

**¿HACIA UN ORDEN JURÍDICO CONSTITUCIONAL EUROPEO E  
INTERNACIONAL A TRAVÉS DE LOS TRIBUNALES  
CONSTITUCIONALES? LA JURISPRUDENCIA  
CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO COMPARADO DEL  
TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

*[FOR A EUROPEAN AND INTERNATIONAL CONSTITUTIONAL LEGAL  
ORDER THROUGH CONSTITUTIONAL COURTS? THE  
CONSTITUTIONAL CASE-LAW ABOUT COMPARATIVE LABOR AND  
SOCIAL SECURITY LAW]*

**María Emilia Casas Baamonde**

Fecha de recepción: 5 de septiembre de 2022  
Fecha de aceptación: 12 de septiembre de 2022

**Sumario:** 1. EL MÉTODO DE ANÁLISIS.- 1.1. Los derechos fundamentales y los Estados sociales y democráticos de derecho.- 1.2. Las jurisdicciones constitucionales y el orden jurídico internacional; cuestiones en torno al método.- 2. EL «COMPARATISMO NATURAL» Y «OBLIGADO», Y EL VOLUNTARIO, DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.- 2.1. La presencia natural del Derecho comparado en las jurisdicciones internacionales y supranacionales. Las bases normativas de la utilización obligada del método comparado por el Tribunal de Justicia.- 2.2. El comparatismo en el razonamiento constitucional sobre tutela de derechos y la asunción obligada por los tribunales constitucionales europeos de los Derechos del Consejo de Europa y de la Unión Europea.- 3. EL RECURSO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA: EL AMPLIO MARGEN DE AUTONOMÍA; PRECEDENTES EXPRESOS E INFLUENCIA IMPLÍCITA.- 3.1. 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.- 3.2. Precedentes constitucionales extranjeros explícitos e influencia cruzada entre jurisdicciones constitucionales. ¿Una decisión estratégica de las cortes constitucionales?.- 3.3. La referencia expresa a

precedentes extranjeros por las jurisdicciones constitucionales y la voz de las Constituciones.- 4. EL ESPACIO EXPRESO DEL DERECHO COMPARADO Y DE LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EXTRANJEROS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL: UN USO MODESTO.- 4.1. El recurso expreso a precedentes constitucionales comparados en el ámbito material del Derecho del Trabajo. Derechos fundamentales. 4.1.1. Y despido.- A) Relevancia constitucional de la prueba ilícita (Corte Suprema de los Estados Unidos y Corte Constitucional italiana). Los derechos al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías. Despido nulo v. improcedente.- B) Derecho de los trabajadores de libre comunicación de información veraz. La veracidad de la información (Corte Suprema de los Estados Unidos). Despido radicalmente nulo.- 4.1.2. Y derechos de libertad sindical e intimidad personal y familiar. Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación y deber de sigilo (Tribunal Constitucional Federal alemán).- 4.1.3. Y derecho de manifestación sindical (Corte Constitucional italiana y Tribunal Constitucional Federal alemán). En la pandemia de la COVID-19.- 4.1.4. Y derecho a la tutela judicial efectiva. Ejecución de sentencias frente a Estados extranjeros. Alcance de la inmunidad de ejecución de los bienes de un Estado extranjero (Derecho comparado y Tribunal Constitucional Federal de Alemania).- 4.2. Derecho de la Seguridad Social. Garantías institucionales y principios constitucionales: irretroactividad normativa y seguridad jurídica.- 4.2.1. La concepción constitucional de la seguridad social: garantía de la institución como función del Estado de regulación legal (Corte Constitucional de Italia y Derecho comparado).- 4.2.2. Y derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación. Garantía institucional de protección a la familia. Pensión de viudedad y matrimonio. Denegación de la pensión a supérstites de uniones homosexuales (Derecho comparado).- 4.2.3. Retroactividad impropia de las leyes fiscales y de seguridad social y principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Cambio de encuadramiento de los administradores sociales remunerados, el canon de previsibilidad y obligación de cotizar con efectos retroactivos. Canon de previsibilidad (Corte Constitucional italiana y Tribunal Constitucional Federal alemán).- 5. CONCLUSIONES.

*Contents: 1. THE METHOD OF ANALYSIS.- 1.1. Fundamental rights and Social and Democratic Rule of Law States.- 1.2. Constitutional jurisdictions and the International legal order;*

*questions around the method.- 2. THE «MANDATORY» AND «NATURAL COMPARATISM», AND THE VOLUNTARY ONE, BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN UNION COURT OF JUSTICE.- 2.2. The natural presence of Comparative Law in International and Supranational jurisdictions. Statutory basis for a mandatory using of the comparative method by the European Union Court of Justice.- 2.2. Comparatism in constitutional reasoning about protection of fundamental rights, and the mandatory acceptance by the European Constitutional Courts of Council of Europe's and European Union's rights.- 3. THE RESORT BY THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT CASE-LAW TO COMPARATIVE CONSTITUTIONAL CASE-LAW: THE WIDE MARGIN OF AUTONOMY; EXPRESS PRECEDENTS AND IMPLIED INFLUENCE.- 3.1. The legitimation of constitutional jurisdictions through the merits of their decisions, and through their knowledge and public diffusion. The reason of the Constitution.- 3.2. Foreign explicit constitutional precedents and crossed influence between constitutional jurisdictions. A strategic decision of Constitutional Courts?.- 3.3. The express reference to foreign precedents by the constitutional jurisdictions and the voice of the Constitutions.- 4. THE EXPRESS AREA OF COMPARATIVE LAW AND CASE-LAW OF FOREIGN CONSTITUTIONAL COURTS IN THE CASE-LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN LABOR AND SOCIAL SECURITY MATTERS: A MODEST USING.- 4.1. The express resort to Comparative constitutional precedents in the material coverage of Labor Law. Fundamental rights.- 4.1.1. And dismissal. A) Constitutional relevance of illegal evidence (Supreme Court of the United States and Italian Constitutional Court). The rights to secrecy of communications and to a due process of law. Nul and void dismissals v. unfair dismissals.- B) The right of workers to free communication of reliable information. The reliability of information (Supreme Court of the United States). Nul and void dismissal.- 4.1.2. And union freedom, and personal and family privacy rights. Information rights of workers' representatives in matters of hiring and secrecy (German Federal Constitutional Court).- 4.1.3. And union demonstration right (Italian Constitutional Court and German Federal Constitutional Court). In the pandemic of*

*COVID-19.- 4.1.4. And the right to a due process of law. Execution of decisions against foreign States. Scope of the execution immunity for the assets of a foreign State (Comparative Law and German Federal Constitutional Court).- 4.2. Social Security Law. Institutional guarantees and constitutional principles: Non retroactive statutory efficacy and legal certainty.- 4.2.1. Constitutional understanding of social security: the guarantee of the institution as a statutory ruling function of the State (Italian Constitutional Court and Comparative Law).- 4.2.2. And fundamental rights to equality and non discrimination. Institutional guarantee of the protection of the family. Widow's pension and marriage. Disclaiming of pension to survivors of homosexual unions (Comparative Law).- 4.2.3. Improper retroactive efficacy of tax and social security statutes, and the principles of legal certainty and proscription of the arbitrariness of public powers. Change of coverage of paid social partners, standard of foreseeability, and obligation to contribute with retroactive efficacy. Standard of foreseeability (Italian Constitutional Court and German Federal Constitutional Court).- 5. CONCLUSIONS.*

**Resumen:** El uso de precedentes extranjeros en la interpretación de las Constituciones estatales por sus jurisdicciones propias 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, además de por una cultura jurídica común, por la expansión de los derechos fundamentales, de las democracias constitucionales y de los Estados de Derecho, así como por la globalización de asuntos importantes y particularmente controvertidos de la litigiosidad constitucional. El recurso por los tribunales constitucionales a precedentes comparados presenta singularidades jurídicas ineludibles en los espacios cubiertos por los ordenamientos internacionales y supranacionales europeos y, de manera particular, por el Derecho de la Unión Europea. El artículo analiza la exigua utilización explícita del Derecho comparado y de la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales por el Tribunal Constitucional español en el ámbito del Derecho del trabajo y de la seguridad social, sin abordar la influencia o recepción silenciada de las jurisprudencias constitucionales extranjeras en la española en los mismos ámbitos materiales.

**Abstract:** *The using of foreign precedents in the interpretation of state Constitutions by their own jurisdictions has been object of a debate intensified in these last times. The internalization of constitutional jurisdictions and their decisions is a fact, which is favoured, besides a common legal culture, by the expansion of fundamental rights, of constitutional democracies, and of rule of law States, as well as by the globalization of important and specially controversial issues of the constitutional litigation. The resort by Constitutional Courts to comparative precedents presents unavoidable legal singularities in the areas covered by European international and supranational orders, and particularly, by the Law of the European Union. This work analyzes the meagre explicit using of Comparative Law and the case-law of other Constitutional Courts by the Spanish Constitutional Court in matters of Labor and Social Security Law, without addressing the influence or silent reception of foreign constitutional case-laws in the Spanish one in the same matters.*

**Palabras clave:** Tribunales constitucionales, precedentes extranjeros, derechos fundamentales, motivación de las sentencias, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea

**Keywords:** *Constitutional Courts, European Court of Human Rights, European Union Charter of Fundamental Rights, European Union Court of Justice, Foreign precedents, Fundamental rights, Merits of decisions*

\* \* \*

## 1. EL MÉTODO DE ANÁLISIS

Abordar «la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social» admite, como mínimo, dos diferentes enfoques, estrechamente relacionados entre sí, aunque cada uno de ellos responda a su propia lógica: pueden analizarse comparativamente las distintas jurisprudencias constitucionales sobre instituciones o materias del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, o al menos las 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, la *Corte Costituzionale* italiana, o el *Bundesverfassungsgericht* alemán), y realizar un estudio comparado de su jurisprudencia sobre los mismos asuntos o próximos de la que resultaría un Derecho constitucional comparado del Trabajo y de la Seguridad Social o un Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social comparado en las jurisprudencias de los tribunales constitucionales examinadas.

Como ha dicho P. CRUZ, «el Derecho constitucional comparado es todo menos una entelequia»<sup>1</sup> y así lo ha probado en obras tan conocidas como imprescindibles<sup>2</sup> —guiadas por el objetivo de entroncar nuestra jurisdicción constitucional con la tradición constitucional europea— sobre la institución de las 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) de protección de los derechos fundamentales de las personas a través de un proceso constitucional subsidiario, que sirve a éstas de garantía última de dichos derechos cuando en el ordenamiento propio han sido agotados todos los remedios de la justicia ordinaria.

---

<sup>1</sup> «Pasado, presente y futuro del Tribunal Constitucional», en *La garantía jurisdiccional de la Constitución (XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional)*, CEPC, Madrid, 2022, pág. 2 de su versión en PDF (de próxima publicación).

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

El Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social es también todo menos una entelequia, como vienen demostrando con sus aportaciones científicas de excelencia los profesores J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, presidente y vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social (ACDCTSS), dotada de un Instituto de Investigación y editora de este Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo. El Instituto de Investigación publicó en 2008 una obra completa hasta aquel momento y de referencia sobre *Los grandes casos judiciales del Derecho alemán del Trabajo. Estudio comparado con el Derecho español y traducción castellana*, de la que son autores los profesores U. ZACHERT, J. MARTÍNEZ GIRÓN y A. ARUFE VARELA, estudio comparado de decisiones del Tribunal Constitucional Federal y del Tribunal Federal del Trabajo en materia de Derecho del Trabajo, individual y colectivo<sup>3</sup>. A ARUFE VARELA debemos el imprescindible *El derecho de la seguridad social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del derecho español*<sup>4</sup>, y a los profesores X. M. CARRIL VÁZQUEZ e I. VIZCAÍNO RAMOS, secretario y vicesecretario de la Asociación, las investigaciones realizadas con la perspectiva del Derecho comparado, línea metodológica que es marca característica del área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidade da Coruña.

El análisis puede también dirigirse a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre trabajo y seguridad social para comprobar su grado de comparatismo; esto es, la presencia en sus decisiones de normas de Derecho comparado y de resoluciones de tribunales extranjeros, y en particular de los tribunales constitucionales, sobre materias laborales y de seguridad social, que hayan servido a la formación de su *ratio decidendi* o como elemento de legitimación de su motivación, de persuasión de su fundamentación, o simplemente hayan sido tenidas en cuenta por la jurisprudencia constitucional española para aceptar la convergencia o señalar la divergencia de la comparación. Desde este punto de vista analítico podremos también obtener conclusiones sobre la jurisprudencia constitucional *española* sobre el Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social.

---

<sup>3</sup> Netbiblo, A Coruña.

<sup>4</sup> Atelier, Barcelona, 2014.

El primer enfoque, sin duda rico y esclarecedor, se enfrenta a la dificultad de seguirlo de manera plenamente consecuyente ante la amplitud y dificultades del empeño. La oportunidad de poner el foco de atención en el uso de precedentes jurisprudenciales extranjeros por parte de nuestro Tribunal Constitucional, propia del segundo enfoque, es posible que ofrezca un resultado menos rico de Derecho comparado material, pero quizás permita conocer la dimensión de Derecho comparado de nuestra jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social como elemento de su identidad institucional; al menos la dimensión comparada explícita.

Es evidente que este segundo enfoque adopta una perspectiva de estudio quizás más modesta, pero no menos importante. La «comunicación transjudicial» constitucional es, para algunos investigadores, «un área de estudio preferente en el derecho constitucional» de los últimos tiempos, principalmente en los sistemas de *judicial review* del mundo anglófono — algunas Constituciones recientes contienen previsiones específicas sobre la consideración del Derecho extranjero en su interpretación—, no obstante la indiferencia o la hostilidad manifiesta de la mayoría de los jueces de la Corte Suprema norteamericana por la cita directa en sus decisiones de precedentes extranjeros, con posiciones encendidamente contrarias de los jueces, de las instituciones políticas, de la doctrina y de la opinión pública a lo largo del tiempo<sup>5</sup>. Aquellas previsiones constitucionales expresas pueden tener una incidencia notable en el diálogo entre tribunales constitucionales y demandar un estudio comparado de sus jurisprudencias.

En los sistemas de *civil law*, en un marco plural de lenguas y de modelos de justicia constitucional, se han incrementado también desde fechas recientes estudios sobre el recurso por los tribunales constitucionales

---

<sup>5</sup> T. GROPPi, «“Bottom up globalization”? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali», *Quaderni costituzionali*, n° 1, 2011, pág. 199. Del debate entre los propios jueces de la Corte Suprema y en la opinión jurídica y política del país da cuenta la propia GROPPi, *ibid.*; o A. A. JIMÉNEZ ALEMÁN, «Universalismo y particularismo en el Tribunal Constitucional: sobre su uso (y abuso) de los precedentes extranjeros», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 40, UNED, 2017, págs. 535-536. Del mayor interés es la investigación empírica coordinada por T. GROPPi y M.-C. PONTTHOREAU, *The use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013, págs. 1 y ss.



(o supremos) a la jurisprudencia constitucional extranjera<sup>6</sup>, incluida la de los Tribunales de *judicial review*, que han analizado la funcionalidad de esos elementos comparados en la articulación del juicio de constitucionalidad y sus problemas, nada desdeñables, así como el verdadero alcance del diálogo entre tribunales constitucionales, próximos o alejados en su configuración institucional, a partir de la observación directa de sus jurisprudencias, lo que plantea un desafío también de enorme complejidad teórica y práctica<sup>7</sup>.

Unos y otros tipos de estudios, que se vienen realizando en los últimos años, atienden a la globalización del Derecho a través de la circulación de la jurisprudencia. Son ya muy numerosas las investigaciones empíricas sobre las referencias cruzadas entre las jurisdicciones constitucionales.

### **1.1. Los derechos fundamentales y los Estados sociales y democráticos de derecho**

Ciertamente, los derechos fundamentales como tales y sus garantías constituyen el denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos por las jurisdicciones constitucionales<sup>8</sup>. Afortunadamente la cultura mundial de los derechos ha avanzado. Es cierto también que esos elementos comunes de interpretación constitucional sobre el respeto de los derechos fundamentales, expresión de valores universales de defensa de la dignidad y autonomía personales, pueden expresar una preocupación extendida por su defensa y contribuir a fijar un estándar de común acatamiento —¿global?— acorde a los retos de las democracias constitucionales más avanzadas en un mundo en continua transformación y expansión. La mirada de futuro de la interpretación de las Constituciones puede ayudarse 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 de las personas, puede coadyuvar al ejercicio de su

---

<sup>6</sup> También en nuestra realidad: véanse los datos que hasta 2017 proporciona A. A. JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, págs. 530 y ss.

<sup>7</sup> GROPPI y PONTTHOREAU, *The use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, cit., págs. 2-3.

