíritu de la propia norma fundamental podría ser contrario a esa ley

⁹ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, 4ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 736-746.

¹⁰ DE VISSER, M., *Constitutional Review in Europe A Comparative Analysis*, op. cit., 276.

cuya validez se pone en entredicho. En estos casos, que se vienen dando históricamente en el ámbito internacional con relativa frecuencia, los tribunales de naturaleza constitucional suelen recurrir a una vía, cual es, deducir unos principios más o menos implícitos de naturaleza constitucional cuyo respeto se exige a la ley al igual que el propio texto formal de la Constitución. En otros países (como Francia o España) se ha empleado un concepto similar, aunque más amplio, denominado «bloque de constitucionalidad».

Dejando al margen el texto de la constitución como tal, merece la pena detenerse en los principios así como aquella otra categoría de normas de naturaleza constitucional que acaban siendo integradas entre las normas escritas y que, en algunos sistemas, es conocido como el «bloque de constitucionalidad».

3.1. LOS PRINCIPIOS DE NATURALEZA CONSTITUCIONAL

El ejemplo más claro del recurso a los principios como parámetro de validez constitucional lo tenemos, seguramente, en el Derecho europeo y en el Tribunal de Luxemburgo. En efecto, en tanto que el ordenamiento jurídico (entonces) comunitario carecía de una declaración de derechos o algo que se le asemejase, cuando el Tribunal de Justicia se vio en la necesidad de reconocer la existencia de ciertos derechos fundamentales, empleó la categoría de los principios generales para establecer la obligatoriedad de estas garantías¹¹.

En prácticamente todos los países, al menos los de la órbita europea, se reconoce a los máximos intérpretes de la constitución, ya sea implí-

¹¹ Vid., especialmente, el asunto 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, STJ 17 diciembre 1970, §4, ECLI:EU:C:1970:114. Para un estudio en profundidad sobre esta cuestión, vid. SCHERMERS, H. G., y WAELEBROECK, D., *Judicial Protection in the European Union*, 6.ª ed., Kluwer, The Hague, 2001, pp. 28-132. Igualmente, TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, 2013; LOUIS, J. V., y RONSE, T., *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 235-243; LENAERTS, K., «Interlocking Legal Orders in the European Union and Comparative Law», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52/4, 2003, pp. 873-906; GROUSSOT, X., *General principles of Community Law*, Europa Law, Groningen, 2006 y, más recientemente, GORDILLO PÉREZ, L. I., «Las tradiciones constitucionales comunes como principios generales del derecho: evolución y perspectivas tras la constitucionalización de la Carta», CARMONA CONTRERAS, A. (dir.), *Las cláusulas horizontales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Manual de uso*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 121-149.

cita o explícitamente, la capacidad de invocar principios de naturaleza constitucional. Estos principios estarían constituidos por un conjunto de valores que integrarían el núcleo básico en torno al cual se configura el resto de la constitución como tal. De ello se derivaría que las disposiciones de la Norma fundamental no pueden existir de manera aislada, sino que tienen que ser interpretadas de acuerdo con el contenido y los principios reconocidos en la propia constitución. La manera en la que se aplican estos principios varía de unas jurisdicciones a otras y, en general, corresponde al tribunal de naturaleza constitucional la última palabra sobre su alcance y contenido, equiparando, pues estos principios y su alcance al texto supremo¹². En el caso portugués, por ejemplo, su tribunal constitucional considera los principios constitucionales como una suerte de parámetro autónomo que los poderes del Estado han de tener en cuenta a la hora de considerar la validez de sus propias actuaciones¹³.

Aunque sea de manera implícita, porque sus resoluciones son irrecurribles, los tribunales constitucionales tienen la capacidad de interpretar y aplicar los principios constitucionales como estimen conveniente, y la medida en la que extiendan más o menos el contenido y la aplicación de estos vendrá dada por su mayor o menor tendencia al activismo. En todo caso, la justificación constitucional de este extraordinario poder se encuentra en dos argumentos: el primero, el que los tribunales constitucionales son los únicos responsables de administrar la justicia constitucional y, el segundo, tomado en realidad de la jurisdicción ordinaria, basado en la independencia del poder judicial en sus actuaciones, aspecto integrado en la llamada *potestas iudicandi* y similar, en sus consecuencias, al concepto de *Kompetenz-Kompetenz* habitualmente empleado para justificar la autonomía más o menos absoluta de los árbitros y de los tribunales internacionales¹⁴. Así, aunque algunos sistemas cons-

¹² VENICE COMMISSION, *Bulletin on Constitutional Case-Law. Special Edition on Constitutional Principles*, Council of Europe, Strasbourg, 2018, p. i, disponible en <https://www.venice.coe.int/files/Bulletin/SpecBull-Principles-e.pdf>

¹³ *Vid. Acórdão* del tribunal constitucional portugués 201/2014 (*processo* 70/2012), 3 marzo 2014, disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140201.html>

¹⁴ A esta cuestión hace referencia, por ejemplo, la sentencia de la Corte Constitucional italiana 96/2015, de 14 mayo 2015, ECLI:IT:COST:2015:96. Sobre esta cuestión, *vid. GRADI, M.*, «Cognizione sulla potestas iudicandi degli arbitri nelle fasi di impugnazione del lodo arbitrale», *Giurisprudenza Italiana*, núm. 7, 2016, pp. 1691-1710; SHINE, P., «Establishing jurisdiction in commercial disputes: arbitral autonomy and the Principle of Kompetenz-Kompetenz», *Journal of Business Law*, núm. 3, 2008, pp. 202-225; BECK, G., «The

titucionales reconocen explícitamente la capacidad de sus Altos intérpretes para aplicar principios constitucionales directamente, como el caso portugués, en la mayoría de los supuestos tal disposición no existe y son los propios órganos de control de constitucionalidad los que determinan su proceder de manera autónoma¹⁵.

En cuanto a la definición de cuáles sean los principios constitucionales existe, igualmente, variedad de respuestas en los diferentes sistemas constitucionales. Para empezar unos los denominan principios jurídicos fundamentales, principios generales (del Derecho) o, simplemente, valores¹⁶. Estos principios de naturaleza constitucional podrían, además, ser clasificados en dos grandes categorías, los explícitos y los implícitos. Los primeros serían aquellos que, aunque a veces no tengan reconocida una fuerza vinculante directa en sus textos constitucionales, sin embargo, estarían al menos mencionados, aunque su contenido no quede concretado, en los textos constitucionales o, incluso, en textos que no gocen de aplicación directa, como los preámbulos constitucionales, pero que facilitan al tribunal constitucional de turno justificar su aplicabilidad, contenido y alcance. Así sucede, por ejemplo, en el caso del preámbulo de la Constitución francesa de 1946, al que el Consejo constitucional otorga valor constitucional y cuyos principios interpreta con bastante autonomía¹⁷.

