



Freedom, Security & Justice:  
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line  
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2021, n. 1

EDITORIALE  
SCIENTIFICA



## DIRETTORE

**Angela Di Stasi**

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno  
Titolare della Cattedra Jean Monnet 2017-2020 (Commissione europea)  
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

## COMITATO SCIENTIFICO

**Sergio Maria Carbone**, Professore Emerito, Università di Genova  
**Roberta Clerici**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano  
**Nigel Lowe**, Professor Emeritus, University of Cardiff  
**Paolo Mengozzi**, Professore Emerito, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE  
**Massimo Panebianco**, Professore Emerito, Università di Salerno  
**Guido Raimondi**, già Presidente della Corte EDU - Presidente di Sezione della Corte di Cassazione  
**Silvana Sciarra**, Professore Emerito, Università di Firenze - Giudice della Corte Costituzionale  
**Giuseppe Tesaro**, Professore f.r. di Diritto dell'UE, Università di Napoli "Federico II" - Presidente Emerito della Corte Costituzionale  
**Antonio Tizzano**, Professore Emerito, Università di Roma "La Sapienza" - Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE  
**Ennio Triggiani**, Professore Emerito, Università di Bari  
**Ugo Villani**, Professore Emerito, Università di Bari

## COMITATO EDITORIALE

**Maria Caterina Baruffi**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona  
**Giandomato Caggiano**, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre  
**Pablo Antonio Fernández-Sánchez**, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla  
**Inge Govaere**, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges  
**Paola Mori**, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro  
**Lina Panella**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina  
**Nicoletta Parisi**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania - già Componente ANAC  
**Lucia Serena Rossi**, Ordinario di Diritto dell'UE, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna - Giudice della Corte di giustizia dell'UE



## COMITATO DEI REFEREEES

**Bruno Barel**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova  
**Marco Benvenuti**, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"  
**Raffaele Cadin**, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"  
**Ruggiero Cafari Panico**, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano  
**Ida Caracciolo**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"  
**Federico Casolari**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università "Alma Mater Studiorum" di Bologna  
**Luisa Cassetti**, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia  
**Giovanni Cellamare**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari  
**Marcello Di Filippo**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa  
**Rosario Espinosa Calabuig**, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València  
**Pietro Gargiulo**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Teramo  
**Giancarlo Guarino**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"  
**Elsbeth Guild**, Associate Senior Research Fellow, CEPS  
**Víctor Luis Gutiérrez Castillo**, Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Jaén  
**Ivan Ingravallo**, Associato di Diritto Internazionale, Università di Bari  
**Paola Ivaldi**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova  
**Luigi Kalb**, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno  
**Luisa Marin**, Marie Curie Fellow, European University Institute  
**Simone Marinai**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa  
**Fabrizio Marongiu Buonaiuti**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata  
**Rostane Medhi**, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille  
**Violeta Moreno-Lax**, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London  
**Claudia Morviducci**, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre  
**Leonardo Pasquali**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa  
**Piero Pennetta**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Salerno  
**Emanuela Pistoia**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo  
**Concetta Maria Pontecorvo**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"  
**Pietro Pustorino**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma  
**Alessandra A. Souza Silveira**, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho  
**Ángel Tinoco Pastrana**, Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Sevilla  
**Chiara Enrica Tuo**, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina  
**Talitha Vassalli di Dachenhausen**, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"  
**Alessandra Zanobetti**, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

## COMITATO DI REDAZIONE

**Francesco Buonomenna**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno  
**Caterina Fratea**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona  
**Anna Iermano**, Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno  
**Angela Martone**, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno  
**Michele Messina**, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina  
**Rossana Palladino** (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

*Revisione abstracts a cura di*

**Francesco Campofreda**, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista scientifica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"  
[www.fsjeurostudies.eu](http://www.fsjeurostudies.eu)

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli  
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



## **Indice-Sommario** **2021, n. 1**

### **Editoriale**

Fiducia reciproca e mandato d'arresto europeo. Il “salto nel buio” e la rete di protezione  
*Lucia Serena Rossi* p. 1

### **Saggi e Articoli**

Ciudadanía europea y protección de la vida familiar. Especial referencia a los nuevos modelos de familia  
*Víctor Luis Gutiérrez Castillo* p. 15

La protezione dei minori stranieri non accompagnati nella giurisprudenza europea: quale possibile influenza sulle proposte contenute nel nuovo Patto sulla migrazione e l'asilo?  
*Anna Pitrone* p. 29

Il progressivo rafforzamento dello “*status di nonno*” nel sistema di tutela europeo e nazionale  
*Anna Iermano* p. 52

Il coordinamento delle politiche per la *cybersecurity* dell'UE nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia  
*Daniela Marrani* p. 77

Impacto de la Estrategia global de seguridad de la UE para reforzar el acuerdo y el dialogo sobre derechos humanos UE - Cuba  
*Alexis Berg-Rodríguez* p. 99