<sup>8</sup> G. ZAGREBELSKY, «Corti costituzionali e diritti fondamentali», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2006, págs. 297 y ss.

respectiva función jurisdiccional sobre las cuestiones dichas y los siempre delicados problemas de adaptación de las Constituciones vivas y abiertas al futuro a la realidad de su tiempo, para facilitar las respuestas jurídicas exigidas por la propia Constitución nacional, que los tribunales constitucionales garantizan.

Nuestro Tribunal Constitucional, ya en su STC 192/2003, de 27 de diciembre, había dicho que en la aplicación judicial del Derecho que es, «como toda interpretación, realización de valor, esto es, una elección entre varias valoraciones posibles hacia cuyos principios aquélla se orienta [...] ha de partirse, en primer término, de la totalidad de las representaciones de valor fijadas en la Constitución que la sociedad ha alcanzado en un determinado momento de su desarrollo cultural» (FJ 4). En su Sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, que desestimó la inconstitucionalidad de la reforma legal que autorizó el matrimonio entre personas del mismo sexo, acogió, siguiendo las alegaciones del Abogado del Estado<sup>9</sup>, la idea de la Constitución como un «árbol vivo» de la sentencia *Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada*, de 1930<sup>10</sup>, retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia de 9 de diciembre de 2004<sup>11</sup>, también sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo; una cuestión constitucional ésta «global» sobre las que se han pronunciado numerosas jurisdicciones constitucionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no obstante la persistencia de soluciones diferentes en los ordenamientos estatales, incluidos los de los Estados de la Unión Europea. La interpretación evolutiva —amplia, liberal y progresiva, en palabras de la sentencia canadiense—, de la mano de la acción política del legislador en el marco del pluralismo democrático y de su control por el Tribunal Constitucional, acomoda 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 «su propia relevancia y legitimidad» como norma fundamental del ordenamiento jurídico. La Constitución viva se enraíza en la cultura jurídica, que nutren no solo los textos jurídicos, sino también “la realidad social jurídicamente relevante, [...] las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos

---

<sup>9</sup> Los recurrentes, como el Abogado del Estado, hicieron uso profuso del Derecho y de la jurisprudencia comparada. También por los autos de planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad de magistradas y magistradas encargados de los registros civiles: ATC 505/2005, de 13 de diciembre, Antecedentes, 3, por todos.

<sup>10</sup> O «caso de las personas»: [1930] AC 124, [1929].

<sup>11</sup> <http://csc.lexum.umontreal.ca/en/2004/2004scc79/2004scc79.pdf>.

previstos en el propio ordenamiento, *el Derecho comparado* y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de 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 elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición» (FJ 9).

La citada sentencia hizo un recorrido por el Derecho comparado de países pertenecientes a la cultura jurídica occidental, incluyendo jurisprudencia de las cortes supremas y constitucionales, para poner de manifiesto, en un plano complementario o instrumental de su fundamentación jurídico-constitucional, el surgimiento, de su evolución, de una nueva «imagen» extendida del matrimonio y de su «concepción plural», aunque no unánimemente reconocida.

El método evolutivo de interpretación constitucional, frente al «originalista», es utilizado por la generalidad de las jurisdicciones constitucionales y por las cortes internacionales —con la excepción de nuevo, respecto de aquéllas, de la Corte Suprema norteamericana—, especialmente en el caso de Constituciones rígidas no reformadas o escasamente reformadas durante décadas<sup>12</sup>. Su presupuesto, no imprescindible, es la vitalidad no reformada de las Constituciones o la novedad de éstas. En nuestro caso, la regla de interpretación evolutiva está asociada a la conocida regla hermenéutica del art. 10.2 CE (STC 198/2012, FJ 9), de la que, como es sabido, pero repetiré más adelante, no forma parte el Derecho ni la jurisprudencia constitucional comparada. Apenas hace falta recordar que tal método interpretativo no puede sustituir al sistema de democracia representativa —disfrazado de activismo judicial sería, sencillamente, antidemocrático—, sino meramente complementarlo<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Sobre la más amplia evolución o «La dimensión evolutiva de la jurisdicción constitucional en Europa», P. CRUZ VILLALÓN, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES y A. VON BOGDANDY (coords.), *La justicia constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 49 y ss.

<sup>13</sup> 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 de la actuación del poder de reforma constitucional. 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

ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-124

Resulta inevitable añadir que la comunicación entre las jurisdicciones constitucionales, y el recurso a los precedentes extranjeros, apuntan inequívocamente a la asunción por estos expedientes de un papel activo en el presunto compromiso general de esas jurisdicciones con el método evolutivo y compartido de interpretación, con los límites que derivan del ordenamiento constitucional respectivo, y con los derechos fundamentales. La funcionalidad positiva atribuida al método comparado de análisis es estimular la responsabilidad de las jurisdicciones constitucionales y favorecer el diálogo fecundo entre los constitucionalismos democráticos.

Así las cosas, sucede, sin embargo, que, como es sobradamente sabido, está lejos de ser una cualidad depositar sobre los tribunales constitucionales la carga de resolver conflictos de alta sensibilidad ética y política, que tienen en los sistemas políticos democráticos su vía de satisfacción natural. Es ésa, no obstante, una problemática distinta. De lo que aquí se trata es del estímulo del diálogo entre las jurisdicciones constitucionales a través, entre otros medios, del método jurídico comparado para hacerlas partícipes de la composición de una «voz de la Constitución»<sup>14</sup> capaz de configurar los valores y derechos constitucionales europeos, y más allá del espacio jurídico europeo, lo que no siempre está exento de disensos y colisiones no ya llamativas, sino peligrosas para la democracia y el Estado de Derecho. Aunque no sea el único caso en el espacio jurídico europeo en la tensión permanente entre el Derecho de la Unión y las Constituciones nacionales, que han permitido la cesión de soberanía a la Unión, no puedo dejar de referirme aquí al gravísimo conflicto protagonizado recientemente por el Tribunal Constitucional de Polonia, cuestionada por la Unión y por el Tribunal de Justicia, y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por las deficiencias de

---

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 a la STC 133/2017, de 16 de noviembre, entre otros ejemplos).

<sup>14</sup> J.L. REQUEJO PAGÉS, «La jurisdicción constitucional en Europa: la voz de la Constitución», en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES y A. VON BOGDANDY (coords.), *op. cit.*, págs. 561 y ss.

imparcialidad e independencia de la organización de su sistema judicial, incluido el propio Tribunal Constitucional, que ponían en peligro en Polonia el Estado de Derecho y los valores esenciales democráticos de la Unión<sup>15</sup>.

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 lo constitucionalmente relevante, están cerrados por las fronteras estatales en el mundo actual, siendo la globalización de los valores esenciales de las sociedades democráticas y de los propios derechos fundamentales —que van mas allá de su proclamación o asunción en las respectivas Constituciones<sup>16</sup>— la más positiva o «benéfica», capaz de procurar la oportunidad de lograr una forma de diálogo, incluso de posible convergencia, en la solución de problemas constitucionales de las sociedades pluralistas, en la resolución de la litigiosidad constitucional global<sup>17</sup>. La similitud de problemas de posible dimensión constitucional, que, a la postre, se resuelven en la defensa la protección efectiva de los derechos fundamentales en unas realidades sociales y jurídicas transformadas y en transformación, facilita la relación entre las cortes constitucionales y sus jurisprudencias. Hay que añadir que el control de determinadas jurisdicciones constitucionales nacionales sobre los derechos fundamentales se extiende al de sus vulneraciones por las autoridades nacionales en su actuación extraterritorial. El método de análisis

---

<sup>15</sup> Sin remontarme a sus precedentes anteriores, que arrancan de 2005, ni relatar el rosario de decisiones de la Unión y del TJUE, y del TEDH que han jalonado el conflicto, llegó a su punto álgido con las sentencias del Tribunal Constitucional polaco de 14 de julio, asunto P 7/20, y de 7 de octubre de 2021, asunto K 3/21, que declararon, la primera, el *ultra vires* del TJUE, opuesto al orden constitucional polaco, y, la segunda, la incompatibilidad con la Constitución polaca e inconstitucionalidad parcial de varios preceptos del TUE (arts. 1, 2, 4 y 19). En sus sentencias de 24 de noviembre de 2021 y de 10 de marzo de 2022 (K 6/21 y K 7/21) declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 del CEDH sobre el derecho a un proceso equitativo, comprensivo del derecho a un tribunal imparcial e independiente, establecido por la ley. Pueden verse las decisiones básicas del conflicto en R. ALONSO GARCÍA, «El sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas, imperfecciones», y P. ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARIA, «Variaciones sobre “el sistema europeo de fuentes: sombras, lagunas, imperfecciones”», en R. ALONSO GARCÍA y P. ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARIA, *El sistema europeo de fuentes*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2022, págs. 26 y ss. y 167 y ss., respectivamente.

<sup>16</sup> Se consideren normas de principio, o dotadas de una irreprimible fuerza expansiva en cuanto núcleo fuerte de legitimación política de la Constitución, sin abandonar la concepción «formal» de la Constitución.

<sup>17</sup> ZAGREBELSKY, «La Costituzione come compito», CEPC, Madrid, 2022, versión en PDF (de próxima publicación).

jurídico comparado, en su aplicación a las jurisdicciones constitucionales, tiene, como se ve, consecuencias teóricas y prácticas importantes. Y precisa de investigaciones empíricas.

## **1.2. Las jurisdicciones constitucionales y el orden jurídico internacional; cuestiones en torno al método**

La idea expuesta está asumida por los tribunales constitucionales europeos de mayor solera, antes citados. El *Verfassungsgerichtshof*, que ha celebrado su centenario en 2020, utiliza en su página web el expresivo título «Jurisdicción constitucional internacional» y se enorgullece, «como el primer tribunal del mundo encargado de examinar las normas en el sentido de jurisdicción constitucional concentrada», de desempeñar «un papel pionero en el desarrollo de la jurisdicción constitucional», formando parte de una asociación europea y mundial de tribunales «con el objetivo de salvaguardar el Estado de Derecho y los derechos humanos». El *Bundesverfassungsgericht* dice en su página de apertura, en la que aun recuerda su 70º aniversario cumplido en 2021, en el despliegue de la pestaña sobre la Corte, que «interactúa con los tribunales federales supremos, otros tribunales constitucionales nacionales y tribunales internacionales». Pinchando en «perspectivas internacionales» añade, lo que es verdaderamente significativo de su esencia y del valor de los derechos fundamentales para el Tribunal Constitucional Federal alemán —«el carácter suprapositivo de los derechos fundamentales está en el ADN de la *Grundgesetz*»<sup>18</sup>—, que «siempre se ha visto a sí mismo como parte del orden jurídico internacional y de la comunidad mundial de tribunales constitucionales». También la *Corte Costituzionale*, en funciones desde 1956, proclama su vocación internacional en su presentación: «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 similares [...] que realizan tareas comparables», y en su trabajo, «no ignora las experiencias de otros países [...]». Nuestro Tribunal Constitucional señaló, al iniciar el ejercicio de su jurisdicción, que la proclamación de principios del artículo 10.1 de la Constitución sobre la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le

---

<sup>18</sup> P. CRUZ VILLALÓN, «¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? Sobre la extensión del amparo a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE», *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, nº 25, enero-junio 2021, pág. 74.

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 parecidos en el Derecho comparado, y, en el plano internacional, 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)<sup>19</sup>.

La ignorancia de la jurisprudencia de otros tribunales constitucionales nunca puede ser celebrada y la sabiduría constitucional tiene que ser expansiva teniendo en los derechos fundamentales y en los asuntos de dimensión supranacional o internacional un terreno abonado. La «influencia» de unos tribunales constitucionales sobre otros puede ser o es una realidad, a la que contribuyen, además de factores de prestigio y respeto, la existencia de una lengua común en un área jurídica determinada, cuya inexistencia, sin embargo, no la impide, pues la traducción de las decisiones de los tribunales constitucionales a otras lenguas, y por lo común, al inglés, facilita el acceso a su conocimiento, necesario para hacer realidad la internacionalización de la justicia constitucional<sup>20</sup>. Sin embargo, la comparación es un método de conocimiento naturalmente exigente de entornos jurídicos e institucionales comparables. Además, como método partícipe en el enjuiciamiento constitucional depende, en el caso de nuestra jurisdicción constitucional, y de otras cuyas constituciones guarden silencio al respecto, de su 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, del que no forman parte el Derecho comparado ni las decisiones de otras cortes constitucionales extranjeras. De nuevo la cita del artículo 10.2 de nuestra Constitución es obligada. Empujadas por ese conocimiento mutuo, las jurisprudencias constitucionales pueden llevar la comparación al contexto interpretativo de sus decisiones, que, en ocasiones, no podrán superar el obstáculo de la

---

<sup>19</sup> STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5, decisión que asumió la doctrina de la doble naturaleza, subjetiva y objetiva, de los derechos fundamentales.

<sup>20</sup> El Presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, K. LENAERTS, en su visita institucional al Tribunal Constitucional español, pronunció una conferencia sobre *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 mayo 2022. En ella señaló que la «influencia» del Tribunal Constitucional de España no se ha limitado al continente europeo, «sino que ha servido de puente entre los Tribunales Constitucionales europeos y los Tribunales Constitucionales de Latinoamérica» (pág. 1 del texto escrito).

regulación de cada Constitución y de los ordenamientos de los que son la norma suprema. El debate no es menor.

En Europa, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y sus Protocolos, con distinto valor jurídico para los Estados miembros, pero que todos han de respetar a partir de su ratificación y en los términos de sus reservas, estableció, en nuestro caso, la densidad de contenido mínimo de los derechos proclamados por la Constitución coincidentes con los de aquél, interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (art. 10.2 CE, de nuevo). En el espacio jurídico de la Unión Europea es probable que el diálogo entre tribunales constitucionales se incremente como consecuencia del avance del proceso de integración y de la posición central que han adquirido los derechos fundamentales en su ordenamiento desde la entrada en vigor de la Carta de los derechos fundamentales con el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE)<sup>21</sup>. El pluralismo constitucional estatal debe contribuir a establecer un constitucionalismo común europeo. Comenzaré por abordar el comparatismo realizado en solitario y entre sí por las jurisdicciones supranacionales europeas con la concisión que requiere un estudio de estas características (2).

La utilización expresa de precedentes extranjeros comparados es, como ya he advertido, decisión libre del Tribunal Constitucional, aunque hayan sido alegados por las partes, pues, como es patente, el Tribunal no es juez del Derecho extranjero<sup>22</sup> 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 el

---

<sup>21</sup> Desde un punto de vista cuantitativo, en la actualidad de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia «aproximadamente un asunto sobre diez versa sobre la Carta. Cualitativamente, los derechos fundamentales ocupan un lugar central en el diálogo prejudicial entre el Tribunal de Justicia y las jurisdicciones nacionales»: LENAERTS, *op. cit.*, pág. 2.

<sup>22</sup> Carecería de todo sentido traer aquí la problemática de las vulneraciones «indirectas» de los derechos fundamentales por poderes públicos españoles que reconocen eficacia a las vulneraciones directas de esos mismos derechos por poderes públicos extranjeros en extradiciones y en la homologación de sentencias a través del mecanismo del *exequatur*. Carecería de todo sentido formal —la violación es de un poder público español— y, desde luego material. Sobre estas vulneraciones «indirectas» de derechos fundamentales hay una amplia jurisprudencia constitucional. Tampoco son propios de estas páginas los problemas de alegación y prueba del Derecho extranjero.



que nuestro ordenamiento no tiene que coincidir necesariamente»<sup>23</sup>. El Tribunal Constitucional no tendrá 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<sup>24</sup>, y no hacerlo, pese a que hayan influido (3).

El enfoque comparatista que aquí se adopta se centrará en el modo de razonar de nuestro Tribunal Constitucional atendiendo al recurso explícito —el implícito sería inabarcable— al Derecho y a la jurisprudencia constitucional comparados, a las citas o referencias expresas en la motivación de sus decisiones a otras jurisdicciones constitucionales, con la finalidad de ofrecer un enfoque singularizado, que contribuya a completar el análisis de nuestra jurisprudencia constitucional a lo largo de sus más de cuarenta años de existencia, siempre en el ámbito material laboral y de seguridad social (4).

En todo caso, la elección del método del análisis responde a una decisión subjetiva.

## **2. EL «COMPARATISMO NATURAL» Y «OBLIGADO», Y EL VOLUNTARIO, DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA**

---

<sup>23</sup> ATC 496/1989, de 16 de octubre, FJ 1.

<sup>24</sup> En su STC 12/2008, de 29 de enero, dijo que las consideraciones de los recurrentes «sobre los avatares de las jurisprudencias italiana y francesa» —las Constituciones habían sido reformadas al efecto— sobre la igualdad de mujeres y hombres en la representación política no le competían. No obstante, razonó con la diferencia entre aquellos ordenamientos y el nuestro por «la amplitud de contenido del art. 9.2 CE [...]» (FJ 4). Las referencias a decisiones del Consejo Constitucional francés se mantuvieron en los antecedentes de las SSTC 13/2009, de 19 de enero, y 40/2011, de 13 de marzo, alegadas por los recurrentes y combatidas por el Parlamento Vasco y la Junta de Andalucía. Las STC 13/2009 y 40/2011 desestimaron los recursos de inconstitucionalidad de diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso contra preceptos de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, y precepto de Ley andaluza 5/2005, de 8 de abril, de modificación de la Ley electoral de Andalucía. En las sentencias sobre la diferencia de trato 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, 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).