Más complicado resulta definir y concretar principios implícitos, es decir, aquellos que no están expresamente recogidos ni mencionados en ningún texto de naturaleza constitucional o equiparable y cuyo contenido tampoco aparece concretado. Ciertamente, esta categoría jugaría un papel esencial en los procesos de control ante la justicia constitucional: sirven para justificar decisiones, particularmente aquellas en las que nos encontramos ante conceptos jurídicamente indeterminados; aportan fle-

problem of Kompetenz-Kompetenz: A conflict between right and right in which there is no praetor», *European Law Review*, Vol. 30/1, 2005, pp. 42-67; BECK, G., «The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court, the Primacy of EU Law and the Problem of Kompetenz-Kompetenz: a Conflict between Right and Right in Which There is No Praetor», *European Law Journal*, Vol. 17/4, 2011, pp. 470-494.

¹⁵ Vid. los artículos 204 y 277 de la Constitución portuguesa y GOLDSTEIN, L. F., «From Democracy to Juristocracy?», *Law & Society Review*, Vol. 38/3, 2004, pp. 611-629, especialmente p. 621.

¹⁶ VENICE COMMISSION, *Bulletin on Constitutional Case-Law. Special Edition on Constitutional Principles*, op. cit., p. ii.

¹⁷ ROUSSEAU D., «Le Conseil constitutionnel et le Préambule de 1946», *La Revue administrative*, Vol. 50, núm. 296, 1997, pp. 160-169.

xibilidad en el proceso de control de constitucionalidad y, permiten, en definitiva, adaptar el sentido de los preceptos constitucionales a las nuevas realidades sociales. Evidentemente, se trata de un gran poder en manos de los tribunales constitucionales que, por ende, requiere de una gran responsabilidad en su uso, en tanto que un tribunal excesivamente activista podría operar auténticas mutaciones o reformas constitucionales encubiertas. En todo caso, y salvo algunas excepciones, los tribunales del entorno europeo emplean con bastante prudencia esta posibilidad¹⁸.

Cuáles sean los principios y cómo se determine su contenido es otra cuestión. En el caso italiano, por ejemplo, la Corte Constitucional italiana recurre con frecuencia a principios que deduce del texto constitucional y que va formulando a través de una labor exegética en la que ha añadido nuevos derechos derivados de los principios constitucionales. Así, es posible encontrar en su jurisprudencia garantías subjetivas tales como el derecho a un medio ambiente sano, a la información o a una vivienda, todos ellos derivados de la dignidad humana¹⁹.

3.2. EL LLAMADO «BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD»

La noción de «bloque de constitucionalidad» ha venido de la mano de la afirmación en Derecho francés del principio de constitucionalidad, abandonándose en la doctrina los postulados de la «Escuela francesa de Derecho Público».²⁰ Este principio, viene a significar que tal y como el

¹⁸ Sobre esta cuestión en general, *vid.* ZHOU, H. R., «Legal Principles, Constitutional Principles, and Judicial Review», *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 67/4, 2019, pp. 899-930, y GOLDSWORTHY, J., «The Implicit and the Implied in a Written Constitution», en DIXON, R., y STONE, A. (eds.), *The Invisible Constitution in Comparative Perspective. Comparative Constitutional Law and Policy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 109-145. Más concretamente, sobre el debate en el mundo anglosajón, *vid.* DONAGHUE, S., «The Clamour of Silent Constitutional Principles», *Federal Law Review*, Vol. 24/1, 1996, pp. 133-172, y GOLDSWORTHY, J., «Constitutional implications and freedom of political speech: a reply to Stephen Donaghue», *Monash University Law Review*, Vol. 23/2, 1997, pp. 362-374.

¹⁹ VENICE COMMISSION, *Bulletin on Constitutional Case-Law. Special Edition on Constitutional Principles*, *op. cit.*, pp. 196-202; BECCHI, P., «Human Dignity in Italy», BECCHI, P., y MATHIS, K. (eds.), *Handbook of Human Dignity in Europe*, Springer, Cham, 2019, pp. 453-470.

²⁰ Como se sabe, durante la III República, el sistema del *Estado legal* fue aprobado y justificado, sobre todo, por la doctrina conocida como la «Escuela francesa de Derecho público» agrupados en torno a la dogmática de CARRÉ DE MALBERG, a cuya obra *La loi*,

principio de legalidad implica que solo la ley puede derogar a la ley, el principio de constitucionalidad implica que solo una ley constitucional puede derogar a una ley constitucional²¹. La construcción que la doctrina francesa más autorizada realiza del bloque de la constitucionalidad parte, necesariamente, del «bloque legal» que la doctrina clásica empleaba para designar, por encima de las leyes, a «todas las reglas que se imponen a la Administración en virtud del principio de legalidad y que no eran, a decir verdad, de la misma naturaleza que aquéllas, ya que un cierto número tenían un origen jurisprudencial»²². Otros autores han empleado otros nombres, pero la idea ha sido siempre la misma desde que la moderna doctrina lo concretara: la de un bloque que se nutre de diferentes fuentes pero que conforma un todo homogéneo y de cierta solidez que constituye una categoría jurídica que prevalece sobre la actuación de todos los poderes del Estado, estando equiparada a la propia constitución²³.

En concreto, en el caso francés, el llamado «bloque de constitucionalidad» lo constituyen las normas que el Consejo constitucional emplea como parámetro de validez de los actos y de la actuación de los órganos del Estado que son sometidos a su control. Así, incluiría además del texto de la propia Constitución, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 (IV República), la Carta del Medio ambiente (incluida como texto constitucional en 2005) y los principios generales reconocidos por las leyes de la República. El concepto de bloque y su contenido (sus cinco componentes) han sido desarrollados por la doctrina, particularmente desde la Decisión 71-44 DC del Consejo Constitucional (16 de

expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875, París, Sirey, 1931 (reimpresión, París, Economica, 1984), es preciso remitirse. Como recuerda Eisenmann en su tesis sobre la justicia constitucional, estos autores, llegaron a sostener que «la constitución es la ley suprema y sin embargo el legislador la puede obviar», EISENMANN, C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, París, 1928, reimp. 1986, p. 22. Un análisis posterior sobre este particular puede hallarse en PFERSMANN, O., «Carré de Malberg et la "hiérarchie des normes"», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 31, París, 1997, pp. 481-509.

²¹ EISENMANN, C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Economica, París, 1928, reimp. 1986, p. 21. Igualmente, *vid.* FAVOREU, L. *et al.*, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 7ª ed., 2003, pp. 111-126.

²² FAVOREU, L., «Ponencia francesa», en FAVOREU, L., y RUBIO LLORENTE, L., *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1991, p. 20.

²³ Algunos han preferido hablar de «supralegalidad», así LUCHAIRE, F., *Le Conseil constitutionnel*, París, 1980, p. 130.

julio de 1917), relativa a la libertad de asociación. En esta decisión, el Consejo establece que «el pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal y como han sido definidos por la Declaración de 1789 confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946». El contenido se fue incrementando porque a los derechos de la Declaración revolucionaria (actualizados por la jurisprudencia nacional y por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), se añade el preámbulo de la Constitución de la IV República que incluye principios políticos, económicos y sociales, así como la categoría más etérea de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República²⁴. En todo caso, el Consejo constitucional se refiere, generalmente, a los «principios y reglas de valor constitucional» para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional que emplea como parámetro específico de referencia²⁵. Es decir, el concepto de «bloque» es más bien dogmático y no tanto jurisprudencial, aunque, en la práctica, se está haciendo referencia a la misma categoría: un conjunto de normas y principios jurídicos, no cerrado, cuyo contenido y alcance define el propio Consejo constitucional y cuya infracción invalida la actuación y los actos de los poderes públicos afectados.