## **2.1. La presencia natural del Derecho comparado en las jurisdicciones internacionales y supranacionales. Las bases normativas de la utilización obligada del método comparado por el Tribunal de Justicia**

Puede calificarse de «comparatismo interno obligado» el método de decisión que utilizan los tribunales internacionales y supranacionales, integrados por jueces de distintos Estados con diferentes sistemas y culturas jurídicos, que comparan el Derecho o práctica estatal cuestionada con los ordenamientos supranacionales e internacionales que interpretan y aplican y de los que son sus órganos de garantía jurisdiccional. Se sirven de los ordenamientos de los Estados en que nace la queja, que pueden responder a contextos jurídicos distintos, y no prescinden necesariamente de los ordenamientos representados en su composición plural, y, en consecuencia, del Derecho comparado en sus deliberaciones y decisiones. La razón jurídica de la decisión adoptada está, no obstante, como es patente, anclada en el ordenamiento supranacional o internacional que interpretan y aplican, según las reglas de interpretación de esos ordenamientos. En esa interpretación y aplicación los tribunales, en los diversos ámbitos de sus jurisprudencias, tienen en cuenta y comparan las precedentes decisiones por ellos dictadas, y el marco jurídico de sus pronunciamientos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, con las que han de dictar para resolver los nuevos litigios sobre las mismas o parecidas cuestiones o sobre nuevos asuntos en los ordenamientos de los mismos o de otros Estados, que también pueden compararse con otros precedentes comparados procedentes de otros ordenamientos internacionales de derechos humanos. Se ha dicho, por ello, que, las cortes internacionales y supranacionales, de alguna manera, son por naturaleza comparatistas<sup>25</sup>.

La consulta de cualquier decisión de esos Tribunales pone de manifiesto la comparación flagrante de la «legislación y prácticas internas pertinentes» y del «Derecho europeo e internacional pertinente», además de «material de Derecho comparado», en el caso del TEDH; o, en el marco jurídico, el Derecho de la Unión y el Derecho nacional de que se trate, en el caso del TJUE en cuestiones de prejudicialidad. En las sentencias en recursos por incumplimiento de los Estados también figura, en el marco

---

<sup>25</sup> C. ROZAKIS, “The European Judge as Comparatist”, *Tulane L. Rev.*, 2005, p. 273.

jurídico, sus normas recurridas por incumplimiento de las obligaciones que el Derecho de la Unión impone al Estado presuntamente incumplidor.

No me ocuparé de la utilización del método comparado «externo» o extrasistemático y voluntario por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que nos llevaría lejos del objetivo de estas páginas<sup>26</sup>. La consulta de HUDOC, la base de datos de acceso a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, permite comprobar las referencias cruzadas de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a las de otros tribunales internacionales y a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>27</sup>, que, a su vez, en vía de principio y en numerosas decisiones dice desarrollar su jurisprudencia a la luz de la del TEDH y cita en sus sentencias las de aquél. Volveré sobre ello. Tampoco es infrecuente la exposición por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de los Estados frente a los que se dirige la demanda por sus nacionales que se consideran víctimas directas de violaciones de los derechos y garantías previstos en el CEDH o en los Protocolos que lo desarrollan, y, menos aún, de un cuerpo de Derecho comparado material<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> J. GARCÍA ROCA, P. A. FERNÁNDEZ, P. SANTOLAYA, R. CANOSA, *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*, Navarra, 2012; T. GROPII y A. M. LECIS COCCU-ORTU, «Las referencias recíprocas entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo?», *Revista de Derecho Político*, nº 91, 2014, págs. 183 y ss. Obviamente, ese «comparatismo externo» o extrasistemático del Tribunal Europeo no se limita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino a otros sistemas de derechos humanos, y obviamente, al universal: G. COHEN-JONATHAN, J. F. FLAUSS (coords.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 2005.

<sup>27</sup> Como ejemplo, a propósito del concepto de discriminación refleja (por sexo, discapacidad y etnia), la STC 71/2020, de 29 de junio, citó en su apoyo la sentencia del TEDH de 22 de marzo de 2016, *Guberina contra Croacia (Application n° 23682/13)*, parágrafo 79, y ésta a su vez, en la exposición del material internacional relevante, antes de comenzar su razonamiento en Derecho, invocó la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, artículos 21 y 16, y las sentencias del Tribunal de Justicia *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law* (C-303/06, ECLI:EU:C:2008:415) y *CHEZ Razpredelenie Bulgaria AD v. Komisia za zashhita ot diskriminatsia* (C-83/14, ECLI:EU:C:2015:480).

<sup>28</sup> Siguiendo con los ejemplos, SSTEDH *López Ribalda y otras c. España*, Gran Sala (Applications n°s. 1874/13 y 8567/13), de 17 de octubre de 2019; *Aldeguer Tomás c. España* (Demanda n° 35214/09), de 14 de junio de 2016, en la que el TEDH dedicó un apartado precisamente a «La protección de los derechos humanos del sistema interamericano».

Sí debo destacar el «comparatismo externo» —además del interno, comenzando por el que opera sobre las diferentes versiones lingüísticas de las disposiciones del Derecho de la Unión— a que está obligado el Tribunal de Justicia por la Carta. Dejo sin tratamiento, también en su caso, el comparatismo voluntario.

El TUE estableció que los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta «se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta» y «teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones» (art. 6.1.3º); y que los derechos fundamentales garantizados por el CEDH y «los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales» (art. 6.3), que, según la jurisprudencia del TJUE, tienen rango constitucional. Esos principios generales del Derecho de la Unión, que no son los derechos y principios de la Carta, han de identificarse a través del método comparado<sup>29</sup>.

El TJUE ha de utilizar el método comparado en la operación de verificación de la correspondencia de los derechos de la Carta con los reconocidos por el CEDH. La Carta ha dispuesto que, en la medida en que los derechos que reconoce se correspondan con derechos garantizados por el CEDH, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio, sin que la Carta impida que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa (arts. 52.3 y 53), ni, según ha precisado el Tribunal de Justicia, imponga que el Convenio sea canon de validez del Derecho de la Unión, en tanto no se ratifique. Una precisión por el TJUE de lo que es jurídicamente obvio, pero al tiempo necesario, dada las faltas de ratificación y las ratificaciones condicionadas de determinados Protocolos del CEDH por Estados de la UE. El TJUE la ha formulado diciendo que «si bien los derechos fundamentales reconocidos por el CEDH forman parte del Derecho de la Unión como principios generales —conforme al 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, este no constituye, dado que la Unión no se ha adherido a él, un instrumento

---

<sup>29</sup> R. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, págs. 72-73. Véase su acertada crítica sobre el rango constitucional como elemento definitorio de estos principios, cuya identificación resultaría de su falta de normativización positiva, y su posible asunción por normas de rango constitucional (págs. 71-74).

jurídico integrado formalmente en el ordenamiento jurídico de la Unión»<sup>30</sup>. Con consecuencias prácticas inevitables que se proyectan sobre el distinto funcionamiento del sistema jurisdiccional del CEDH y de la UE ante la protección de sus derechos.

Ha precisado también el Tribunal de Justicia que «en la medida en que la Carta contiene derechos que se corresponden con derechos garantizados por el CEDH, el artículo 52, apartado 3, de la Carta pretende garantizar la coherencia necesaria entre los derechos que contiene ésta y los derechos correspondientes garantizados por el CEDH, sin que ello afecte a la autonomía del Derecho de la Unión y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», por lo que a efectos de la interpretación de la Carta procede tener en cuenta el CEDH como nivel mínimo de protección<sup>31</sup>. Recordando que, según las explicaciones relativas al artículo 52.3 de la Carta, el precepto «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»<sup>32</sup>. Se ha dejado así el Tribunal de Justicia una puerta abierta a su interpretación o ponderación autónoma.

Además, sobre el Tribunal de Justicia pesa en la Carta, como en el artículo 6.3 del TUE, un mandato de interpretación de los derechos fundamentales de acuerdo con el Derecho comparado. Dice el artículo 52.4 de la Carta que «en la medida en que la Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las

---

<sup>30</sup> SSTJUE de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, apdo. 44; de 3 de septiembre de 2015, *Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Comisión*, C-398/13 P, ECLI:EU:C:2015:535, apdo. 45; de 15 de febrero de 2016, *N.*, C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, apdo. 45; de 29 de mayo de 2018, *Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW y otros*, C-426/16, ECLI:EU:C:2018:335, apdo. 40. El arranque en el controvertido dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014, EU:C:2014:2454, que declaró la adhesión de la Unión, limitada al CEDH, al Protocolo Adicional y al Protocolo 6, ratificados por todos los Estados, no compatible con el artículo 6 TUE, apartado 2, ni con el Protocolo (nº 8).

<sup>31</sup> STJUE de 12 de febrero de 2019, *TC*, C- C-492/18 PPU, ECLI:EU:C:2019:108, apdo. 57. Con cita de las SSTJUE de 15 de marzo de 2017, *Al Chodor*, C-528/15, ECLI:EU:C:2017:213, apdo. 37, y de 14 de septiembre de 2017, *K.*, C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680, apdo. 50 y jurisprudencia allí citada.

<sup>32</sup> SSTJUE de 15 de febrero de 2016, *N.*, C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, apdo. 47; 14 de septiembre de 2017, *K.*, C-18/16, ECLI:EU:C:2017:680, apdo. 50; 20 de marzo de 2018, *Menci*, C- 524/15, ECLI:EU:C:2018:197, apdo. 23.

citadas tradiciones». Al Tribunal de Justicia corresponde identificar esas tradiciones constitucionales recurriendo al Derecho comparado, de modo que su interpretación de esos derechos refleje «un cierto consenso constitucional entre los Estados miembros»<sup>33</sup>, reposando su decisión, cuando el consenso constitucional no existe entre los Estados, en materias no atribuidas al Derecho de la Unión como el Derecho de familia, en los derechos del Derecho de la Unión —derechos de libre circulación y residencia—, sin imponer cambios en las Constituciones nacionales —sin afectar a la «identidad constitucional» de los Estados— o en los Derechos nacionales<sup>34</sup>. Cuando el consenso existe, como sucede con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial predeterminado por la ley (art. 47 de la Carta), condición esencial del Estado de Derecho y los valores de la Unión (art. 2 TUE), su Derecho, dentro de sus atribuciones, y las decisiones del Tribunal de Justicia se imponen. Las SSTJUE, en pleno, de 16 de febrero de 2022, C- 156/21, Hungría/Parlamento y Consejo, y C-157/21, Polonia/Parlamento y Consejo<sup>35</sup>, declararon que esos valores, compartidos por los Estados definen su identidad y la de su ordenamiento jurídico, debiendo la Unión estar en condiciones de defenderlos.

## **2.2. El comparatismo en el razonamiento constitucional sobre tutela de derechos y la asunción obligada por los tribunales constitucionales europeos de los Derechos del Consejo de Europa y de la Unión Europea**

Visto desde las jurisdicciones constitucionales, y, en concreto, desde nuestro Tribunal Constitucional, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH y el Derecho de la Unión y la jurisprudencia del TJUE no son,

---

<sup>33</sup> LENAERTS, *op. cit.*, pág. 4; LENAERTS y J. GUTIÉRREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de Justice de l'Union Européenne*, Bruylant, Bruselas, 2020, págs. 93 y ss. y 149 y ss.

<sup>34</sup> Las decisiones del Tribunal de Justicia, citadas por el Presidente LENAERTS en su conferencia, que demuestran la inexistencia de un consenso europeo sobre la concepción del matrimonio (homosexual), sobre el concepto de cónyuge, y los consiguientes vínculos de filiación (paternidad y maternidad de personas del mismo sexo) responden a un planteamiento comparatista. A su lectura me remito: *op. cit.*, págs. 5-6.

<sup>35</sup> ECLI:EU:C:2022:97 y ECLI:EU:C:2022:98. En recursos de anulación de Hungría y Polonia del Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión y el mecanismo de recuperación y resiliencia por la crisis de la COVID-19.

obviamente, Derecho comparado<sup>36</sup>, aunque el Tribunal Constitucional deba «comparar» la identidad, similitud o conexidad de las controversias suscitadas, que ha de decidir, con las resueltas por el TEDH y por el TJUE y de las normas aplicables de aquellos ordenamientos jurídicos y la interpretación hecha por sus órganos jurisdiccionales de garantía con las normas sobre derechos fundamentales de nuestra Constitución, que el Tribunal garantiza. El Tribunal Constitucional «dialoga» con los Tribunales internacionales y supranacionales<sup>37</sup>. A través de ese diálogo entre ordenamientos y tribunales, que es un diálogo comparatista desde un punto de vista laxo, en que la comparación se inserta en el entramado de la decisión jurisdiccional, el Tribunal Constitucional, establecida la semejanza de supuestos de hecho y de derechos, asume el carácter vinculante de aquellos ordenamientos al deber interpretar las normas sobre los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce *de conformidad* con las interpretaciones de los Tribunales citados; y, cuando esté en juego la aplicación del Derecho de la Unión por las autoridades españolas, la normatividad de la Carta, con los rasgos de primacía, efectividad y uniformidad que son propios del Derecho de la Unión (art. 10.2 CE). El citado precepto constitucional proclamó la coincidencia de nuestro sistema constitucional de valores y principios con el ámbito de valores y principios del Derecho internacional de los derechos humanos y con el CEDH y nuestra voluntad como Nación de convertir los derechos fundamentales en «base fundamental de organización del Estado»<sup>38</sup>.

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no aplica únicamente la doctrina contenida en sentencias, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal de Justicia, dictadas en asuntos promovidos por ciudadanos, jueces y tribunales españoles o por el Comisión Europea contra España —la especial problemática jurídica de la

---

<sup>36</sup> En alguna ocasión, en la primera etapa de rodaje de nuestra jurisdicción constitucional, el CEDH y el Derecho comunitario se citaron al lado o a continuación del Derecho comparado: por el Abogado del Estado en defensa de la constitucionalidad de la Ley de incompatibilidades del personal de las Administraciones públicas (Ley 53/1984, de 26 de diciembre), en concreto de las incompatibilidades de pensiones y haberes activos: STC 178/1989, de 2 de noviembre, Antecedentes. 9.

<sup>37</sup> P. PÉREZ TREMPES, «La experiencia española de aplicación de las Cartas Europeas de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional», en E. FERRER MAC GREGOR y A. HERRERA GARCÍA, *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales. In memoriam de J. Carpizo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 397 y ss.

<sup>38</sup> SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3; 12/2008, de 29 de enero, FJ 4.

eficacia de esas decisiones no es tema de este estudio—, sino también frente a otros Estados miembros, con lo que la dimensión comparativa del método jurídico de interpretación constitucional se extiende a otros ordenamientos. Esas resoluciones introducen pluralidad. Está presente en ellas el *background* del caso y el Derecho y la práctica extranjeras, incluidas en su caso las decisiones de los Tribunales constitucionales extranjeros, que por esta vía llegan al Tribunal Constitucional, pero, en tales casos, éste motiva su decisión razonando con la Constitución a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del Tribunal de Justicia, no con el Derecho ni la jurisprudencia extranjera.

Ni qué decir tiene que son numerosísimas las sentencias en que el Tribunal Constitucional ha interpretado los derechos fundamentales, sustantivos y procesales, de nuestra Constitución, en su ejercicio y alcance en las relaciones laborales, individuales y colectivas, y en el ámbito de la seguridad social, citando y aplicando sentencias del TEDH o del TJUE con valor concluyente o decisorio —de la doctrina sentada o de su cambio— o meramente integrador de su motivación, incluso *ex abundantia*. Es más relevante aún señalar, aunque sea sobradamente sabido, que, sin esas aportaciones de otros ordenamientos, vinculantes o integrados en el nuestro, no se entendería la jurisprudencia constitucional en materia laboral y de seguridad social, ni nuestro vigente Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

La asunción por el Tribunal Constitucional del CEDH y de la doctrina del TEDH, lo es de derechos coincidentes en su contenido *mínimo*, aunque no necesariamente en su enunciado, ni agotadores de los reconocidos por nuestra Constitución. El Tribunal Constitucional ha explicado, desde el inicio de su jurisprudencia, que ese valor interpretativo cualificado no convierte a los tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez constitucional en el ámbito de los derechos fundamentales<sup>39</sup>. En decisiones recientes ha vuelto a afirmar que «tal y como ha sido interpretado hasta la fecha por la jurisprudencia de este Tribunal, el artículo 10.2 CE tampoco supone la inclusión directa ni de la Declaración Universal de Derechos Humanos que menciona, ni de los

---

<sup>39</sup> Según la formulación, ya antigua, de la STC 64/1991, de 22 de marzo, si «así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas» [FJ 4 a)].



tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España en el ordenamiento jurídico español en la misma posición que ocupa la Constitución, ni como parámetro directo de la constitucionalidad de las normas internas»<sup>40</sup>.