En el caso español, el bloque de constitucionalidad, ha sido definido como «conjunto de disposiciones utilizables como parámetro de la legitimidad constitucional de las leyes» (STC 66/1985). Su naturaleza jurídica es algo confusa, dado que, aunque sirven de parámetro de validez de los actos de los órganos del Estado, no deja de ser un «conjunto de normas que no forman parte de la Constitución, que tienen rango inferior a ella y son, por tanto, del mismo rango que la norma cuya inconstitucionalidad pueden provocar»²⁶. Por otra parte, el contenido del bloque es controlado en todo momento por el propio Tribunal Constitucional, es decir, no hay, ni habrá un «listado» de principios y normas

²⁴ FAVOREU, L., «El bloque de la constitucionalidad», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1990, pp. 45-68; BODA, J. S., «Bloc de constitutionnalité ou désordre constitutionnel?», *Revue française de droit constitutionnel*, núm. 130, 2022, pp. 393-419.

²⁵ En una de sus Decisiones más importantes sobre el bloque de constitucionalidad, en concreto la Decisión 2002-461, de 29 de agosto, el Consejo constitucional habla de «principios constitucionales». La Decisión 2002-464, de 27 de diciembre, por su parte, habla de «principios y reglas de valor constitucional».

²⁶ DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 94.

que integran el bloque, porque, precisamente, la utilidad de esta categoría se deriva de su flexibilidad y del control absoluto que sobre ella ejerce el Alto Tribunal. No obstante, el máximo intérprete sí que ha incluido en el bloque de la constitucionalidad, entre otras normas, los Estatutos de Autonomía (STC 149/1991), los reglamentos de los parlamentos (STC 99/1987), la legislación electoral básica (STC 154/1988, que incluye la Ley Orgánica del Régimen Electoral General), la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas (STC 181/1988) o la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (STC 25/1993). Como se observa, el bloque es particularmente útil para el Tribunal en aquellos conflictos en los que subyacen conflictos competenciales²⁷.

En síntesis, el «bloque» no es más que una construcción dogmática o jurisprudencial, una categoría normativa que los tribunales constitucionales elevan al rango constitucional y cuyo contenido van determinado en función de su interés por declarar una ley dentro o fuera de la constitución. Las categorías de los principios y del «bloque» se entremezclan y, en todo caso, cumplen el mismo papel: otorgar un margen de flexibilidad suficiente a los máximos intérpretes de la constitución para realizar su labor de defensa de la misma. El bloque parece una categoría más propia de un sistema más tributario de una tradición codificadora más formalista, en tanto que los principios parecerían otorgar un mayor margen de interpretación a los tribunales constitucionales. No obstante, ambas categorías cumplen la misma función.

4. Una taxonomía de los principios constitucionales

Como se ha adelantado *supra*, las constituciones a veces contienen principios explícitos (v.gr. el principio de igualdad o, incluso, la dignidad humana, en algunos textos) y otras, sus máximos intérpretes extraen de ellas principios implícitos. Sea cual sea su contenido y naturaleza en los distintos sistemas constitucionales, es posible extraer una serie de elementos comunes que permiten esbozar una panorámica general sobre su tipología. En otros trabajos centrados en el Derecho de la Unión

²⁷ FAVOREU, L., y RUBIO LLORENTE, L., *El bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1991; GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Redefinir el bloque de la constitucionalidad 25 años después», *Estudios de Deusto*, Vol. 54/1, 2006, pp. 61-98.

Europea, y siguiendo los análisis elaborados por la doctrina más autorizada, se ha esbozado una clasificación de los principios de carácter constitucional en torno a tres categorías esenciales: derechos fundamentales, principios derivados del Estado de Derecho y principios estructurales²⁸. En este caso, vamos a redibujar esta taxonomía, añadiendo algunos elementos que permitan clarificar la situación y, sobre todo, sirvan para entender mejor el método exegético que finalmente emplean los máximos intérpretes de los sistemas constitucionales.

Aunque esta clasificación pueda resultar mejorable, es útil para establecer una agrupación semántica de los principios, a los efectos de este trabajo. El criterio para establecer esta tipología es el de la aplicabilidad o invocabilidad más o menos directa para el justiciable y, sobre todo, el de la mayor incidencia directa y cierta en el patrimonio jurídico del individuo.

4.1. LOS META-PRINCIPIOS: APERTURA AL DERECHO INTERNACIONAL Y SUPRANACIONAL Y PROPORCIONALIDAD.

De manera liminar, cabría hacer referencia a dos principios esenciales, a veces reconocidos explícitamente en algunas constituciones, otras contruidos a través de la jurisprudencia constitucional y otras, simplemente, entendidos como criterios interpretativos de las distintas fuentes del Derecho o en el caso de colisión entre dos o más derechos de carácter fundamental: estos serían los principios de apertura del ordenamiento jurídico nacional a los ordenamientos internacionales, incluyendo aquí el Derecho de la UE, por una parte, y el principio de proporcionalidad, por otra.

En cuanto al primero, cabe recordar que sobre las cláusulas de apertura del ordenamiento español ya se ha escrito mucho. En esencia, tanto el 10.2 CE (en materia de interpretación de derechos) como el artículo 93 CE (referido, más bien al caso de la UE) están plenamente constitucionalizados y sirven para justificar la integración en materia de interpretación de derechos y la primacía del Derecho de la UE, con las

²⁸ TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, *op. cit.*; LOUIS, J. V., y RONSE, T., *L'ordre juridique de l'Union européenne*, *op. cit.*, pp. 235-243; GROUSSOT, X., *General principles of Community Law*, *op. cit.* y, más recientemente, GORDILLO PÉREZ, L. I., «Las tradiciones constitucionales comunes como principios generales del derecho: evolución y perspectivas tras la constitucionalización de la Carta», *op. cit.*, pp. 121-149.

salvedades derivadas de la jurisprudencia nacional y europea. En otros casos, se ha planteado más específicamente la cuestión de si esta apertura supondría un sometimiento del Derecho nacional al internacional o europeo, cuestión que el Tribunal constitucional federal alemán ha descartado, la Corte constitucional italiana ha matizado, los tribunales polaco y español aceptan sometiéndolo a reservas y otros sistemas, como el de Moldavia, aceptan la supremacía internacional sin objeciones²⁹.