Algo similar ha dicho y viene diciendo el Tribunal Constitucional del Derecho de la Unión Europea, que no constituye por sí mismo canon autónomo de constitucionalidad: «ni el fenómeno de la integración europea, ni el artículo 93 CE a través del que esta se instrumenta, ni el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, “de rango y fuerza constitucionales”» [STC 75/2017, de 19 de junio, FJ 2; con cita de la STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a), entre otras muchas]. Lo que no quita para «otorgarle un valor hermenéutico, con fundamento en el art. 10.2 CE, incluyendo tanto los tratados constitutivos y sus sucesivas reformas, como el Derecho derivado [...] así como la interpretación que de tales normas realiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea [...]» (STC 156/2021, de 16 de septiembre, FJ 2, con cita de otras muchas más).

Sin embargo, la lógica jurídica de conexión de la Carta con nuestra Constitución, vista por el Tribunal de Justicia, no es la misma, como también es bien sabido, que la del CEDH, cuyos contenidos, interpretados por el TEDH, no agotan los contenidos esenciales de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, declarados por el Tribunal Constitucional; operan con igual contenido mínimo que en su relación con la Carta. La interpretación de las disposiciones horizontales de la Carta, y su interpretación por el Tribunal de Justicia, es determinante de su aplicación.

La Carta no constituye un ordenamiento autónomo de derechos fundamentales. Se dirige a los Estados «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión», 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)<sup>41</sup>. El entendimiento de que el artículo

---

<sup>40</sup> STC 140/1018, de 20 de diciembre, FJ 5.

<sup>41</sup> Conceptos fundamentales y controvertidos, que el propio TJUE ha definido y va precisando en una especie de historia interminable: ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, págs. 81 y ss. Vid. A. MANGAS MARTÍN, «Comentario a los artículos 51 y 52», A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario ACDCT*, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-124

53 de la Carta de los derechos fundamentales hacía compatibles esos derechos con estándares de protección más amplios o elevados provenientes de las Constituciones nacionales, que está en la base de la Declaración 1/2004 de nuestro Tribunal Constitucional montada sobre la operación de cesión de soberanía autorizada por el artículo 93 de la Constitución, demostró ser una falsa ilusión cuando el Tribunal de Justicia desautorizó esos niveles de protección más amplios en los casos en que el legislador europeo haya establecido “un estándar europeo de protección”. Nuestro Tribunal Constitucional fue destinatario de esa interpretación en la respuesta a su petición de decisión prejudicial<sup>42</sup> de la STJUE *Melloni*, de 26 de febrero de 2013<sup>43</sup>: «Es cierto que el artículo 53 de la Carta 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, 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). El Tribunal recibió la respuesta, en parte sin excesivo disgusto, pues había recurrido al Tribunal de Justicia para revisar la doctrina de su Sentencia 91/2000, de 30 de marzo, caso *Paviglianiti*, sobre el contenido «absoluto» *ad extra* del derecho de defensa integrado en el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 de nuestra Constitución, una decisión que enlazaba con la vocación de internacionalización de los derechos fundamentales de algunas jurisdicciones constitucionales, que ya han sido citadas, y que el TJUE abortó en el espacio jurídico europeo<sup>44</sup>. La revisión

---

*artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, págs. 810 y ss.; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, «La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia», en M. E. CASAS BAAMONDE y R. GIL ALBURQUERQUE, *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, F. Lefebvre, 2ª ed., Madrid, 2019, págs. 53 y ss. Sobre la cuestión también esencial de la distinción entre «derechos» y «principios», y sobre éstos, vid. las conclusiones del abogado general P. CRUZ VILLALÓN 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; y F. VALDÉS DAL-RÉ, «Constitucionalismo laboral europeo», en M. E. CASAS BAAMONDE y R. GIL ALBURQUERQUE, *op. cit.*, págs. 44 y ss.

<sup>42</sup> ATC 86/2011, de 9 de junio.

<sup>43</sup> C-399/11, Gran Sala, ECLI: EU:C:2013:107.

<sup>44</sup> Por cierto, la STC 91/2000, al definir ese contenido absoluto, identificándolo con «el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona», que es el que «puede alcanzar proyección universal» lo engarzó en «los valores esenciales reconocidos en sus respectivas Constituciones», sobre los que se habían

ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-124 86

doctrinal resultaba de la modificación del Derecho de la Unión sobre la orden de detención y entrega en 2009. No obstante, la lectura de su Sentencia 26/2014, de 13 de febrero, revela la incomodidad cierta en que se encontró el Tribunal, como Tribunal de la Constitución, al resolver el recurso de amparo conforme a la respuesta del Tribunal de Justicia, su empeño nada velado en el regreso a su doctrina tradicional como intérprete supremo de la Constitución y al juego del artículo 10.2 de la Constitución —no del artículo 93 CE—, donde está y a donde ha llevado la Carta como instrumento hermenéutico con independencia de la aplicación o no del Derecho de la Unión, y sus reticencias al nivel europeo de protección, como ponen de manifiesto los votos particulares concurrentes, en los que también ha quedado recogida la divergencia interna sobre la aplicación por el Tribunal Constitucional —en aquella composición personal— del derecho fundamental en cuestión —del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 47 de la Carta— con el nivel de protección definido por el legislador de la Unión y el Tribunal de Justicia.

Según la interpretación del Tribunal de Justicia, desde el punto de vista de la constitucionalidad, la existencia de un canon europeo sobre un determinado derecho fundamental, cuando los Estados aplican Derecho de la Unión que regula plenamente la materia de que se trate, identifica un contenido que no actúa como premisa, presupuesto o parte mínima del contenido pleno del derecho en las Constituciones nacionales, sino como su contenido constitucional pleno. La protección superior de los derechos fundamentales de la Carta puede ser administrada por los tribunales constitucionales en los supuestos en que «la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el Derecho de la Unión», siempre que se asegure la efectividad del nivel de protección de la Carta o se supere y de los principios de primacía y unidad del Derecho de la Unión, que aprecia el Tribunal de Justicia<sup>45</sup>.

---

pronunciado tanto el Tribunal Constitucional Federal alemán (Sentencia de 2 de junio de 1992) como —y ese dato resulta aquí especialmente significativo— la Corte Constitucional de la propia República de Italia (Sentencia de 25 de junio de 1996), al declarar contraria a su Constitución la entrega a Estados Unidos de un condenado a muerte (FJ 8).

<sup>45</sup> STJ de 26 de febrero de 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, cit., apdo. 29, con sus rectificaciones posteriores ante las críticas estatales por la amplitud dada al concepto de «aplicación del Derecho de la Unión»: N. M<sup>a</sup>. MARTÍNEZ YÁÑEZ, «Período de prueba y protección frente al despido injustificado en el marco de las competencias de la Unión», en J. GÁRATE CASTRO y Y. MANEIRO VÁZQUEZ (dirs.), *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos ACDCT*, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-124

El Tribunal de Justicia ha evolucionado a mostrar toda la potencialidad de su contribución a hacer efectivo el principio de primacía del Derecho de la Unión a medida que avanzó el proceso de integración (Tratado de Maastricht, reformas de Amsterdam, Niza y Lisboa, Carta de los derechos fundamentales). También la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha evolucionado, naturalmente sin haber concluido esa evolución. Sin abandonar que su parámetro de enjuiciamiento es la Constitución, en defensa y garantía de la Constitución misma, incardinando el Derecho de la Unión en la legalidad ordinaria cuya interpretación sobre su conformidad o disconformidad con el Derecho de la Unión no le compete, sino a la jurisdicción ordinaria y al TJUE, se ha convertido, no obstante, siguiendo la construcción del Tribunal de Karlsruhe, en garante de la observancia por los jueces y tribunales ordinarios del principio de primacía del Derecho de la Unión, cuyo efecto de desplazamiento de las legislaciones ordinarias contrarias ningún país de la Unión discute<sup>46</sup> — discusión permanente en el caso de las normas constitucionales desde 1964<sup>47</sup>—, y obliga a aquéllos a interpretar y aplicar o inaplicar las normas estatales de acuerdo con la interpretación del Tribunal de Justicia so pena de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y a los órganos judiciales de última instancia a plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para inaplicar la norma interna si no hay acto claro o aclarado conforme a la STJUE CILFIT<sup>48</sup>, so pena de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). No le falta razón a P. CRUZ cuando señala que la insistencia del Tribunal Constitucional en afirmar que no le corresponde interpretar el Derecho de la Unión, como juez supremo de la Constitución (art. 1.1. LOTC), tiene que ser matizada «desde el momento en que amparar frente a la conducta omisiva del juez nacional exigirá una interpretación del Derecho de la Unión»<sup>49</sup>. Lo mismo le sucede a la *Corte Costituzionale* italiana. En su Sentencia 67/2022 de 8 de febrero<sup>50</sup>, en la que —en cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Corte de Casación, que había dirigido dos cuestiones prejudiciales al

---

*jurisdiccionales españoles*. Estudios ofrecidos a M. E. Casas Baamonde, Universidade de Santiago de Compostela, 2020, págs. 56-57.

<sup>46</sup> T. GROPPi, «La “primauté” del Derecho Europeo sobre el Derecho constitucional nacional. Un punto de vista comparado», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 5, 2006, pág. 225.

<sup>47</sup> STJUE de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL, C-6/64

<sup>48</sup> Sentencia de 6 de octubre de 1982, C- 283/81, ECLI:EU:C:1982:335.

<sup>49</sup> «¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? ...», cit., pág 78.

<sup>50</sup> ECLI:IT:COST:2022:67. Ponente, Silvana Sciarrra.

Tribunal de Luxemburgo sobre la interpretación de la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración— partió del fallo del TJUE y del principio de primacía para afirmar la inaplicación de la norma interna italiana, que se oponía a la Directiva al restringir el círculo de personas familiares beneficiarias de prestaciones de seguridad social, vulnerando el principio de no discriminación e igualdad de trato de la Directiva. La *Corte Costituzionale* inadmitió por falta de relevancia la cuestión de inconstitucionalidad, consideró la obligación de la Directiva clara, precisa e incondicional y reconoció su efecto directo, imponiendo al Tribunal cuestionante la obligación de reconocer a los interesados las prestaciones de seguridad social reclamadas, no previstas por la legislación italiana<sup>51</sup>. Recordó que había declarado que el ejercicio de la facultad de inaplicación «está vinculado no sólo a la salvaguardia de la eficacia de la Directiva, sino también a una fructífera y transparente fase de transposición, que el propio legislador de la Unión Europea desea que se caracterice por el compromiso de los Estados miembros de mantener un diálogo constante con la Comisión (sentencia nº 54 de 2022, apartado 9.4.1 del preámbulo)».

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, los tribunales constitucionales estatales y el TEDH<sup>52</sup>.

Los tribunales internacionales y supranacionales pueden contribuir a unificar la interpretación de los derechos fundamentales de las Constituciones nacionales por los tribunales constitucionales, pese a sus diferentes culturas jurídicas, y a estimular la acción de los demandantes. Quizás los tribunales constitucionales incentiven el diálogo con aquél en la construcción de una constitucionalidad europea, que asegure la aplicación uniforme de los derechos de la Carta, no la armonización de los derechos de las Constituciones nacionales<sup>53</sup>. No obstante, sería desconocer la realidad que los tribunales constitucionales se muestran reacios a activar el

---

<sup>51</sup> La Corte eliminó «de forma expeditiva» los obstáculos al cumplimiento del Derecho de la Unión, «apoyándose en los principios que constituyen los rasgos esenciales del ordenamiento de la UE»: P. ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARIA, *op. cit.*, pág. 171.

<sup>52</sup> LENAERTS, *op. cit.*, pág. 15.

<sup>53</sup> J. KOKOTT y C. SOBOTTA, «The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon», *EUI AEL*, 2010/06, pág. 7, <http://hdl.handle.net/1814/15208>.

mecanismo de remisión prejudicial y deciden asuntos relacionados con el Derecho de la Unión por ellos mismos<sup>54</sup>.

Con todo, es patente que la actuación de los tribunales internacionales y supranacionales se desenvuelve en un plano distinto al del diálogo directo entre los tribunales constitucionales estatales y al del uso del método comparado de las jurisprudencias constitucionales determinadas a traer los precedentes extranjeros a sus propios ámbitos de decisión; método utilizado, en ocasiones, explícitamente por nuestro Tribunal Constitucional, y cuyo análisis en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social es el propio de este estudio.

### **3. EL RECURSO POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL A LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMPARADA: EL AMPLIO MARGEN DE AUTONOMÍA; PRECEDENTES EXPRESOS E INFLUENCIA IMPLÍCITA**

#### **3.1. 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**

La interpretación de las Constituciones por los órganos encargados de su defensa jurisdiccional es una tarea de la mayor relevancia para las democracias. Sin entrar aquí en la objeción contramayoritaria dirigida a los tribunales constitucionales para cuestionar su legitimidad institucional en el control de las leyes aprobadas por la mayoría democrática<sup>55</sup>, ni en otras tensiones entre la justicia constitucional y la democracia (y la política), esa interpretación, que hace efectiva la supremacía normativa de la Constitución, se dirige a todos, y no solo a las partes del litigio constitucional concreto, eficacia que asegura 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

---

<sup>54</sup> P. CRUZ VILLALÓN, «¿Una forma de cooperación judicial no reclamada? ...», cit., págs. 83 y 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 amparar los derechos de la Carta, y del español tras el asunto *Melloni*.

<sup>55</sup> Nacida hace doscientos años con la experiencia estadounidense de justicia constitucional: V. FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997.

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 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 los 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 (art. 24.1 CE)<sup>56</sup>. 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 de sus decisiones. De forma que el proceso argumental-deliberativo de toma de decisiones es de vital importancia para una jurisdicción cuyo poder, cuya «auctoritas», depende del ejercicio de su función de interpretación de la Constitución y se refleja en la motivación de sus sentencias y resoluciones, que han de expresar la razón de la Constitución en términos razonables para su aceptación por los ciudadanos. De ahí el valor de la transparencia del mecanismo decisorial de las jurisdicciones constitucionales, cuyas deliberaciones responden a una manifestación de democracia deliberativa y en cuyo beneficio —aunque el beneficio sea discutible y no aceptado por todos los sistemas constitucionales y por la crítica doctrinal— el legislador ha legitimado, en ciertas jurisdicciones constitucionales, 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. Sobraría decir que 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 y cabe ser excepcionada en determinados supuestos en que estén en juego otros derechos fundamentales y garantías constitucionales (derechos a la intimidad, a la protección de datos de carácter personal) con los que entre en conflicto, debiendo ser ponderada por el propio Tribunal en cada caso. Así se ha encargado de precisarlo el Tribunal Constitucional a la vista de los «criterios

---

<sup>56</sup> Por todas, STC 192/2003, cit.

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»<sup>57</sup>. Pero respetados esos límites, la difusión general de las resoluciones del Tribunal Constitucional puede hacerse efectiva a través, además de la mencionada publicación oficial, de otros medios que el propio Tribunal haya dispuesto, recordando el legislador 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).

Ya en los momentos iniciales de la jurisdicción constitucional el Tribunal destacó la relación entre el derecho fundamental de comunicación libre de información veraz y el principio de publicidad de las actuaciones judiciales [arts. 20.1.d) y 120.1 CE] y la importancia, a estos efectos, de los medios de comunicación social, cuyo papel «se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social»<sup>58</sup>; lo que reiteró, ya en este siglo, en la STC 56/2004, de 19 de abril, reconociendo el derecho a la transmisión de información veraz sobre las noticias y actuaciones judiciales por medios técnicos de captación óptica y difusión audiovisual, con la necesaria observancia de los derechos a la propia imagen, al honor, a la intimidad personal familiar y a la integridad física y moral, que pueden verse más comprometidos que a través de la información escrita. 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, 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 los Estados Unidos, sus opiniones o dictámenes «se publican en el sitio web unos minutos después de que se emiten», según su página.

---

<sup>57</sup> STC 114/2006, de 5 de abril, FJ 7.

<sup>58</sup> STC 30/1982, de 1 de junio, FJ 4.



### **3.2. Precedentes constitucionales extranjeros explícitos e influencia cruzada entre jurisdicciones constitucionales. ¿Una decisión estratégica de las cortes constitucionales?**

Los precedentes extranjeros no tienen cabida en el mandato interpretativo del artículo 10.2 CE<sup>59</sup>. Rige, como ya expliqué, «la absoluta discrecionalidad argumentativa de los jueces»<sup>60</sup>, aun existiendo alegaciones de parte, que han de ser respondidas con el parámetro de la constitucionalidad propia, no de las razones o argumentaciones de otras jurisdicciones constitucionales. No obstante, 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.