En síntesis, este principio de apertura vendría a significar que hay que interpretar el ordenamiento jurídico nacional de acuerdo con el ordenamiento internacional (incluyendo el de la UE y el Derecho de otras instituciones internacionales de las que se forme parte). Algunas constituciones circunscriben este principio, como se ha visto, a la regulación internacional de los derechos humanos, otras lo extienden al Derecho de la UE. Ciertos tribunales constitucionales nacionales han ido estableciendo limitaciones a la incidencia del Derecho internacional y supranacional en el ámbito nacional (por ejemplo, la DTC 1/2004, FJ 2, *in fine*).

En todo caso, la tendencia general es la de la interpretación conforme con el Derecho internacional y supranacional, por cuanto que, desviarse de este criterio exige una amplia justificación por parte de los

²⁹ Sobre esta cuestión, la bibliografía es inabarcable. Para un botón de muestra, *vid.* SÁIZ ARNÁIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999, especialmente pp. 205-277, sobre el alcance de la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española «de conformidad» con los tratados internacionales; QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2008; GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «La Constitución Española “frente” al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: entre la necesidad y la conveniencia de una reforma constitucional», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 14, 2005, pp. 297-327, especialmente, la p. 298, donde califica el artículo 93 como «nuestra *European clause*, como precepto constitucional en que apoyar los progresivos avances en la integración europea»; CLAES, M., «Constitucionalizando Europa desde su fuente: las “cláusulas europeas” en las Constituciones nacionales: evolución y tipología», CARTABIA, M.; DE WITTE, B.; PÉREZ TREMP, P. (dirs.), y GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (coord.), *Constitución europea y constituciones nacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 123-190; DANILENKO, G. M., «Implementation of international law in CIS states: theory and practice», *European Journal of International Law*, Vol. 10/1, 1999, p. 60, para el caso de Moldavia (51-69); GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales. Las constituciones de entonces ya no son las mismas*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 35-69; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Understanding the current fragmentation of the Law and the coexistence of supranational legal orders», *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 21, 2017, pp. 59-80.

tribunales de naturaleza constitucional, alegando deficiencias del Derecho internacional o intereses «nacionales» de algún tipo. Como ejemplos de estas «líneas rojas» o excepciones a la aplicabilidad del Derecho internacional o supranacional podemos citar el caso *Kadi*³⁰ ante el Tribunal de Justicia, los recientes *ultra vires* declarados por los tribunales constitucionales nacionales checo³¹ y alemán³² o el espectacular caso del Tribunal constitucional de República Dominicana que reinterpretó retroactivamente los criterios para otorgar la nacionalidad y que afectaban a un buen número de personas originarias de Haití, apartándose de la jurisprudencia la Corte interamericana³³. Tal era la contradicción entre ambas jurisprudencias, que el Tribunal constitucional de la República Dominicana acabaría estableciendo que no se encontraba vinculada por la jurisprudencia de la Corte Interamericana³⁴.

³⁰ Sobre la saga *Kadi* ante el Tribunal de Justicia de la Unión (asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *Kadi/Al Barakaat*, STJ 3 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:461] y asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Comisión y otros contra Kadi*, STJ 18 julio 2013 [ECLI:EU:C:2013:518]), *vid.* GORDILLO PÉREZ, L. I., y MARTINICO, G., «La jurisprudencia federalizante y humanizadora del tribunal de justicia: un cuento desde el país de las hadas», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 32, 2013, pp. 429-478; GORDILLO PÉREZ, L. I., y MARTINICO, G., *Historias del país de las hadas: la jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Thomson-Civitas, Madrid, 2015, pp. 197-207.

³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Checa 24/10, de 22 marzo 2011. Para un comentario, *vid.* RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., «Diálogo entre jurisdicciones, *ultra vires* y rabetas: comentario a la Sentencia de 31 de enero de 2012 del Tribunal Constitucional checo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 97, 2013, pp. 371-398.

³² Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15, 2 BvR 2006/15, 2 BvR 980/16, de 5 mayo 2020. Para un comentario, *vid.* BAR CENDÓN, A., «El conflicto entre el Tribunal Constitucional Federal Alemán y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 109, 2020, pp. 655-682.

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana 168/13, de 23 septiembre 2013. Sobre esta cuestión, la literatura es amplia y muy crítica, en general, con la sentencia. Para una ilustración, *vid.* SHOAF, J. L., «The Right to a Haitian Name and a Dominican Nationality: La Sentencia (TC 168-13) and the Politics of Recognition and Belonging», *Journal of Haitian Studies*, Vol. 22/2, 2016, pp. 58-82. Para unos análisis favorables de la decisión, *vid.* CASTELLANOS KHOURY, J. P. (comp.), *La sentencia 168-13. Antología de una defensa esencial*, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Santo Domingo, 2014.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Dominicana 256/14, de 4 noviembre 2014. Para un comentario, *vid.* ASTUDILLO, C., «Tensiones veladas y resistencias abiertas al diálogo jurisprudencial. Los tribunales constitucionales frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXVI, 2020, pp. 221-264.

Todas estas decisiones son excepcionales y, en buena medida, afectan a los fundamentos de las relaciones interordinamentales. En todo caso, su reducido número y el especial esfuerzo que tienen que desplegar los tribunales nacionales para justificar apartarse de la regla general, muestran la validez de la tesis expuesta.

En el caso del principio de proporcionalidad, estamos ante un principio que tiene distintos significados y alcances, no ya dependiendo del sistema jurídico ante el que nos encontremos, sino que, dentro de un mismo ordenamiento, posee un sentido diferente en función de la rama del Derecho a la que se refiera. Así, la proporcionalidad es empleada como un criterio de validez en procesos de control de constitucionalidad, como un principio para ponderar diferentes intereses en juego (especialmente, cuando éstos son contrapuestos), para medir el adecuado nivel de intervención pública en un sector determinado o para valorar la correcta relación entre una conducta prohibida y su sanción³⁵.

Más concretamente, el principio de proporcionalidad apela a una metodología interpretativa, esencialmente subdividida en tres pasos (que, a su vez, configuran tres subprincipios) para valorar la compatibilidad de la actuación pública con la propia esencia del Estado de Derecho. Así, la proporcionalidad exige que se valore la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de la medida o actuación sometida al juicio de validez. La idoneidad exige que la limitación o intervención que se ha producido sea adecuada para la consecución del fin constitucionalmente legítimo. La necesidad apela a que se emplee la medida menos gravosa o incisiva de entre todas las posibles. Y la proporcionalidad, en sentido estricto, exige que la limitación en materia de derechos pueda alcanzar el fin en un grado tal que justifique el nivel de limitación del derecho en cuestión³⁶.

³⁵ Sobre las distintas acepciones del término, *vid.* SCHLINK, B., «Proportionality I», ROSENFELD, M., y SAJO, A. (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, OUP, Oxford, 2012, pp. 718-737, especialmente pp. 721-722; COHEN-ELIYA, M., y PORTA, I., «Proportionality and the Culture of Justification», *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 59/2, 2011, pp. 463-490.