En las irrepitibles fases inaugurales de las jurisdicciones constitucionales, los y las jueces que las han integrado han buscado las categorías y técnicas esenciales del ejercicio de sus funciones, además de en la reflexión doctrinal comparada sobre la Constitución y su defensa jurisdiccional, en las decisiones de otras jurisdicciones previas y de los tribunales y órganos internacionales de derechos humanos; en particular en aquellas jurisdicciones constitucionales en cuyo modo de regulación se ha inspirado o ha tomado como modelo el constituyente y el legislador para regular la jurisdicción constitucional propia. Los precedentes extranjeros son fuente de inspiración.

Las jurisdicciones constitucionales son conocedoras de la jurisprudencia de otras jurisdicciones constitucionales —obviamente, de los textos constitucionales<sup>61</sup>— y son conscientes de que, con frecuencia, sus decisiones deben resolver las mismas o similares cuestiones constitucionales que ya han resuelto otras jurisdicciones del sistema europeo de control concentrado de constitucionalidad, con sus peculiaridades, o de otros sistemas constitucionales o de otras latitudes.

---

<sup>59</sup> STC 12/2008, cit., FJ 4.

<sup>60</sup> JIMÉNEZ ALEMÁN, *op. cit.*, pág. 534.

<sup>61</sup> Las referencias explícitas a otras constituciones, aunque genéricas, fueron más frecuentes en las primeras decisiones de nuestro Tribunal Constitucional, pero aparecen dispersas a lo largo de su jurisprudencia: «El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes [...]» (STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4).

La circulación de la cultura constitucional es un hecho, facilitada por la traducción a otras lenguas de todas o de las decisiones más relevantes de tribunales constitucionales<sup>62</sup>. Todo lo cual revela no solo una posibilidad, sino una experiencia real de comunicación permanente. Sería preocupante que, en los pronunciamientos de relevancia, no referidos a la configuración constitucional de cada Estado y sí a cuestiones o materias de interés común, incluidas las estructurales sobre la organización de las jurisdicciones constitucionales, sus procedimientos y poderes, se desconociera la tarea de interpretación de sus Constituciones que llevan a término otros tribunales constitucionales. Los litigios ligados a la litigiosidad constitucional común, nueva y relevante, se resolverán con la Constitución respectiva tendiendo puentes con los precedentes extranjeros, que permitirán un común entendimiento, o, por el contrario, lo descartarán, según lo estime la jurisdicción constitucional concernida; precedentes que en todo caso las jurisdicciones constitucionales conocen.

Además de sus reuniones institucionalizadas en conferencias de distinto ámbito geográfico (mundial, europeo, iberoamericano, asiático) para la promoción del intercambio de información y el tratamiento de los problemas de la justicia constitucional, que reúnen, con distintas cadencias temporales, a los jueces constitucionales de distintos Estados, regiones y lenguas, para compartir problemas y soluciones de las respectivas jurisdicciones, es habitual que las cortes constitucionales realicen sesiones de trabajo o encuentros de estudio conjuntos para abordar asuntos de interés común en la tarea de la interpretación constitucional. No puede dejar de mencionarse la utilidad de las reuniones o encuentros bilaterales y multilaterales de jurisdicciones constitucionales, de las visitas institucionales de sus magistrados y de estudio de sus letrados y asesores. El diálogo horizontal entre las jurisdicciones constitucionales, y no solo vertical, es verdaderamente valioso. La Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, o Comisión de Venecia, órgano consultivo del Consejo de Europa en materia constitucional creado en 1990

---

<sup>62</sup> Nuestro Tribunal Constitucional ofrece una todavía muy escasa, desafortunadamente, «selección abierta de los fundamentos jurídicos de sus resoluciones más relevantes traducidos al inglés, al francés y al alemán, que se irá ampliando progresivamente [...]. La traducción de las sentencias no es oficial: su difusión se realiza a efectos de conocimiento y consulta de los argumentos jurídicos de las resoluciones del Tribunal Constitucional».

tras la caída del muro de Berlín, también se ocupa, entre otras funciones, de asegurar la difusión y consolidación de un patrimonio constitucional común.

Ahora bien, los flujos de la interrelación en las concretas decisiones aprobadas por los Tribunales Constitucionales pueden no ser explícitos. Con mucha frecuencia no lo son. En efecto, no es inusual que, aun teniendo presente la resolución del litigio por otros y la alegación por las partes de esos precedentes extranjeros, los tribunales constitucionales, en ejercicio de su libertad de apreciación y configuración de la motivación de sus decisiones, decidan no citar expresamente decisiones constitucionales extranjeras, 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 solo aproximado. El silencio no siempre significa minusvaloración o desconocimiento de los precedentes extranjeros. La asunción implícita por una jurisdicción constitucional de la doctrina de otras jurisdicciones constitucionales, sin citarlas, da lugar a «toda una labor subterránea, poco visible y poco conocida, cuyos frutos son, sin embargo, desde hace tiempo legibles en la motivación de las decisiones»<sup>63</sup>. Lo cual deja la valoración del impacto real del comparatismo constitucional en la ambigüedad, la incertidumbre, oculto en un plano interno, en una «recepción críptica»<sup>64</sup>. No obstante, «existe un cierto grado de influencia implícita en todo el mundo, que representa un aspecto nuevo en el Derecho constitucional»<sup>65</sup>. Como ya he señalado, un estudio serio de esa «influencia implícita» requeriría de un equipo de investigación que partiera del conocimiento completo de las líneas jurisprudenciales y de las decisiones de las distintas jurisdicciones constitucionales.

Dejando a un lado las jurisprudencias constitucionales de los países del *common law*, en que las citas son explícitas<sup>66</sup>, puede considerarse que la omisión o la mención escasa y selectiva de los precedentes extranjeros por otras jurisdicciones constitucionales, como la española que hace un uso

---

<sup>63</sup> T. GROPPPI, «La “primauté” del Derecho Europeo sobre el Derecho constitucional nacional. Un punto de vista comparado», cit., pág. 243.

<sup>64</sup> R. BRITO MELGAREJO, «El uso de sentencias extranjeras en los Tribunales Constitucionales. Un análisis comparativo», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, abril 2010, págs. 19 y ss., [www.indret.com](http://www.indret.com).

<sup>65</sup> T. GROPPPI, «“Bottom up globalization”? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali», cit., *ibid.*

<sup>66</sup> T. GROPPPI, «“Bottom up globalization”? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali», cit., *ibid.*

moderado<sup>67</sup>, se deba a la decisión consciente, a 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, o debe tener, suficiente fuerza persuasiva y no precisa ayudarse de elementos de legitimación provenientes de otras jurisdicciones comparadas o, claro es, en determinados casos, la decisión posee una singularidad propia. El recurso por esas mismas jurisdicciones, muy ligadas a su propia cultura jurídica, a la jurisprudencia constitucional comparada puede ser explícito cuando la respuesta jurisdiccional adoptada se revela inserta en una problemática comparada conocida, o 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 cuando la decisión carece del respaldo unánime o mayoritario de los jueces o magistrados integrantes del tribunal constitucional en sus distintas formaciones y el precedente extranjero viene en ayuda dialéctica del vencimiento de las resistencias. En el espacio jurídico de la Unión Europea hay también problemas comunes de interpretación de las Constituciones de los Estados que obligan, o deberían obligar, a dirigir la mirada hacia las respuestas de las jurisdicciones constitucionales.

### **3.3. La referencia expresa a precedentes extranjeros por las jurisdicciones constitucionales y la voz de las Constituciones**

¿Es beneficioso el recurso a la cita de los precedentes extranjeros? Desde luego, no se trata de un empeño vano, ni meramente erudito, tampoco de una cortesía. Han de guardar unos ciertos requisitos de operatividad. Su uso ha de ser pertinente y 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, la selección del precedente o de la doctrina no puede ser caprichosa, ni aparente o superficial, sin que en ningún caso la solución extranjera se convierta en un mecanismo de interpretación o de integración de las lagunas de regulación de la Constitución nacional o de pretendidos déficits técnicos, salvo que la

---

<sup>67</sup> G. DI PLINIO, «Uso del “comparato” e problemi di legittimazione nelle dinamiche della Corti costituzionali: lo stile spagnolo», G.F. FERRARI and A. GAMBARO (eds.), *Corti nazionali e comparazione giuridica (Collana 50 anni della Corte Costituzionale)*, Edizioni Scientifiche, 2006, págs. 65-70.

propia Constitución lo admita, como es el caso de la Constitución sudafricana que llama al Derecho extranjero para interpretar sus propios derechos. Si la propia Constitución no lo autoriza expresamente, la utilización de los precedentes extranjeros como instrumento de integración o mediante una analogía extensiva distorsionadora y perturbadora sería causa del dictado de una decisión arbitraria a la que acompañaría una inadmisibles quiebra del principio de seguridad jurídica, principio que llama a los métodos de interpretación jurídica autorizados por el legislador —o por los órganos jurisdiccionales supremos en caso de silencio del legislador— y, en primer término, a la interpretación literal como garante de ese principio y del de confianza legítima, inseparable de aquél. Desde luego, la cita expresa de una sentencia de una jurisdicción constitucional extranjera no 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, razonando el Tribunal el cambio interpretativo. Nuestro sistema no es de *stare decisis* y, como he dicho, la utilización de referencias expresas a los precedentes extranjeros en las decisiones del Tribunal Constitucional se aloja en una valoración libre de pertinencia del propio órgano.

No es papel de los tribunales constitucionales convertirse en importadores de Derecho constitucional extranjero. Esto sentado, la cita de los precedentes extranjeros o tenidos en cuenta puede aumentar la transparencia y persuasión de la motivación de las decisiones de los tribunales constitucionales. Sin duda, el recurso explícito a referencias cruzadas comparadas favorece 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 importantes, de alcance supraestatal, en los que están en juego elementos esenciales de las Constituciones. Pero, insisto en ello, es esta una decisión concerniente a cada jurisdicción constitucional. Ni siquiera, como se avanzó, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha cerrado absolutamente a utilizar el método comparativo en la interpretación de la 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, esta práctica

comienza a ser constante entre los *Justices* norteamericanos»<sup>68</sup>. Y siempre con las cautelas precisas que hacen que la solución sea la determinada por la propia Constitución, teniendo en cuenta las dificultades interpretativas de sus principios, normas, categorías y conceptos.

Intimidad y honor, ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, «son realidades intangibles cuya extensión viene determinada *en cada sociedad y en cada momento histórico*, cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial» (STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 4).

Las referencias explícitas al Derecho comparado de las sentencias del Tribunal Constitucional en las materias laborales y de seguridad social son las que nos interesan particularmente.

#### **4. EL ESPACIO EXPRESO DEL DERECHO COMPARADO Y DE LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EXTRANJEROS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL: UN USO MODESTO**

La jurisprudencia constitucional española da cuenta, hasta el momento, de un recurso parco o muy moderado a la jurisprudencia constitucional comparada en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, inferior al también moderado que confirma el análisis de la jurisprudencia constitucional sobre otras materias, además de sobre los derechos fundamentales —cuya definición horizontal se traslada también a las materias laborales—, como la penal, la estructural relativa a la propia configuración de la jurisdicción constitucional y de sus competencias, en ocasiones para marcar las diferencias con las jurisdicciones constitucionales comparadas (control de constitucionalidad de normas preconstitucionales, ausencia de las partes del proceso en las cuestiones de inconstitucionalidad en el modelo español, sentencias de interpretación de conformidad con la Constitución y sus límites, recusación de magistrados, diferencias entre el recurso de amparo alemán y el español tras la reforma de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, y la introducción del requisito objetivo de la especial trascendencia constitucional, poderes de ejecución del Tribunal Constitucional español a raíz de la reforma de la Ley Orgánica 15/2015, de

---

<sup>68</sup> BRITO MELGAREJO, op. cit., pág. 11.

16 de octubre), las competenciales, o las relativas al denominado constitucionalismo global (derechos fundamentales en general, igualdad, derechos de determinación de la propia identidad de género, COVID).

Siguiendo una consideración extensiva, que virtualmente se adentra en el comparatismo implícito, he considerado como supuestos de utilización explícita refleja o por asociación de precedentes constitucionales comparados los casos en que el Tribunal se ha limitado a aceptar en su sentencia implícita, pero inequívocamente, la construcción de Derecho constitucional comparado que expresamente le han suministrado las partes y que figura en los antecedentes de la resolución. No en los casos en que el recurrente ha invocado en el proceso una sentencia de un tribunal constitucional extranjero, cuyo rastro desaparece en la fundamentación de la sentencia del Tribunal<sup>69</sup>. He prescindido también de las referencias genéricas al Derecho comparado y de las sentencias con menciones igualmente genéricas del Derecho y de las jurisprudencias constitucionales comparadas (contenido positivo y negativo del derecho de asociación; el *chilling effect* o efecto escalofrío, disuasorio o de desaliento del ejercicio del derecho a partir de *U.S. Supreme Court, Wieman v. Updegraff*, 344, US 183 (1952), que extrajo el efecto de posible inhibición del ejercicio de ciertos derechos fundamentales, especialmente el de libertad de expresión, de la imposición de sanciones excesivas de orden penal o administrativo, huelga en servicios esenciales para la comunidad; el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos ...). Tampoco he tenido en cuenta, finalmente, por razones que no es necesario explicar, las argumentaciones de Derecho y decisiones constitucionales comparadas de los votos particulares. Tan solo diré que los votos particulares han recurrido al

---

<sup>69</sup> Como en la STC 119/2016, de 23 de junio, sobre la constitucionalidad de una norma gubernamental de urgencia de la crisis financiero económica y de deuda soberana de 2012, impugnada en recurso de inconstitucionalidad por el Gobierno Vasco: «Tras analizar la Resolución 187/2013 del Tribunal Constitucional de Portugal, relativa a la supresión de la paga de vacaciones a los empleados públicos», que la había declarado inconstitucional, «entra el Gobierno recurrente a concretar los motivos por los que considera que es inconstitucional el art. 2 del Real Decreto-ley 20/2012 (que suprime la paga extraordinaria del mes de diciembre de 2012 al personal del sector público)». A este respecto, precisa que este precepto establece una reducción de aproximadamente la mitad de las retribuciones salariales de los empleados públicos del mes de diciembre de 2012, que no cumple con el presupuesto constitucional del art. 86.1 CE al no existir la necesaria [*sic*] entre la pretendida situación de urgencia y extraordinaria necesidad a la que se dirige y la modificación del sueldo de los funcionarios (concretado 15 días antes por la Ley de presupuestos para 2012) [Antecedentes, 1.b)]. Vid. X. CONFIADES (coord.), *Constitutions in the global financial crisis. A comparative analysis*, Ashgate, Farnham, Reino Unido, 2013.

Derecho comparado, en ocasiones para contrarrestar ese mismo recurso por la sentencia mayoritaria acusando su conversión en canon de constitucionalidad, denunciando su desconocimiento en otras ocasiones, o se han desenvuelto al margen de la sentencia, huérfana de referencias al Derecho comparado y a los precedentes de las jurisdicciones constitucionales extranjeras.

En su comprensión histórica, resulta lógico que la evolución jurisprudencial seguida en nuestro caso en los ámbitos materiales del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social haya respondido a un sentido inverso a los avances en el diálogo explícito entre las jurisdicciones constitucionales constatados por investigaciones solventes en los últimos años. La jurisdicción constitucional española se ha preocupado por invocar el Derecho y la jurisprudencia constitucional comparada con más reiteración en las tres décadas del pasado siglo, en que hubo de asegurar su posición institucional en el sistema constitucional, que en las dos de éste, en que solo cuestiones nuevas y de alcance mundial, como el reconocimiento de derechos de seguridad social (pensiones de viudedad) a miembros de parejas homosexuales y el ejercicio de derechos fundamentales en estados excepcionales de confinamiento de las personas y de restricción de los contactos sociales impuestos para combatir la propagación de la pandemia de la COVID-19, han merecido el recurso a precedentes extranjeros<sup>70</sup>.

Tres grandes cortes constitucionales han dejado su huella explícita en la jurisprudencia constitucional española sobre trabajo y seguridad social: la Corte Suprema de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional Federal alemán y la Corte Constitucional de Italia.

No es difícil hacer el balance de esa presencia mediante una sistemática sencilla.

#### **4.1. El recurso expreso a precedentes constitucionales comparados en el ámbito material del Derecho del Trabajo. Derechos fundamentales**

##### **4.1.1. Y despido**

---

<sup>70</sup> Sobre el «factor estratégico» en la elección del cierre jurisprudencial constitucional o en su apertura a otras jurisdicciones constitucionales, M. DI BARI, *Judicial dialogue and fundamental freedoms: The main features of an established judicial trend*, <http://www.forumcostituzionale.it>.