³⁶ *Vid.* ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed., CEPC, Madrid, 2007; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador*, 2.ª ed., CEPC, Madrid, 2005 (existe otra edición publicada en 2014 por la Universidad Externado de Colombia); CARBONELL, M. (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

Hay constituciones que mencionan la proporcionalidad, otras se refieren también a ella de distintas maneras o con conceptos similares pero, en todo caso, corresponde a la jurisprudencia y, concretamente, a la justicia constitucional, determinar el verdadero contenido y alcance en cada caso³⁷. En el caso alemán, el Tribunal constitucional federal lo entiende como un principio constitucional esencial que rige prácticamente todo el funcionamiento del Estado. En tres de sus sentencias básicas (*Elfes*, *Lüth* y *Apotheken*³⁸), la Alta Instancia de Karlsruhe configuró el principio de proporcionalidad como la columna vertebral de su proceso de control de validez de los actos de los poderes públicos³⁹. En el ámbito del Derecho de la UE, por su parte, la proporcionalidad ha adquirido una sustantividad propia y, junto con la subsidiariedad, se configura como un parámetro de validez básico para la correcta actuación tanto de las instituciones como de los Estados miembros en el ámbito relevante del Derecho de la UE⁴⁰. Igualmente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emplea el principio de proporcionalidad junto con el margen de apreciación nacional en su proceso de control de la actuación de los Estados miembros en el ámbito de los derechos garantizados por el Convenio⁴¹.

En síntesis, estos dos principios, que aquí hemos denominado «metaprincipios» son en realidad, previos a la propia aplicación de otros. Se configuran como criterios de interpretación, con un contenido propio. A veces, a través de una obligación impuesta por el texto constitucional de manera expresa y otras a través del desarrollo de la lógica constitucional por parte de los órganos de la justicia constitucional. Son, con seguridad, los principios de carácter más universal en el constitucionalismo moderno y forman parte de ese núcleo esencial del constitucionalismo actual. Su indefinición parcial supone un reto para la doc-

³⁷ GRIMM, D., «Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence», *The University of Toronto Law Journal*, Vol. 57/2, 2007, pp. 383-397.

³⁸ Sentencia de 16 enero 1957 (BVerfGE 6, 32), *Elfes*; Sentencia de 15 enero 1958 (BVerfGE 7, 198), *Lüth*; Sentencia de 11 junio 1958 (BVerfGE 7, 377), *Apotheken*.

³⁹ LANG, A., «Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court», en KREMNIETZER, M.; STEINER, T., y LANG, A. (eds.), *Proportionality in Action: Comparative and Empirical Perspectives on the Judicial Practice*, CUP, Cambridge, 2020, pp. 22-133.

⁴⁰ TRIDIMAS, T., «The principle of proportionality», en SCHÜTZTE, R., y TRIDIMAS, T. (eds.), *Oxford Principles of European Union Law*, OUP, Oxford, 2018, pp. 243-264.

⁴¹ ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Insertia, Antwerp, 2002.

trina, pero una oportunidad para el juez constitucional, aunque, en la práctica, el entendimiento de su contenido y alcance es homologable tanto de un lado como del otro.

4.2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Quizá la primera categoría de principios más importante, y ampliamente tributaria de la aplicación de los principios anteriores, se refiere a los derechos fundamentales y libertades públicas que, en términos generales, son garantizados a la vez por los ordenamientos constitucionales nacionales y por los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, particularmente por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ello no impide que, a veces, a través de legislación ordinaria se amplíen, regulen o deduzcan nuevos derechos partiendo del texto constitucional.

Así, es habitual que la jurisprudencia constitucional consagre en la práctica nuevos derechos, incluyéndolos en la categoría de principios, a través de una interpretación extensiva de otros derechos o incluso principios ya positivizados en el texto magno. Esta técnica ha servido, en buena medida para ampliar la protección constitucional a derechos, e incluso intereses, que inicialmente no gozaban de tal nivel de garantía. El caso paradigmático quizá sea el de la protección indirecta del medio ambiente a través de una interpretación amplia de la intimidad personal y familiar que adquirió carta de naturaleza con el caso *López Ostra v. España* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴². En el caso de Bélgica, igualmente, el principio de igualdad y no discriminación es empleado habitualmente para justificar una ampliación progresiva del ámbito de intervención del Tribunal constitucional⁴³.

Del mismo modo, hay numerosos ejemplos en materia de ciertos derechos sociales que acaban siendo amparados por tribunales de natu-

⁴² Recurso núm. 16798/90, *López Ostra v. España*, Sentencia del TEDH de 9 diciembre 1994, ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001679890. Sobre esta cuestión, y sus últimos desarrollos jurisprudenciales, *vid.* GORDILLO PÉREZ, L. I., «La emergencia de un derecho al disfrute de un (medio) ambiente pacífico, sano y limpio», en MATIA PORTILLA, F. J., y LÓPEZ DE LA FUENTE, G. (dirs.), *De la intimidad a la vida privada y familiar: Un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 85-114.

⁴³ Sentencia del Tribunal constitucional de Bélgica 81/2007, de 7 junio 2007. Sobre esta cuestión, *vid.* BEHRENDT, C., y VRANCKEN, M., *Principes de droit constitutionnel belge*. La Charte, Bruxelles, 2019, pp. 677-690.

raleza constitucional como consecuencia de su conexión con un derecho fundamental o del principio de no discriminación, también llamado de igualdad en algunos ordenamientos⁴⁴.

Por otra parte, en algunas ocasiones, es el legislador el que interviene y regula un nuevo derecho a partir de una interpretación que realiza del texto constitucional, ya sea de un derecho o principio explícito o de unos principios implícitos. En el caso español, puede mencionarse el supuesto de la protección de datos de carácter personal o el nuevo derecho al olvido, anclados en el artículo 18 CE, y regulados ampliamente en legislación orgánica y, hoy, también europea⁴⁵.

Entre los argumentos jurídicos que emplean los tribunales para justificar esta jurisprudencia «humanizadora» se encuentran, básicamente, dos argumentos, uno interno y otro externo. El primero consiste en anclar los nuevos desarrollos jurisprudenciales en materia de derechos en principios derivados del concepto de «Estado de Derecho» o de la propia configuración jurídica del sistema constitucional⁴⁶. Así, encontramos amparos basados en el principio de seguridad jurídica (del que se deriva, por ejemplo la legalidad en materia penal), la tutela judicial efectiva o el derecho a un proceso con todas las garantías y otra serie de principios vinculados a la buena administración. En segundo lugar, y como se ha avanzado *supra*, encontramos el recurso a la cláusula de apertura como elemento justificador del incremento de protección.

En conclusión, hay tribunales que han ido concretando ampliamente derechos fundamentales empleando la categoría de los principios

⁴⁴ Sobre esta cuestión, *vid.* KINGREEN, T., «Basic Rights of Equality and Social Rights», en EHLERS, E. (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, pp. 466-489; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Derechos sociales y austeridad», *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, núm.1, 2014, pp. 34-57.

⁴⁵ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, *BOE* núm. 294, de 6 diciembre 2018, pp. 119788-119857; Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), *Diario Oficial* L 119, de 4 mayo 2016, pp. 1-88. Para una ilustración, *vid.* HERRÁN ORTIZ, A. I., «Las redes sociales digitales: ¿hacia una nueva configuración de los derechos fundamentales en Internet?», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87, 2010, pp. 521-566; TRONCOSO REIGADA, A. (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

⁴⁶ SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, 3.^a ed., PUF, Paris, 2001, pp. 366-367.

generales, cuyo valor jurídico equiparan al propio texto constitucional. Un caso clásico es el del Tribunal de Justicia de la Unión que ha desarrollado una amplia jurisprudencia «humanizadora» y ha reconocido, antes de la entrada en vigor de la Carta de Derechos Fundamentales, entre otros, la protección de la vida privada y familiar, del domicilio, de la correspondencia y la libertad religiosa, a los que se añaden derechos más directamente vinculados con las libertades económicas, como el derecho a la propiedad, libre ejercicio de actividades económicas, secreto profesional, libertad sindical, etc. Incluso en el ámbito de los derechos sociales, el Tribunal de Justicia ha ido desarrollando una creativa jurisprudencia protectora, a través de la vinculación con el principio de no discriminación, fundamentalmente. Además, se está consagrando una línea jurisprudencial que defiende que la protección de los derechos fundamentales debería irse introduciendo en la lógica de la ciudadanía de la Unión Europea, en cuyo ámbito es necesario el empleo de las técnicas anteriores para ir reconociendo progresivamente la protección de determinadas situaciones⁴⁷.

4.3. LOS PRINCIPIOS ESTRUCTURALES

En cuanto a la otra gran categoría, los principios estructurales, a diferencia de los precedentes, estos principios no tienen directamente como finalidad asegurar la protección de los ciudadanos, pero indirectamente, de hecho, podrían tener ese efecto⁴⁸. Se trata de principios derivados de la estructura jurídica e institucional del sistema constitu-

⁴⁷ En general, sobre esta cuestión, *vid.* GORDILLO PÉREZ, L. I., y MARTINICO, G., «La jurisprudencia federalizante y humanizadora del tribunal de justicia: un cuento desde el país de las hadas», *op. cit.*; GORDILLO PÉREZ, L. I., y MARTINICO, G., *Historias del país de las hadas: la jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, *op. cit.* Algunos ejemplos de la jurisprudencia «humanizadora» pueden verse en el asunto C-85/96, *Martínez Sala vs. Freistaat Bayern*, STJ 12 mayo 1998, ECLI:EU:C:1998:217. Igualmente, *vid.* las conclusiones del Abogado General Jacobs en el asunto C-168/91, *Christos Konstantinidis vs. Stadt Altensteig*, STJ 30 marzo 1993, ECLI:EU:C:1992:504. Sobre la ciudadanía de la Unión, *vid.* KADELBACH, S., «Union Citizenship», en VON BOGDANDY, A., y BAST, J. (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Hart, Oxford, 2006, pp. 453-499; TAPIA TRUEBA, A., «La ciudadanía de los jueces. Creación jurisprudencial de un estatuto ciudadano en la UE», en GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitutionalism of European Supranational Courts: recent developments and challenges*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2015, pp. 265-295.

⁴⁸ El nombre de principios estructurales ha sido propuesto por el profesor Takis Tridimas en sus trabajos sobre los principios generales del Derecho de la UE. Igualmente, emplea este nombre también en un reciente trabajo, TRIDIMAS, T., «The general principles of

cional, incluyendo, en su caso, los aspectos derivados de la política económica cuya realización tengan encomendada los poderes públicos.

Quizá los dos principios más significativos dentro de esta categoría serían la primacía y el efecto directo del Derecho de la Unión Europea, principios ampliamente desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y largamente comentados por la doctrina más autorizada⁴⁹. Además, el Tribunal de Justicia ha ido perfilando una serie de principios que concretan el reparto de competencias, como el principio de equilibrio institucional, el de *preemptión*, subsidiariedad, cooperación leal o el de igualdad y solidaridad entre los Estados miembros⁵⁰. La doctrina también ha resaltado la progresiva consagración del principio de prohibición del abuso del Derecho en el seno de la Unión⁵¹. En lo que respecta a los principios de carácter económico, hay que citar, fundamentalmente, los principios de la libre circulación y de la no discriminación, completados por los principios de libre competencia y de unidad del mercado común⁵². Conviene no olvidar que la lista no es, en absoluto cerrada, sino que se va viendo definida y perfilada a través de las sucesivas sentencias del Tribunal de Justicia y está plenamente vinculada al proceso permanente de evolución e integración europeas.

Por otra parte, un buen ejemplo de deducción de principios estructurales lo constituiría el tribunal constitucional belga que, cuando fue establecido con el nombre de Tribunal de arbitraje (*Cour d'Arbitrage*, hasta el año 2007), solo podía declarar inconstitucionales las normas elaboradas en los distintos niveles por violación del régimen competencial constitucionalmente establecido. Uno de los principios que estableció en su primera etapa fue el de la unión económica y monetaria como

EU law and the Europeanisation of national laws», *Review of European Administrative Law*, 2020, Vol. 13/2, pp. 5-31.

⁴⁹ El profesor Giuseppe Martinico los categoriza como los principios estructurales del proceso de federalización de la Unión Europea. Así, *vid.* GORDILLO PÉREZ, L. I., y MARTINICO, G., *Historias del país de las hadas: la jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, *op. cit.*, especialmente pp. 47-72.

⁵⁰ Para un estudio en profundidad de estos principios, *vid.* TRIDIMAS, T., *General Principles of EU Law*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2013; SHAW, K., *The Court of Justice of the European Union. Subsidiarity and Proportionality*, Brill Nijhoff, Leiden, 2018, especialmente pp. 45-111; SCHÜTZE, R., y TRIDIMAS, T. (eds.), *Oxford principles of European Union law*, OUP, Oxford, 2018, Vol. I, pp. 191-382.

⁵¹ SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, 3.ª ed., *op. cit.*, p. 368.

⁵² EHLERS, E. (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, De Gruyter Recht, Berlin, 2007, pp. 175-370.

límite al poder tributario de las regiones y, en definitiva, un principio «inherente a la concepción global del Estado»⁵³. Aunque este principio sería posteriormente constitucionalizado, demostró la capacidad del tribunal constitucional belga para deducir principios constitucionales relativos a la definición del propio Estado belga⁵⁴. En la actualidad, este principio es empleado activamente por el tribunal constitucional para controlar la validez de la actuación fiscal de las regiones, en tanto que protege las libertades económicas básicas, esencialmente, la libre circulación de mercancías, trabajadores, servicios y capitales⁵⁵.