**A) Relevancia constitucional de la prueba ilícita (Corte Suprema de los Estados Unidos y Corte Constitucional italiana). Los derechos al secreto de las comunicaciones y a un proceso con todas las garantías. Despido nulo v. improcedente**

La STC 114/1984, de 29 de noviembre, desestimó el recurso de amparo interpuesto contra una sentencia de una magistratura de trabajo que declaraba procedente el despido del demandante. Se alegaba la vulneración de los derechos al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). En el proceso *a quo* se había tenido en cuenta como prueba la transcripción escrita de la grabación fonográfica de una conversación mantenida por el demandante, registrada por su interlocutor sin su consentimiento. La vulneración del derecho procesal se habría producido «por obra de la admisión como prueba [...] de un instrumento ilegítimamente adquirido» (FJ 1), esto es, por el reconocimiento probatorio dado por el órgano judicial de instancia a la transcripción de la conversación. En cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones, el Tribunal Constitucional declaró que no dispensaba protección en relación con los propios comunicantes, descartando su vulneración.

En esta sentencia el Tribunal formuló por primera vez<sup>71</sup> una doctrina general, muy cuidada, sobre la relevancia constitucional de la prueba ilícita, en la que, ante la ausencia de regulación legal en nuestro ordenamiento, recurrió a decisiones previas de la Corte Suprema estadounidense y de la Corte constitucional italiana. Las premisas lógicas de su doctrina fueron:

a) No “existe una consecutividad lógica y jurídica entre la posible lesión extraprocesal” del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones «y la pretendida irregularidad procesal de admitir la prueba obtenida a partir de aquella lesión. Sin embargo, el acto procesal podrá haber sido o no conforme a Derecho, pero no cabe considerarlo como atentatorio, de modo directo, de los derechos reconocidos en el art. 18.3 de la Constitución. [...] Si se acogiese la tesis del recurrente habría que concluir que el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales abarcaría no ya sólo la esfera de libertad o la pretensión vital

---

<sup>71</sup> La STC 114/1984 explicó sus diferencias con los AATC 173/1984, de 21 de marzo, y 289/2984, de 16 de mayo, de inadmisión de sendos recursos de amparo constitucional por considerar de mera legalidad los problemas planteados.

en que los mismos se concretan, sino también la exigencia, con alcance de derecho subjetivo, de no reconocer eficacia jurídica a las consecuencias de cualquier acto atentatorio de tales derechos» (FJ 1);

b) «no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico», por lo que «la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental». No obstante, «la imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos [...] como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos». Por ello, la admisión de la prueba ilícitamente obtenida —y la decisión en ella fundamentada— no han «de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación —y la consiguiente posible lesión— no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 de la Constitución)» (FJ 2).

Aquí el Tribunal Constitucional recurrió a apoyar su razonamiento en la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la *evidence wrongfully obtained* y de la *exclusionary rule*, que impide la admisión judicial del material probatorio obtenido con violación de la IV Enmienda a la Constitución. Cita la sentencia *United States v. Janis 428 US 433 (1976)*, en la que la Corte declaró que «... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada ...»<sup>72</sup>.

La conclusión de nuestro Tribunal fue la necesidad de ponderar, en cada caso, el interés público en la obtención de la verdad procesal y el

---

<sup>72</sup> Frente a las cinco mayoritarias, expresaron opiniones disidentes los jueces Brennan y Stewart, uniéndose el famoso juez Marshall a la discrepancia de Brennan, argumentando que la regla de exclusión debería ser suprema —y no dependiente de la autoridad federal o estatal que había obtenido la prueba ilícita que había de hacerse valer en un proceso civil frente a uno u otra autoridad—, al ser un concepto vital de la Cuarta Enmienda. Denunciaron que la Corte había realizado una «operación de estrangulamiento lento de la regla».

interés en el reconocimiento de la plena eficacia a los derechos constitucionales para dar acogida preferente a uno u otro, sin que exista «un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita» (FJ 2).

c) El Tribunal Constitucional pasó a analizar la demanda con la perspectiva del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Su punto de partida, en 1984, fue: «No existe en nuestro ordenamiento una norma expresa que imponga la no consideración como prueba de aquellas propuestas por las partes y obtenidas antijurídicamente». Y dirigió su mirada al Derecho comparado, destacando sus divergencias<sup>73</sup>: «No existen tampoco líneas jurisprudenciales uniformes en el Derecho comparado. Por lo general, los países de “*common law*” hacen prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita de la prueba, con la muy notable excepción del Derecho norteamericano, en el que se rechaza la prueba ilegalmente obtenida, si bien sólo cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realizó por un agente público. Una solución parcialmente análoga ha prevalecido en el Derecho francés, en el que al menos parte de la jurisprudencia se inclina a considerar como “nula” toda prueba obtenida mediante el registro ilegítimo de conversaciones telefónicas (así, en este sentido, Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de marzo de 1955). En el ordenamiento italiano, el debate doctrinal acerca de la procedencia de las pruebas ilegalmente obtenidas ha quedado parcialmente zanjado —por lo que se refiere a las pruebas específicamente “inconstitucionales”— en la Sentencia núm. 34, de 1973, de la Corte Constitucional, y en la Ley núm. 98/1974, por la que se reformó el Código de Procedimiento Penal en el sentido establecido en la citada decisión jurisdiccional. La Sentencia de la Corte declaró que “... el principio enunciado en el apartado primero de la norma constitucional (art. 15: libertad y secreto de las comunicaciones) quedaría gravemente comprometido si, por parte del interesado, pudieran valer como indicios o pruebas interceptaciones telefónicas obtenidas ilegalmente, sin previa resolución judicial motivada”».

Destacó el Tribunal Constitucional el interés de la decisión de la Corte italiana, que había enunciado el principio de que «las conductas realizadas en contravención de los derechos fundamentales del ciudadano no

---

<sup>73</sup> El recurrente, en el trámite de alegaciones, había ampliado la fundamentación de su recurso a los preceptos de los códigos penales francés y suizo, que, según sus consideraciones, sancionaban conductas próximas o idénticas a la grabación magnetofónica de su conversación (I. *Antecedentes*, 2.).

pueden servir de presupuesto ni de fundamento para actos procesales a instancia de aquél a quien se deban tales actuaciones constitucionalmente ilegítimas» (FJ 3).

Tras constatar la inexistencia de doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mencionó, no obstante, la resolución adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa de 12 de noviembre de 1971, en el caso *Scheichelbauer*, en demanda contra el Estado austriaco, que consideró que la utilización por un Tribunal nacional de un registro fonográfico como medio de prueba, que fue tachado en cuanto a su procedimiento de obtención por el recurrente, no había violado el artículo 6.1 de la Convención (derecho a la jurisdicción), sin pronunciarse sobre si dicha grabación había vulnerado el derecho a la intimidad (art. 8 de la Convención).

d) En ausencia de ley y de que sea un derecho subjetivo fundamental autónomo, como Tribunal de derechos fundamentales, nuestro Tribunal no dejó de vincular «la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental» con «la posición preferente» de éstos y su condición de «inviolables» (art. 10.1 de la Constitución), que garantiza «la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución» y «la necesidad institucional de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el *deterrent effect* propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos)». Añadiendo que «cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento» la «exigencia prioritaria» es «atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso» (FJ 4).

e) La dimensión constitucional del problema surge cuando «constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las “garantías” propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución), implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro. El concepto

de “medios de prueba pertinentes” que aparece en el mismo art. 24.2 de la Constitución pasa, así, a incorporar, sobre su contenido esencialmente técnico-procesal, un alcance también sustantivo, en mérito del cual nunca podrá considerarse “pertinente” un instrumento probatorio así obtenido» (FJ 5).

La sentencia prosigue su argumentación sobre el contenido normativo del derecho fundamental de libertad, integridad y secreto de las comunicaciones, mirando en una ocasión al Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>74</sup> y ya sin apoyar su argumentación en precedentes de Cortes supremas o constitucionales extranjeras. Sólo al concluir que no hubo contravención del derecho al secreto de las comunicaciones por la conducta del interlocutor del demandante de amparo que grabó la conversación en la que participó, vuelve el Tribunal recurrir al Derecho extranjero para decir que no existe en el nuestro un «hipotético derecho a la voz»: «Tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada *ad extra* y no meramente registrada, y aun en este caso cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad (art. 7.6 de la citada Ley Orgánica 1/1982: utilización de la voz de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga)» (FJ 8).

La doctrina de la STC 114/1984 fue recogida en numerosas sentencias de amparo de contenido penal, en que el Tribunal indubitadamente afirmó, a propósito de conversaciones telefónicas intervenidas con vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18. 3 CE) que «la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental no sólo deriva directamente de la nulidad de todo acto violatorio de los derechos reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, y de la necesidad de no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos (STC 114/1984), sino ahora también en el plano de la legalidad en virtud de lo dispuesto en el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O.P.J.)». Con la consecuencia de la necesidad de examinar, con la perspectiva de los derechos a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), la existencia en el proceso de otras pruebas válidas, «fuera de los elementos de prueba

---

<sup>74</sup> FJ 7.

contenidos en dichas conversaciones telefónicas o inmediatamente derivados de las mismas» (STC 85/1994, de 14 de marzo, FJ 4).

En el ámbito material del Derecho del Trabajo, la STC 114/1984 se cita de refilón, y huérfana de referencias a precedentes extranjeros, por la STC 281/2005, de 7 de noviembre<sup>75</sup>, que declaró vulnerado el derecho de libertad del sindicato recurrente por la negativa empresarial al uso del sistema de correo electrónico preexistente en la empresa para la transmisión de información sindical y laboral; por la STC 241/2012, de 17 de diciembre, sobre el contenido del derecho al secreto de las comunicaciones<sup>76</sup> en un caso de intervención empresarial sobre un programa contenido en soporte de uso común por todos los trabajadores de la empresa; y por la STC 170/2013, de 7 de octubre, sobre el diferente contenido constitucional de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones<sup>77</sup>.

Hasta llegar a la cuestionable STC 61/2021, de 15 de marzo<sup>78</sup>, en la que el Tribunal, diciendo proyectar la doctrina de la STC 114/1984 y desechando la existencia de una «consecutividad lógica y jurídica» entre la lesión extraprocesal de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de la trabajadora demandante de amparo (producida aquí por la monitorización por la empresa del ordenador puesto a disposición de la trabajadora) y la calificación del despido, niega la existencia de «un derecho constitucional a la calificación del despido laboral como nulo» (FJ 3). La empresa recurrente en amparo había sostenido que el despido en el que ha habido una lesión de los derechos fundamentales en el

---

<sup>75</sup> FJ 2.

<sup>76</sup> FJ 5.

<sup>77</sup> FJ 4.

<sup>78</sup> Precedida de la igualmente cuestionable STC 97/2019, de 16 de julio, que calificó la prueba ilícita, obtenida con vulneración de derechos fundamentales, de problema de mera legalidad ordinaria, respecto del que el Tribunal Constitucional ha de limitarse estrictamente a «determinar si la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo en relación con» el artículo 11.1 de la LOPJ «resulta compatible con las exigencias constitucionales que dimanan del art. 24.2 CE» (FJ 5). La citada STC 97/2019 originó la crítica generalizada de la doctrina procesalista. A. M<sup>o</sup>. LORCA NAVARRETE, «¡¡La prueba ilícita ha muerto. Viva la prueba ilícita (en el proceso justo)!!», *Ley Procesal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 29 agosto 2022, y bibliografía allí citada, [www.leyprocesal.com](http://www.leyprocesal.com); M. E. CASAS BAAMONDE, «Prueba ilícita y despido. Desconexión de la nulidad de la prueba lesiva de derechos fundamentales y la nulidad del despido producido por violación de derechos fundamentales», *Anuario 2021 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, BOE, Madrid, 2022, págs. 365 y ss.

proceso de obtención de la prueba no es —no «puede confundirse» con— el despido con violación de derechos fundamentales, cuestión de legalidad ordinaria de la que no corresponde conocer al Tribunal Constitucional y cuya unificación interpretativa compete al «máximo intérprete de la legalidad ordinaria» (art. 123.1 CE) (FJ 5).

A diferencia de la STC 114/1984, cuando se aprueba la STC 61/2021 ha hablado el legislador: el artículo 11.1 de la LOPJ ha dispuesto que “[n]o surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violando los derechos o libertades fundamentales”; el artículo 283.3 de la LEC ordena que “[n]unca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la ley”; el artículo 90.2 de la LRJS prohíbe terminantemente la admisión procesal de las “pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”.

A diferencia de la STC 114/1984, la STC 61/2021 no tuvo en cuenta, no ya precedentes de Tribunales constitucionales extranjeros ni el *deterrent effect* de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, ni siquiera la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>79</sup>.

A diferencia de la STC 114/1984, en que el Tribunal no apreció la vulneración del derecho sustantivo al secreto de las comunicaciones, en la STC 61/2021 la vulneración de dicho derecho, y del de intimidad, apreciada desde la sentencia de instancia, no se discutió.

Para la STC 61/2021 la ley ordena una exclusión probatoria, que no afecta a la calificación del despido, dependiente de otras pruebas existentes y desconectadas de la obtenida con vulneración de derechos fundamentales, inexistentes en el caso. Con el canon de enjuiciamiento del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el Tribunal considera que la desvinculación de «la calificación del despido de la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, no puede ser tildada de arbitraria o manifiestamente irrazonable» (FJ 5).

En una aplicación verdaderamente incomprensible del derecho a la tutela judicial efectiva la STC 61/2021 situó su vulneración en la falta de

---

<sup>79</sup> En su Sentencia *Scheichelbauer v. Austria*, de 12 de julio de 1988, consideró que la grabación ilícita por un coimputado podía incorporarse al proceso para sustentar su coartada en el ejercicio de su derecho de defensa.

fijación de una indemnización, solicitada por la demandante, por la vulneración de sus derechos fundamentales, adentrándose en la interpretación de la legalidad ordinaria, operación que, a propósito del artículo 55.5 del ET, previamente había desechado. La simple lectura de la propia sentencia de amparo pone de manifiesto lo errado de su aplicación del canon del derecho a la tutela judicial efectiva a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: «el argumento utilizado en la resolución impugnada para denegar la indemnización consistente en afirmar que no ha existido vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora debe ser calificado de incongruente, ilógico y contradictorio, pues la propia sentencia reconoce, al examinar el motivo tercero y el cuarto del recurso de la entidad empleadora, que se vulneraron los derechos fundamentales de la trabajadora al monitorizar su ordenador. De este modo resulta que la sentencia afirma la existencia de la vulneración de los derechos fundamentales a los efectos de confirmar la exclusión de la prueba derivada de la monitorización del ordenador, y al mismo tiempo niega esa vulneración cuando tiene que decidir sobre la indemnización solicitada. Dicha incongruencia no puede salvarse con la referencia a que la vulneración no la haya ocasionado el acto mismo del despido y en consecuencia este haya sido declarado improcedente, pues el art. 183.1 LJS cuando dispone que la sentencia que declare la existencia de una vulneración de un derecho fundamental debe pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización, no hace depender el reconocimiento de la indemnización de la calificación del despido, sino del reconocimiento de que la trabajadora ha sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, y ello con independencia de la calificación del despido» (FJ 6). La lectura del artículo 183.1 de la LRJS, complemento necesario de su artículo 182, preceptos aplicables a un juicio de despido disciplinario (art. 184 LRJS), no precisa de mayor explicación<sup>80</sup>.

## **B) Derecho de los trabajadores de libre comunicación de información veraz. La veracidad de la información (Corte Suprema de los Estados Unidos). Despido radicalmente nulo**

La STC 6/1988, de 21 de enero, estimó el recurso de amparo del trabajador, redactor adscrito a la Subsecretaría del Ministerio de Justicia dependiente directamente del jefe del gabinete de prensa del mismo.

---

<sup>80</sup> Vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Prueba ilícita y nulidad del despido», *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado: Revista de Estudios sobre Ciencias del Trabajo y Protección Social*, nº 3, 2021, págs. 13 y ss.



Mantuvo una conversación con persona o personas de la redacción de la agencia de noticias «Europa Press», que emitió un despacho que decía que el demandante, «Redactor de la Oficina de Prensa del Ministerio de Justicia, había declarado a “Europa Press” su intención de dirigir próximamente un escrito al Subsecretario de Justicia para expresar su preocupación por la filtración de noticias desde ese Departamento a la Editorial PRISA (“Promotora de Informaciones, S. A.”)» desde diciembre de 1982, durante el tiempo que el PSOE llevaba en el poder. Fue despedido por resolución de la citada Subsecretaría por la comisión de una falta muy grave de deslealtad y abuso de confianza y otra leve de ausencia al trabajo [arts. 54.2.d) ET y 1 del Convenio Colectivo del Ministerio de Justicia aplicable]. Tras la calificación como improcedente del despido por la magistratura de trabajo, el Tribunal Supremo declaró su procedencia.