5. La diferencia entre principios, fuentes y pautas de comportamiento

Lo relevante de los principios constitucionales es que, a diferencia de las fuentes de las que se nutren o de las pautas de comportamiento de los tribunales que los aplican, consiste en su posición de supremacía y aplicación directa sobre el resto de normas del ordenamiento jurídico. Así, la jerarquía de los principios es una cuestión que, en esencia, está resuelta de manera satisfactoria en los distintos ordenamientos jurídicos, en tanto que formarían parte de la legalidad constitucional. Así, en el caso del Derecho de la UE, los allí denominados principios generales del Derecho forman parte del ordenamiento jurídico de la Unión y, por ende, su infracción constituye «una infracción de este Tratado o de cualquier otra norma relativa a su aplicación» en el sentido y con el alcance de lo dispuesto en el actual artículo 263 TFUE⁵⁶. En realidad, como algún autor ha notado, se trataría de una «super-legalidad», en la medida en que los principios generales se imponen a las instituciones en la elaboración y en la aplicación del Derecho derivado⁵⁷. En alguna

⁵³ Sentencia de la Corte de Arbitraje de Bélgica 47/1988, de 25 de febrero de 1988. WILLEMART, E., *Les limites constitutionnelles du pouvoir fiscal*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 25-51.

⁵⁴ DE VISSER, M., *Constitutional Review in Europe A Comparative Analysis*, op. cit., pp. 230-235.

⁵⁵ Sobre esta cuestión, vid. GARCÍA MARTÍNEZ, A., *La autonomía tributaria de las entidades federadas en Bélgica*, Institut d'Estudis Autònomic, Barcelona, 2012, pp. 23-52.

⁵⁶ Asunto 112/77, *Töpfer vs. Commission*, STJ 3 mayo 1978, ECLI:EU:C:1978:94. Para un comentario, vid. USHER, J. A., «Article 173 EEC: Breach of a General Principle as a Ground for Annulment», *European Law Review*, Vol. 3, 1978, pp. 383-385.

⁵⁷ SIMON, D., *Le système juridique communautaire*, 3.ª ed., op. cit., p. 369.

ocasión, el Tribunal incluso ha aplicado un principio general que estaba en contradicción con la letra del Tratado⁵⁸.

Sin embargo, este asunto, el relativo al valor jurídico de los principios de naturaleza constitucional es, en realidad, simple y complejo a la vez. Es simple, en tanto que puede afirmarse que se trata de principios que se encuentran al mismo nivel que el texto constitucional. Es complejo, dado que puede existir una cierta falta de seguridad sobre cuáles son esos principios, cuál es su contenido concreto o su alcance determinado, sobre todo antes de que se pronuncie el tribunal constitucional de turno sobre la cuestión determinada. Es decir, la certeza absoluta de su aplicación opera *ex post facto*, una vez que la justicia constitucional se ha pronunciado. En realidad, incluso podría sostenerse que los principios constitucionales no tienen valor en sí mismos o tienen un valor indeterminado hasta que el tribunal constitucional específico los emplee como tales. Algo similar, salvando las distancias, sucedió en el caso alemán, donde el recién creado Tribunal constitucional federal recuperó la doctrina de la proporcionalidad que aplicaron los tribunales administrativos prusianos y prácticamente la hizo aplicable desde que reconoció el principio en tres de sus decisiones esenciales mencionadas *supra* (*Elfes, Lüth y Apotheken*)⁵⁹.

De aquí se deriva una cuestión importante, que tiene que ver con el uso de las palabras. Una cosa son principios como tales, a los que los tribunales constitucionales reconocen un valor, un sentido y un alcance concretos; otra cosa son las pautas (que algunos pueden llamar principios) de comportamiento que, efectivamente, se observa en la jurisprudencia en general y en la justicia constitucional en particular; y otra, distinta de las anteriores, son las fuentes de las que se extraen esos principios.

Esta cuestión es importante, porque las fuentes y las pautas de comportamiento son una fuente de inspiración o una tendencia que puede

⁵⁸ Asunto C-70/88, *European Parliament vs. Council of the European Communities*, STJ 4 Octubre 1991, ECLI:EU:C:1991:373, donde se discutía la aplicación del principio de democracia y el de equilibrio institucional. Para un comentario, *vid.* JACQUÉ, J. P., «La légitimation active du Parlement européen ou il n'était pas nécessaire d'espérer pour entreprendre», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 26/4, 1990, pp. 620-631; BRADLEY, K., «Sense and Sensibility: Parliament v. Council Continued», *European Law Review*, Vol. 16/3, 1991, pp. 245-257, y LENAERTS, K.; VAN NUFFEL, P., y BRAY, R., *Constitutional Law of the European Union*, 2.^a ed., Thompson, London, 2005, p. 712.

⁵⁹ LANG, A., «Proportionality Analysis by the German Federal Constitutional Court», *op. cit.*, pp. 22-26.

servir para arrojar cierta luz sobre la cuestión, avanzar posibles resultados, pero estas no son directamente vinculantes como tal. Lo que hace vinculante a un principio es su aplicación efectiva por parte de la justicia constitucional en un caso determinado.

5.1. LAS FUENTES

Las fuentes esenciales en las que se basan los tribunales constitucionales para definir, pulir y aplicar los principios de naturaleza constitucional son los tratados internacionales y el Derecho comparado, además de su propio Derecho histórico, como se ha visto en el caso alemán⁶⁰.

Así, en primer lugar, los tratados internacionales adquieren un papel muy importante, sobre todo en materia de derechos fundamentales donde, al margen de la aplicación de la cláusula o principio de apertura (en el caso español, el artículo 10.2 CE), los tribunales constitucionales encuentran una importante fuente de inspiración para ampliar la protección de los derechos de los justiciables e, incluso, deducir nuevos derechos. El instrumento internacional más utilizado en el contexto europeo, como es sabido, es el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el caso del Tribunal de Justicia, desde el asunto *Nold* (1974) se ha ido refiriendo ampliamente al Convenio y a la jurisprudencia del TEDH como fuente derechos que se aplicarían en el ámbito de su jurisdicción, a través de su transformación en principios generales por el propio Tribunal de Luxemburgo⁶¹. También los tribunales nacionales, como se ha visto *supra*, a través de la cláusula de apertura, han empleado directamente disposiciones internacionales o las decisiones de sus órganos de interpretación, particularmente del TEDH, aunque también de la Carta Social Europea⁶².

⁶⁰ Vid. el asunto 4/73, *Nold*, STJ 14 mayo 1974, §13, ECLI:EU:C:1974:51, donde el Tribunal de Justicia menciona expresamente como fuentes cualificadas los tratados internacionales y las llamadas «tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros».

⁶¹ GORDILLO PÉREZ, L. I., «Las tradiciones constitucionales comunes como principios generales del derecho: evolución y perspectivas tras la constitucionalización de la Carta», *op. cit.*, pp. 121-149.

⁶² QUERALT JIMÉNEZ, A., *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, *op. cit.*; JIMENA QUESADA, L., «Cuatro décadas de pertenencia al Consejo de Europa: España ante la Carta Social Europea y el proceso de Turín», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 28, 2018.

También es habitual que los tribunales constitucionales recurran al Derecho comparado, en realidad extranjero. En realidad, lo que suelen hacer es importar conceptos, contenidos y decisiones de otros tribunales, en una especie de proceso de diálogo judicial. En este sentido, las decisiones del Tribunal constitucional federal alemán son muy tenidas en cuenta por sus homólogos europeos, incluido el español⁶³. Por lo demás, quizá el tribunal que de manera más explícita ha hecho pública su fuente de inspiración comparada ha sido el Tribunal de Justicia, quien ha definido una categoría específica, las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Estas tradiciones acaban cristalizando igualmente en la jurisprudencia del TEDH o en la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE, con lo que la Alta Instancia de Luxemburgo suele referirse a varias de ellas en sus decisiones⁶⁴.