El Abogado del Estado solicitó la desestimación del recurso de amparo, entre otras razones, porque el demandante no había aportado «la más mínima justificación objetiva, ni siquiera de principio, de los hechos que denunciaba». Reconoció el Abogado del Estado que la «veracidad» de la información, exigida por el artículo 20.1.d) de la Constitución, no podía entenderse como una condición o límite absoluto del derecho fundamental, de modo que éste amparase únicamente las informaciones (actualmente) exactas. Y citó la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso *The New York Times Company v. Sullivan*, 376 US 254, de 9 marzo de 1964, que identificó «la veracidad de la información con la “información realizada en disposición veraz», esto es, la información acaso no exacta de hecho, pero cuya inexactitud ignora el autor, que habría obrado en la obtención de la información de acuerdo con un canon razonable de cuidado profesional (búsqueda razonable de pruebas, comprobación adecuada de la información, especial diligencia cuando pueda resultar afectado el honor, buen nombre, crédito y reputación de las personas, etc.). Este «canon razonable de cuidado» con el que se debe medir la actuación de quien comunica una información enlaza con el concepto de la buena fe (art. 7.1 del Código Civil), que es pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos, y también para el reconocido en el artículo 20.1 d) de la Constitución, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Sin embargo, en el caso, el demandante jamás había probado las filtraciones denunciadas; ni siquiera lo había intentado (Antecedentes, 8).

El Tribunal Constitucional asumió implícitamente la doctrina constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que introdujo la

doctrina de la «malicia real» o de la «indiferente desconsideración de si era o no falso» lo informado, referida a la libertad de prensa, de modo que la información no veraz ha de transmitirse «con conocimiento de su falsedad o con desprecio imprudente de si era verdadero o falso»<sup>81</sup>. Y en el FJ 5 de su sentencia respondió: «La comunicación que la Constitución protege es [...] la que transmita información “veraz”, pero de ello no se sigue —como bien observa el Letrado del Estado— que quede extramuros del ámbito garantizado, en supuestos como el presente, la información cuya plena adecuación a los hechos no se ha evidenciado en el proceso, como no se probaron, en este caso, los hechos referidos por el trabajador despedido. Cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio».

#### **4.1.2. Y derechos de libertad sindical e intimidad personal y familiar. Derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación y deber de sigilo (Tribunal Constitucional Federal alemán)**

El Comisionado y los ochenta y siete senadores más que interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, adujeron la inconstitucionalidad de su artículo 2 porque no imponía «sigilo» a todos los representantes de los trabajadores, sino sólo a los que conocían la copia básica de los contratos en

---

<sup>81</sup> 376 US, págs. 265-269.

el seno de un órgano de participación institucional. Argumentaron que no había garantía de que la información obtenida por los representantes legales de los trabajadores no fuera utilizada para fines distintos del puro control de legalidad. Añadiendo: «Y no puede olvidarse que, según la *Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de diciembre de 1983* no basta con prometer la prohibición del perjuicio derivado de una indebida divulgación de datos, sino que hay que garantizar en lo posible que el mismo no se produzca. Esta ley no se ajusta a tal idea y, por tanto, en este apartado debe ser declarada inconstitucional» (Antecedentes, 2). La STC 142/1993, de 22 de abril, desestimó el motivo de inconstitucionalidad, acogiendo la argumentación impugnante y la sentencia alemana. Razonando que, aunque el art. 2 de la Ley 2/1991 no estableciera expresamente el deber de secreto de los representantes legales con conocimiento de la copia básica, ese deber había de ser «deducido forzosamente del último inciso del art. 65.2 del Estatuto de los Trabajadores que establece, con carácter general, la prohibición de que los representantes utilicen la información suministrada por la empresa “para distintos fines de los que motivaron la entrega”, deber no carente de sanción» (FJ 10).

#### **4.1.3. Y derecho de manifestación sindical (Corte Constitucional italiana y Tribunal Constitucional Federal alemán). En la pandemia de la COVID-19**

Tempranamente, sobre la necesidad de cumplir ciertos requisitos adjetivos formales o procedimentales, impuestos por las leyes, para el ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público y manifestación convocada por sindicatos, el Tribunal Constitucional se limitó a rememorar un lugar común en la jurisprudencia de las distintas jurisdicciones constitucionales, como es que «el ejercicio ilícito de un derecho no puede protegerse jurídicamente, como determinó la *Sentencia 54/1961 de la Corte Constitucional italiana*» (STC 36/1982, de 16 de junio, FJ 6).

Mayor interés comparado tiene el ATC 40/2020, de 30 de abril, de la Sala 1ª de nuestro Tribunal Constitucional sobre el derecho de manifestación sindical en la pandemia COVID-19 para conmemorar el 1 de mayo<sup>82</sup>. La resolución citada inadmitió el recurso de amparo interpuesto por

---

<sup>82</sup> M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Estado de alarma y derecho de manifestación del sindicato», *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 6, 2020, págs. 673 y ss.; M. E. CASAS BAAMONDE y M. ÁNGEL QUIROGA, «Derecho de ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-124

la Central Unitaria de Trabajadores/as frente a la resolución administrativa, que prohibió la manifestación rodada en coches particulares, en la ciudad de Vigo, el viernes día 1 de mayo de 2020, por razones sanitarias, y la posterior decisión judicial, que la confirmó. La central sindical recurrió en amparo el 29 de abril, por vulneración de su derecho de su derecho de reunión o manifestación en relación con su derecho de libertad sindical (arts. 21 y 28 CE), solicitando la adopción de medidas cautelares con carácter urgente para asegurar la celebración de la manifestación el día previsto. La Sala, en una decisión de argumentación insegura y en ocasiones contradictoria —un abultadísimo auto de inadmisión de numerosas páginas, que realizó un juicio «verosimilitud de la lesión denunciada» del derecho de manifestación—, pero unánime, en la que latía la falta de unanimidad 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, traído y llevado en el Auto sin necesidad, recurrió a pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal alemán para dotar de eficacia persuasiva a la motivación de su decisión de no adoptar medidas cautelares, que, por lo demás, la decisión de inadmisión convertía en innecesarias. La jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* señala igualmente que la solicitud de tutela judicial urgente es infructuosa si una demanda constitucional es inadmisibile o manifiestamente infundada<sup>83</sup>.

El Tribunal argumentó que en el recurso de amparo, que inadmitía, la decisión de fondo era inseparable de la demanda cautelar de protección, al deber celebrarse la manifestación conmemorativa del 1 de mayo, en ésa y no en otra fecha, circunstancia que diferenciaba el caso del «ejemplo comparado que aporta la *sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán dictada el 15 de abril de 2020 (1 BvR 828/20)*»<sup>84</sup>, en que las medidas cautelares eran separables del pleito principal, por lo que devolvió el asunto a la autoridad administrativa con el fin de que, con un distinto entendimiento, adoptara una decisión distinta que hiciera compatible el derecho de reunión en lugar de tránsito público (art. 8.1 GG), que el Tribunal estimó violado, ni las normas del Estado de Hesse para

---

manifestación del sindicato y estado de alarma en la emergencia de COVID-19», *Anuario de 2020 de Jurisprudencia Laboral (Estudio de 100 casos relevantes)*, BOE, Madrid, 2021, págs. 483 y ss.

<sup>83</sup> BVerfGE 7, 367 <371>; 134, 138 <140 párr. 6>; StRspr.

<sup>84</sup> Decisión de la Sala Primera del Senado Primero, ECLI:DE:BVerfG:2020:rk20200415.1bvr082820. Acceso en inglés en [www.bundesverfassungsgericht.de/en](http://www.bundesverfassungsgericht.de/en). Las cursivas son mías.

combatir el virus eran precisas, ni la autoridad administrativa había tenido en cuenta específicamente las circunstancias del caso, y la garantía de la salud pública. En el asunto objeto del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no había «margen temporal» que permitiera devolver el asunto a la autoridad competente para que adoptara una decisión diversa (FD 3).

Sobre la inviabilidad de las medidas cautelares, volvió a acudir la Sala a la motivación del Tribunal Constitucional Federal alemán en su *sentencia de 7 de abril de 2020 sobre el ejercicio del derecho de manifestación en la COVID* (1 BvR 755/20)<sup>85</sup>, 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. Consideró el Tribunal alemán que las medidas recurridas causaban una importante restricción de los derechos fundamentales de las personas de Baviera, reconociendo que, si no se concedía la medida cautelar solicitada y la demanda constitucional tenía éxito después, dichas restricciones, de consecuencias sociales, culturales y económicas presumiblemente irreversibles, se habrían ordenado ilegalmente y cualquier sanción por posibles vulneraciones de las restricciones habría sido contraria al ordenamiento jurídico. Sin embargo, si otorgaba la medida cautelar y la demanda constitucional no prosperaba, muchas personas y establecimientos podían desarrollar los comportamientos que las disposiciones impugnadas trataban de evitar, no obstante ser las restricciones que trataron de impedirlos compatibles con la Constitución. Con la consecuencia de que «el peligro de ser infectado con el virus, de muchas personas enfermas, de las instituciones de atención médica colapsadas con el tratamiento de casos graves y, en el peor de los casos, el peligro de muerte de las personas aumentaría considerablemente [...]» (FJ 3).

Concluyó el Tribunal que «siendo positivo este juicio liminar sobre la proporcionalidad de las medidas» administrativas, confirmadas judicialmente, no podía «acordarse la concurrencia de verosimilitud de la

---

<sup>85</sup> Decisión de la Sala Tercera del Senado Primero, ECLI:DE:BVerfG:2020:rk20200407.1bvr075520, [www.bundesverfassungsgericht.de/en](http://www.bundesverfassungsgericht.de/en). ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-124

denunciada lesión del art. 21 CE» (FD 4). Otras decisiones de órganos de la jurisdicción social, de la misma fecha, autorizaron la manifestación.

#### **4.1.4. Y derecho a la tutela judicial efectiva. Ejecución de sentencias frente a Estados extranjeros. Alcance de la inmunidad de ejecución de los bienes de un Estado extranjero (Derecho comparado y Tribunal Constitucional Federal de Alemania)**

La importante STC 107/1992, de 1 de julio, estimó parcialmente el recurso de amparo de la demandante frente a las decisiones judiciales que habían decretado el archivo de las actuaciones, haciendo imposible la ejecución de la sentencia que había declarado la nulidad del despido de la demandante por la Embajada de la República de Sudáfrica. Se había vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la demandante de amparo en su vertiente de derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes por no haberse interpretado restrictivamente el privilegio de inmunidad de los Estados en materia de contratos de trabajo. Indiscutida la competencia de la jurisdicción española sobre el despido, la oposición a la ejecución de la sentencia por la pretendida existencia de un privilegio de inmunidad absoluta de los Estados extranjeros extendía indebidamente esa inmunidad de ejecución al restringir las posibilidades de la recurrente de conseguir la efectividad del fallo (art. 24.1 CE), sin que ninguna norma legal impusiera una excepción a dicha efectividad.

La sentencia, tras referirse naturalmente al Derecho internacional, efectuó un repaso de Derecho comparado<sup>86</sup>, sobre todo de legislaciones de países anglosajones o de su ámbito de influencia, del que resultó que el principio de inmunidad de ejecución contaba con excepciones, concretadas en los bienes utilizados para actividades comerciales en el Estado del foro, expresivas de una tendencia general a la relativización de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros: la ley estadounidense de inmunidades soberanas extranjeras de 1976, la ley británica de 1978, las leyes de Singapur (1979), Pakistán (1981), de la República Sudafricana (1981), de Canadá (1982), de Australia (1985) concretaban esa inmunidad relativa, con la excepción en los casos de Singapur y Sudáfrica de que los litigios derivados de contratos de trabajo realizados con Estados extranjeros quedaban acogidos a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución.

---

<sup>86</sup> Que también hizo el Fiscal en sus alegaciones: Antecedentes, 7. ACDCT, VOL. XIII (2021), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-124

Prosiguió la sentencia el análisis de las jurisprudencias nacionales de numerosos Estados, que habían reconocido la facultad de los Tribunales del foro de realizar actos de ejecución, excepcionando la inmunidad: en Bélgica (asunto Socobel), en Suiza (caso República Árabe Unida contra Señora X), en Francia (caso Sociedad Eurodif contra República Islámica de Irán), en Austria, en Holanda. Para llegar al *Tribunal Constitucional Federal alemán, Sentencia de 13 de diciembre de 1977 (caso de la República de Filipinas)*, que había rechazado la existencia de una norma general de Derecho internacional que impusiera la inmunidad absoluta de ejecución del Estado extranjero, aunque también la embargabilidad de cuentas corrientes de las misiones diplomáticas, protegidas por estar conectadas con el normal funcionamiento de la Embajada, aplicándosele el brocardo *ne impediatur legatio*, puesto que «la apertura de una cuenta corriente es un mecanismo necesario para el buen funcionamiento de la misión diplomática, bastando al respecto una declaración por parte del órgano competente del Estado en cuestión de que la cuenta corriente está destinada a asegurar la continuidad del funcionamiento de la Embajada [...]» [FFJJ 4.C) y D) y 5].

La sentencia impugnada de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid no se limitaba anular el Auto del Juzgado de lo Social, que había declarado los embargos de determinadas cuentas corrientes de la Embajada de la República de Sudáfrica. Había añadido el «embargo del dinero efectivo que la República de Sudáfrica tuviera en entidades bancarias españolas», al margen de su destino, y confirmado el archivo de las actuaciones, refiriéndose genéricamente a la inembargabilidad de las cuentas del Estado extranjero demandado, con lo que había impedido continuar la ejecución sobre otros posibles bienes o dineros del Estado ejecutado situados en nuestro territorio no cubiertos por la inmunidad de ejecución, conforme al Derecho internacional y al artículo 21.2 de la LOPJ, que extendían la inmunidad de ejecución a los actos de *iure imperii*, pero no a los de *iure gestionis*. La STC 107/1992 reconoció el derecho fundamental de la demandante a la ejecución de las sentencias firmes, anuló parcialmente el Auto de archivo de las actuaciones y ordenó al Juzgado proseguir las actuaciones del proceso de ejecución frente a otros bienes del Estado ejecutado no protegidos por la inmunidad de ejecución.

La posterior STC 292/1994, de 27 de octubre, volvió sobre el alcance relativo de la inmunidad de jurisdicción de los bienes de un Estado extranjero, declarando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva

por la decisión del Juzgado de lo Social de no dar lugar al embargo solicitado de bienes de la Embajada de Brasil en España, que había sido condenada por sentencia del propio Juzgado al pago de una pensión de jubilación.

Reiteró la doctrina, advirtiendo que a ella no se opone que la ejecución de que se trataba, en el caso, lo fuera a título provisional, en tanto se sustanciaba el recurso de casación para la unificación de doctrina. La inmunidad de ejecución de los Estados no alcanza a los bienes inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades industriales y comerciales, no afectos a la actividad propia de la misión diplomática, correspondiendo en cada caso al juez ejecutor determinar, de entre los bienes de que sea titular el Estado extranjero en nuestro país, cuáles responden a aquella caracterización y son por tanto susceptibles de ejecución. Y argumentó con el Derecho internacional (art. 21.1 LOPJ), el Derecho comparado, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal: «ni el último proyecto de codificación de ámbito universal, todavía en curso de elaboración en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, ni la práctica de [... algunos] Estados —particularmente, *Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 12 de marzo de 1983*, así como la legislación italiana y australiana—, permiten afirmar con plena certeza la existencia de una norma internacional que impida en todo caso, salvo consentimiento específico del Estado extranjero afectado, la ejecutabilidad de resoluciones judiciales no definitivas, cual es el caso presente por estar pendiente de resolución el recurso de casación interpuesto por la demandante de amparo».

La práctica era otra en otros Estados, como en Estados Unidos, por imperativo de su Ley de inmunidades soberanas extranjeras de 1976, el Reino Unido, Canadá, Pakistán, Singapur y República de Sudáfrica. Se fundamentaba en «evitar la ejecutabilidad de resoluciones interlocutorias o adoptadas en estadios muy iniciales del procedimiento, o en materias de especial trascendencia, de manera que su adopción pudiera dar lugar a controversia internacional, o bien medidas que se adoptan ad fundamam jurisdictionem». En suma, no estaba claro que esa inmunidad de ejecución de bienes de los Estados pretendiera «hacer frente a la ejecución provisional de Sentencias y no tan sólo a la adopción de medidas cautelares, supuestos, aunque próximos, materialmente no idénticos entre sí, ni por el procedimiento con que se adoptan ni por sus efectos. Tal conclusión se afirma con mayor razón aún en el caso presente, dados los términos en que



esa ejecución, provisional en la formulación legal, es en realidad definitiva por lo que respecta a los interesados en este proceso de amparo [...]» (FJ 7).

## **4.2. Derecho de la Seguridad Social. Garantías institucionales y principios constitucionales: irretroactividad normativa y seguridad jurídica**

### **4.2.1. La concepción constitucional de la seguridad social: garantía de la institución como función del Estado de regulación legal (Corte Constitucional de Italia y Derecho comparado)**

Desde sus primeras sentencias al respecto, el Tribunal Constitucional señaló que el artículo 41 CE concibe la seguridad social como una función del Estado, que atiende a la protección de los ciudadanos ante situaciones de necesidad mediante prestaciones públicas, entre ellas a la situación de incapacidad temporal derivada de riesgos comunes. El Gobierno, por RDL 5/1992, de 21 de julio, y la Ley 28/1992, de 24 de noviembre, había reformado la regulación de la prestación contenida en la LGSS en aquel momento vigente para imponer a los empresarios la obligación de asumir el pago de una parte de la prestación (entre los días quinto y decimoquinto de la baja), ante el crecimiento del déficit público, produciendo el desplazamiento de la correspondiente carga económica de los fondos propios de la Seguridad Social a los empresarios. La STC 37/1994, de 10 de febrero, había declarado la constitucionalidad de la reforma legal frente a las cuestiones de inconstitucionalidad que habían considerado que la reforma legal había producido la privatización parcial de la prestación, lesiva de la garantía institucional del régimen público de la seguridad social del artículo 41 CE. La posterior STC 182/1997, de 28 de octubre, reiteró que había sido el poder público el que impuso a los empresarios, sin el concurso de la voluntad de éstos, el pago de (parte de) una prestación del sistema de seguridad social, una prestación pecuniaria que «tiene una evidente finalidad pública», por lo que era una «prestación patrimonial de carácter público». Y concluyó: «A idéntica conclusión, respecto de un subsidio de las mismas características establecido por el ordenamiento italiano, llegó muy tempranamente la *Corte Costituzionale de Italia (Sentencia 44, de 26 de mayo de 1965)*» (FJ 16)<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Las cursivas son mías.

También desde sus primeras sentencias, el Tribunal Constitucional consideró como elemento estructural definitorio de la noción de seguridad social «el diseño legal imperativo» de su acción protectora, sin participación de la autonomía de la voluntad privada, que puede actuar en el ámbito genérico de la protección social, pero no en el «núcleo institucional» de la seguridad social. Así resultaba de las normas internacionales de la OIT y del Derecho europeo, también de la evolución de nuestro propio sistema, y del Derecho comparado (STC 206/1997, de 27 de noviembre, FJ 5, a propósito de la regulación legal de los planes y fondos de pensiones).

#### **4.2.2. Y derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación. Garantía institucional de protección a la familia. Pensión de viudedad y matrimonio. Denegación de la pensión a supérstites de uniones homosexuales (Derecho comparado)**

La STC 184/1990 recurrió al Derecho comparado para decir, en apoyo de su decisión excluyente de la obtención de la pensión si la persona beneficiaria no estaba ligada a la causante por un vínculo matrimonial —con excepciones transitorias—, que la «extensión de la pensión de viudedad a quienes convivían de forma estable extramatrimonialmente estaba lejos de ser la pauta en la legislación internacional y en el Derecho comparado en aquel momento» (FJ 5); lo que reforzó su construcción de residenciar en la libertad del legislador la extensión del derecho a la pensión de viudedad en casos de convivencia *more uxorio*, sin que la pasividad del legislador vulnerase el principio de libre desarrollo de la personalidad, la protección de la familia, ni el derecho a la igualdad jurídica y a no padecer discriminación (arts. 10, 14 y 39 CE).

Ese mismo desconocimiento de la pensión de viudedad a las uniones homosexuales fue la regla en el Derecho comparado, y entre nosotros antes del reconocimiento por el legislador de su derecho al matrimonio, cuestión de nuevo incardinada en la libertad del legislador (SSTC 92/2014, de 10 de junio, FJ 6; 93/2014, de 12 de junio, FJ 3; 98/2014, de 23 de junio, FJ 4; 115/2014, de 8 de julio, FJ 4; 116/2014, de 8 de julio, FJ 4; 124/2014, de 21 de julio, FJ 4). La STC 198/2021 tuvo especial interés en destacar que «hasta finales de los años 80 ningún país del mundo otorgaba derechos a las uniones entre personas del mismo sexo, y que, aunque actualmente casi todas las democracias de corte occidental han elaborado algún instrumento legal que concede derechos a las parejas del mismo sexo, la opción de muchos de los ordenamientos de nuestro entorno

y cultura jurídica no ha sido la misma que la escogida por el legislador español, en uso de su libertad de configuración de la institución matrimonial» (FJ 9).

Situó el Tribunal Constitucional la concesión de la pensión de viudedad en la libertad del legislador de proteger a la familia matrimonial, y a la familia matrimonial heterosexual, sin que esa decisión vulnerase el derecho fundamental a la no discriminación por orientación sexual<sup>88</sup>.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, modificó el artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social (artículo 174.3), reconociendo por primera vez el derecho a una pensión de viudedad a las parejas de hecho heterosexuales u homosexuales, que hubieran convivido ininterrumpidamente durante más de cinco años antes de la muerte del causante. La disposición adicional tercera de dicha Ley reconoció retroactivamente este derecho a las parejas de hecho que hubieran enviudado antes de la entrada en vigor de dicha norma y cuando el superviviente se encontrase en una situación de especial necesidad, estableciendo, entre otros requisitos, que el causante y el beneficiario «hubieran tenido hijos comunes». La STC 41/2013, de 14 de febrero de 2013, declaró la inconstitucionalidad del requisito legal de la tenencia de hijos comunes por vulnerar el derecho a la igualdad del artículo 14 CE. Consideró innecesario enjuiciar la vulneración aducida del derecho a la no discriminación por orientación sexual.

#### **4.2.3. Retroactividad impropia de las leyes fiscales y de seguridad social y principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Cambio de encuadramiento de los administradores sociales remunerados, el canon de previsibilidad y obligación de cotizar con efectos retroactivos. Canon de previsibilidad (Corte Constitucional italiana y Tribunal Constitucional Federal alemán)**

En diferentes sentencias, el Tribunal Constitucional ha reconocido que su doctrina sobre la admisibilidad de la retroactividad de las normas fiscales, que no son «disposiciones sancionadoras desfavorables o

---

<sup>88</sup> Se había basado el Tribunal en la jurisprudencia del TEDH con arreglo al artículo 12 del Convenio (*Rees c. Reino Unido*, 17 de octubre de 1986, § 11, Serie A n° 106, y *Cossey c. Reino Unido*, 27 de septiembre de 1990, § 22, Serie A n° 184).

restrictivas de derechos individuales» (art. 9.3 CE)<sup>89</sup>, la ha tomado de las jurisprudencias constitucionales italiana, alemana y norteamericana. De estas jurisprudencias ha recogido también la argumentación de que aquel punto de partida no significa, sin embargo, sancionar la legitimidad constitucional de tales normas de manera incondicionada, pues esa eficacia retroactiva ha de respetar los principios constitucionales de capacidad económica, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (arts. 31.1 y 9.3 CE).

En la STC 126/1987, de 16 de julio, el Tribunal Constitucional afirmó: «no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva» [FFJJ 9.B) y 10]. Sobre el principio de capacidad contributiva, ilustró que una parte de la doctrina italiana y la Corte Costituzionale en diversas Sentencias habían mantenido que «una norma tributaria retroactiva resulta constitucionalmente ilegítima si vulnera el principio de capacidad contributiva», vulneración que «puede producirse si la ley establece como presupuesto un hecho o una situación pasada que no persisten en el momento de su entrada en vigor, o modifica, extendiendo sus efectos hacia el pasado, los elementos esenciales de un tributo existente en dicho momento, pues dicha capacidad ha de referirse no a la actual del contribuyente, sino a la que está ínsita en el presupuesto del tributo y, si ésta hubiera desaparecido o se hallase disminuida en el momento de entrar en vigor la norma en cuestión, se quebraría la relación constitucionalmente exigida entre imposición y capacidad contributiva (Ss. 45/1964, 44/1966, 75/1969 y 54/1980)». Y sobre el principio de seguridad jurídica, el Tribunal recordó cómo se había venido configurando, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 19 de diciembre de 1961, «una línea argumental que, partiendo de la idea del Estado de Derecho y de los principios que lo informan, considera que las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio [de seguridad jurídica] y a la confianza de los ciudadanos» (FJ 11).

Con base en esa jurisprudencia constitucional comparada, el Tribunal Constitucional dijo del principio constitucional de seguridad jurídica que «protege la confianza de los ciudadanos que ajustan su

---

<sup>89</sup> Desde la STC 27/1981, de 20 de julio, el Tribunal interpretó que la «restricción de derechos individuales» había de equipararse a la idea de sanción, por lo cual, el límite de dicho artículo hay que considerarlo referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del título I de la Constitución) o en la esfera general de protección de la persona (FJ 10).

conducta económica a la legislación vigente frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que, de no darse esta circunstancia, la retroactividad posible de las normas tributarias podría incidir negativamente en el citado principio que garantiza el art. 9.3 CE» (SSTC 173/1996, de 31 de octubre, FJ 5; 234/2001, de 13 de diciembre, FJ 11).

En la STC 182/1997, de 28 de octubre, el Abogado del Estado trajo a colación la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y del Tribunal Constitucional alemán sobre la constitucionalidad de las normas fiscales impropia retroactivas, cuya entrada en vigor tiene lugar en el período impositivo dentro del que se han aprobado [Antecedentes 5.B)]. La sentencia aceptó la doctrina. Siguiendo también en ello los precedentes comparados, pasó revista al principio de seguridad jurídica, que protege «la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles, ya que la retroactividad posible de las normas tributarias no puede trascender la interdicción de la arbitrariedad». Matizó que el principio de seguridad jurídica no podía erigirse en «un valor absoluto», que «daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso. La interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad entrañaría consecuencias contrarias a la concepción que fluye del art. 9.2 de la Constitución, como ha puesto de manifiesto este Tribunal, Por ello, el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal» (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11). A la luz de las circunstancias del caso y de su retroactividad impropia, declaró que la regulación legal impugnada no vulneraba dicho principio constitucional<sup>90</sup>. Esta doctrina constitucional ha sido seguida por numerosísimas sentencias posteriores, que no es preciso citar aquí, pues su motivación ha prescindido de las referencias de las jurisprudencias constitucionales comparadas, que iluminó la fundamentación de las sentencias de cabecera.

---

<sup>90</sup> Declaró la inconstitucionalidad de un precepto del RDL 5/1992, de 21 de julio, ya citado, por incidir en el ámbito materialmente sustraído a la legislación de urgencia y afectar al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 86.1 y 31.1 CE).

Esa doctrina sobre la eficacia retroactiva de normas fiscales es aplicable a las cotizaciones a la seguridad social, toda vez que éstas «son prestaciones patrimoniales coactivamente impuestas por un ente público (art. 31.3 CE), asimilables a los tributos, pues consisten en la entrega de una suma de dinero a un ente público para el sostenimiento de los gastos del Estado (en concreto, del Sistema de Seguridad Social) como consecuencia de la realización de un hecho revelador de capacidad económica (art. 31.1 CE)» (ATC 306/2004, de 20 de julio, FJ 4).

Y ha sido aplicable, como caso merecedor de atención particular, al sucesivo y contradictorio encuadramiento legal de los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas retribuidos, que no ostentaran su control efectivo, primero en el régimen especial de trabajadores autónomos, rectificado, después, por la Ley 50/1998, que procedió a su inclusión en el régimen general de la seguridad social con eficacia retroactiva desde el 1 de enero de 1998, fecha de entrada en vigor de la precedente regulación contenida en la Ley 66/1997.

La STC 89/2009, de 20 de abril, reprochó a la norma cuestionada la imposición de su regulación de forma retroactiva («retroactividad auténtica») al imponer a las empresas una carga de cotización al régimen general de la seguridad social por los administradores retribuidos que hubieran prestado servicios durante el año anterior más onerosa, con base en un supuesto de hecho realizado en su integridad y plenamente agotado en sus efectos jurídicos al amparo de la legislación anterior. Bajo la Ley 66/1997 eran los propios administradores quienes debían cotizar por sí mismos al régimen especial de trabajadores autónomos.

El Tribunal Constitucional no dudó en tildar la nueva regulación legal de «completamente imprevisible», aunque su sentido normativo coincidiera con la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo. La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, cambió ese sentido para rectificarlo la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, defraudando la confianza legítima de las sociedades afectadas y lesionando el principio constitucional de seguridad jurídica. ¿Había exigencias cualificadas del bien común susceptibles de prevalecer, excepcionalmente, sobre el principio de seguridad jurídica? El Tribunal Constitucional no las encontró en la evitación durante 1998 del cómputo de cotizaciones a regímenes diferentes para el reconocimiento de futuras prestaciones.

## 5. CONCLUSIONES

La consecuencia comprobable de lo anterior es que, tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el cualitativo, el recurso expreso al Derecho y a las jurisdicciones constitucionales comparadas, en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, es utilizado con notable comedimiento por la jurisdicción constitucional española en sus más de cuatro décadas de existencia. El elemento de comparación se utiliza para orientar o apoyar la interpretación del Tribunal con argumentos comparados que ha considerado importantes al tratar de las cuestiones relacionadas. En efecto, pese a la parquedad de las referencias cruzadas, el recurso por nuestro Tribunal a otras jurisprudencias constitucionales no ha sido irrelevante dado, por lo general, su valor positivo y sustancial, no meramente marginal, en los casos analizados, para adoptar soluciones convergentes. También ha servido a la jurisprudencia que negó la pensión de viudedad al supérstite de relaciones de pareja no matrimoniales para reforzar su posición mayoritaria frente a los votos discrepantes.

La conclusión sería muy distinta, con seguridad, si el objeto del análisis de este trabajo hubiera sido la «influencia» o presencia no explícita de las decisiones de las jurisdicciones constitucionales comparadas en las construcciones de nuestra jurisprudencia constitucional (contenido esencial, juicios de razonabilidad, adecuación o necesidad, proporcionalidad, privacidad en el trabajo) sobre derechos fundamentales y garantías institucionales en las relaciones laborales y de seguridad social y su comportamiento en fenómenos globales como las dos grandes y sucesivas crisis de este siglo o en relación con el derecho a la igualdad y la aparición creciente de derechos de la diversidad en sociedades que desde hace décadas, y desde la primera gran crisis global financiera, se han deslizado por la pendiente de la desigualdad. En todo caso, y aunque el Tribunal ha tenido que conocer las decisiones de los Tribunales Constitucionales portugués e italiano y del *Conseil Constitutionnel*, no es seguro que, a la altura de las decisiones sobre la primera de esas grandes crisis, la abstención comparatista de nuestra jurisdicción constitucional en nuestra singular área material pueda considerarse una decisión estratégica, reflexionada y adoptada colegiadamente. La pandemia de la COVID-19 ha revelado la identidad o similitud de las soluciones excepcionales, complejas y controvertidas, puestas a punto por los ordenamientos estatales para enfrentar sus gravísimas consecuencias en la salud, en la actividad económica, en el trabajo y sus rentas y en la protección social de las

personas y de las familias. El problema de la legitimidad constitucional de algunas de las medidas de ese Derecho de excepción en la emergencia apenas ha llegado a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional — es posible que lo haga más tarde—, y sí, en cambio, a otras. En su valoración general, la escasez de Derecho comparado en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional contrasta con una presencia sobresaliente de la jurisprudencia del TEDH y, progresivamente creciente, del TJUE.

En relación con otras materias, el análisis realizado pone también de manifiesto el tradicional protagonismo de los Estados liberales-democráticos en las políticas y en los ordenamientos laborales/sociales —la organización de los sistemas de seguridad social compete a cada Estado— y de la acción de diálogo y concertación de los interlocutores sociales dentro de sus fronteras, no obstante la tendencia a la europeización y a la mundialización de las formas de prestar trabajo y de organizarlo, de la protección frente a los riesgos de la salud y seguridad en su realización, y de los métodos de concertación social. Una realidad empujada por la imparable digitalización del trabajo y por la no menos imparable construcción de un nuevo modelo productivo ecológico y por la transformación demográfica y migratoria, y, en todo ello, por la necesidad de que los procesos de transición social hacia las nuevas realidades sean justos, que precisa de la acción efectiva de las organizaciones internacionales, de una más estrecha colaboración interestatal, y que quizás llame a un mayor diálogo de nuestro Tribunal Constitucional con las jurisdicciones constitucionales comparadas. Es difícil predecir el papel que pueda jugar la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea en el estímulo de ese diálogo entre las jurisdicciones constitucionales de los Estados de la Unión al vincularse ciertos derechos sociales a la categoría secundaria de «principios», precisados de la acción del legislador europeo o estatal, y carecer del valor jurídico de los «derechos» y de su fuerza jurídica de atribución de eficacia directa horizontal a las directivas. Pero me parece que marca un camino de recorrido obligado.

El cambio de la mirada de nuestra jurisdicción constitucional hacia las jurisprudencias constitucionales comparadas vendrá del cambio de su mirada introspectiva, hacia sí mismo y hacia su jurisprudencia. Precisarás, como el *Bundesverfassungsgericht*, sentirse «parte del orden jurídico internacional y de la comunidad mundial de tribunales constitucionales», más allá de su proyección en la conferencia mundial de tribunales constitucionales y en sus relaciones internacionales.