En todo caso, cuando los tribunales constitucionales emplean crean, definen o perfilan un principio o un derecho de naturaleza fundamental suelen referirse a varias fuentes. Se suele comenzar con una referencia a fuentes nacionales, internacionales y comparadas antes de concretar específicamente el sentido y alcance que se le quiere atribuir al derecho o principio en cuestión⁶⁵.

5.2. LAS PAUTAS DE COMPORTAMIENTO

Sobre las pautas o tendencias en el comportamiento de los tribunales constitucionales, cabría realizar algunas observaciones de interés. Podría decirse, como criterio general, que existen algunas tendencias o pautas de actuación más o menos comunes y compartidas por los tribunales europeos de naturaleza constitucional y que, además, cada uno de ellos tiene una particular «obsesión» a veces, o algunas tendencias específicas y muy circunscritas a la realidad nacional.

⁶³ TENORIO SÁNCHEZ, P. J., «El derecho comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108, 2016, pp. 275-305.

⁶⁴ POLLICINO, O., «Common Constitutional Traditions in the Age of the European Bill(s) of Rights: Chronicle of a (somewhat prematurely) death foretold», en VIOLINI, L.; BARAGGIA, A., *The Fragmented Landscape of Fundamental Rights Protection in Europe*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 42-71.

⁶⁵ Así lo hace, especialmente, el Tribunal de Justicia. GORDILLO PÉREZ, L. I., «Las tradiciones constitucionales comunes como principios generales del derecho: evolución y perspectivas tras la constitucionalización de la Carta», *op. cit.*, pp. 121-149.

Así, en cuanto a esas pautas generales, podríamos citar esencialmente tres: la defensa de la autonomía del propio tribunal, la tendencia favorable al incremento de la protección de los derechos individuales y la relativa deferencia hacia la actuación de los poderes públicos.

En primer lugar, la defensa de la autonomía y de las competencias del propio tribunal es una cuestión que va de suyo. En tanto que máximo intérprete del texto constitucional, como se ha avanzado supra, es, además, el máximo intérprete de su propia competencia hasta el punto de rozar la esencia del poder constituyente constituido. En este ámbito son interesantes las sentencias de los tribunales constitucionales europeos en materia de integración europea donde, aún reconociendo con carácter general la primacía del Derecho de la Unión, se reservan siempre la capacidad de garantizar la supremacía de su propio orden constitucional⁶⁶.

En segundo término, puede decirse que existe una tendencia por parte de los tribunales constitucionales a proteger los derechos individuales por encima de otros intereses u obligaciones, incluso de carácter internacional, que tenga el poder público en cuestión. A favor de esta pauta de comportamiento juega el clásico principio de interpretación favorable a los derechos tantas veces recordado por la jurisprudencia constitucional⁶⁷. En este plano, juega igualmente el metaprincipio de apertura del ordenamiento que se ha analizado supra. En efecto, el aumento de la protección de un derecho por parte, por ejemplo, del TEDH, tiene un efecto inmediato en la interpretación que hayan de hacer los tribunales de los Estados miembros del CEDH, particularmente los de carácter constitucional. Pero es que, además, existe una suerte de imitación o seguimiento a la figura dominante, que en materia de derechos en el ámbito europeo es el Tribunal constitucional federal alemán⁶⁸. Y este órgano se muestra siempre particularmente celoso de la

⁶⁶ GORDILLO PÉREZ, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales. Las constituciones de entonces ya no son las mismas*, op. cit., pp. 33-97; GORDILLO PÉREZ, L. I., «El TJUE y el Derecho Internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9/2, 2017, pp. 330-354.

⁶⁷ Vid., entre otros, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La interpretación más favorable al derecho fundamental», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 8, 1996, pp. 419-427.

⁶⁸ DYEVE, A., «The German federal constitutional court and European judicial politics», *West European Politics*, Vol. 34/2, 2011, pp. 346-361; WILKINSON, M., «Economic Messianism and Constitutional Power in a “German Europe”: All Courts are Equal, but Some Courts are More Equal than Others», *LSE Law, Society and Economy Working Papers* 26/2014.

protección de los derechos individuales. Merece la pena también recordar que el Tribunal de Justicia ha llegado a incumplir sus precedentes y sus obligaciones internacionales cuando se ha visto en la tesitura de dejar desprotegido a un particular respecto de los derechos que dice proteger como consecuencia de una obligación internacional⁶⁹.

En tercer lugar, cabe mencionar el relativamente alto grado de deferencia que los tribunales de naturaleza constitucional muestran hacia las normas y actos emitidos por los otros órganos constitucionales. En este caso se podría partir del clásico principio general de presunción de validez de los actos de los poderes públicos, pero el grado de deferencia va más allá. Así, se observa un muy alto nivel de deferencia hacia la labor legislativa de los órganos de representación, un nivel medio en el caso de las actuaciones del gobierno y la administración y, finalmente, un mayor grado de escrutinio en el caso de instituciones de carácter más técnico y especializado y menos sometidas al escrutinio de los órganos de representación⁷⁰. La mayor deferencia hacia la labor del legislativo se observa en la propia existencia de un número significativo de sentencias de interpretación conforme en las que los tribunales de naturaleza constitucional intentan salvar la constitucionalidad de las leyes aun cuando se observan importantes vicios⁷¹. En cuanto al otro extremo, es posible observar cómo ciertos tribunales tienen mayor tendencia a controlar decisiones de otras instituciones de tipo más tecnocrático, y sometidas a un menor escrutinio a través de los órganos representativos de la voluntad general, como por ejemplo ha hecho el Tribunal Constitucional Federal alemán históricamente en su jurisprudencia sobre la integración europea y, últimamente, en su reciente escrutinio sobre la actividad del Banco Central Europeo en los casos relativos a la compra de Bonos⁷².

⁶⁹ Nos referimos a la saga *Kadi*, citada anteriormente.

⁷⁰ No son habituales los estudios cuantitativos. Sin embargo, para una ilustración, *vid. BERCHOLC, J. O., La producción del Tribunal Constitucional de España a través del control de constitucionalidad: un estudio empírico-cuantitativo, con análisis cualitativo agregado, sobre el rol desempeñado por el Tribunal Constitucional en el sistema político-institucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

⁷¹ Para el caso italiano, *vid. MARTÍN DE LA VEGA, A., La sentencia constitucional en Italia: tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana. Medio siglo de debate doctrinal*, CEPC, Madrid, 2003.

⁷² *Vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán de 21 junio 2016 (2 BvR 2728/13, OMT final, por sus siglas en inglés), tras el asunto C-62/14, *Gauweiler*, STJUE 16 junio 2015, ECLI:EU:C:2015:400; y la sentencia del Tribunal Constitucional