Il centro degli interessi principali del debitore e il *forum shopping* tra regolamento (UE) 2015/848 e codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza  
*Michela Capozzolo* p. 127

The unconvicted detention of persons with mental impairments: the ECHR “unsound” that does not sound  
*Marcello Sacco* p. 153



## **FOCUS**

### **20 años de la Carta de derechos fundamentales de la UE. Su aplicación por los Tribunales Españoles**

*Il Focus contiene i testi rivisti di alcune delle relazioni tenute in occasione del Convegno internazionale organizzato presso l'Università Pompeu Fabra di Barcellona (28/29 settembre 2020)*

- Implementation of the Charter of fundamental rights by the Spanish Courts in the *Junqueras* case p. 176  
*Maria Mut Bosque*
- Risks for the fundamental right to the protection of personal data stemming from the Covid-19 sanitary crisis: a Spanish perspective p. 197  
*Eva María Nieto Garrido*
- La Carta de derechos fundamentales de la Unión europea en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en procesos de amparo p. 219  
*Santiago Ripol Carulla*
- The fundamental right to an effective judicial protection and the rule of law in the EU and their impact on Member States' administration of justice p. 238  
*Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena*



## LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN PROCESOS DE AMPARO

Santiago Ripol Carulla\*

SUMARIO: 1. El objeto de la investigación. – 2. 2000-2009: la Carta de Derechos Fundamentales de la UE es un texto de naturaleza interpretativa. – 2.1. SSTC 17/2006, de 30 de enero, y 163/2009, de 29 de junio. – 2.2. STC 41/2006, de 13 de febrero. – 2.3. STC 176/2008, de 22 de diciembre. – 3. 2009-2014: la doctrina del Tribunal de justicia de la UE sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: un texto vinculante. El asunto *Melloni*. – 3.1. ATC 86/2011, de 9 de junio. – 3.2. STC 173/2011, de 7 de noviembre. – 3.3. Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013. – 3.4. STC 186/2013, de 4 de noviembre. – 3.5. STC 26/2014, de 13 de febrero. – 4. 2014-2020: desatendiendo la doctrina del Tribunal de justicia de la UE sobre la Carta de Derechos Fundamentales. – 4.1. STC 31/2014, de 24 de febrero. – 4.2. STC 58/2018, de 4 de junio. – 4.3. STC 3/2019, de 14 de enero. – 5. 2020: una aceptación paulatina de la doctrina del Tribunal de justicia de la UE sobre la Carta de Derechos Fundamentales. – 5.1. STC 26/2020, de 24 de febrero. – 5.2. STC 132/2020, de 23 de septiembre. – 5.3. STC 147/2020, de 19 de octubre. – 5.4. SSTC 13/2017, de 30 de enero, 21/2018, de 5 de marzo, 83/2019, de 17 de junio, y 180/2020, de 14 de diciembre. – 6. Consideraciones finales.

### 1. El objeto de la investigación

El artículo 161 de la Constitución Española incluye entre las competencias jurisdiccionales del Tribunal Constitucional de España el recurso de amparo. Este recurso, que tiene por objeto permitir a los particulares reaccionar frente a las violaciones de sus derechos fundamentales provocadas por las autoridades del Estado<sup>1</sup>,

---

#### Double blind peer reviewed article.

\* Catedrático de Derecho internacional público, Universidad Pompeu Fabra - Barcelona. Correo electrónico profesional: [santiago.ripol@upf.edu](mailto:santiago.ripol@upf.edu).

Este trabajo es resultado del proyecto de investigación sobre *La consolidación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales en su aplicación en los Estados miembros* financiado por el Gobierno de España (Ref. DER2017-89753-P), cuyo investigador principal es Santiago Ripol.

se caracteriza por dos notas fundamentales: 1) La demanda se dirige contra una lesión concreta y efectiva, de modo que no puede solicitarse del Tribunal Constitucional (en adelante TC) un juicio abstracto de la inconstitucionalidad de determinada norma, sino únicamente la preservación o el restablecimiento de la lesión concreta y efectiva del derecho o la libertad dañados. 2) Tiene carácter subsidiario, esto es, los particulares sólo podrán dirigirse en amparo al Tribunal Constitucional una vez hayan agotado los recursos ante los tribunales ordinarios (a quienes corresponde, en primera instancia, la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en la Constitución Española). Los derechos susceptibles de recurso de amparo son los recogidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución Española.

Por otra parte, cuando el Tribunal Constitucional en un asunto deba aplicar una norma española relativa a los derechos fundamentales está obligado a interpretar dicha norma de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España. Así lo establece el artículo 10.2 Constitución Española, según el cual: «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*».

Desde el año 2000, cuando la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE o Carta) se adoptó en Niza con carácter interpretativo, hasta 2020 el Tribunal Constitucional ha dictado en el marco de los recursos de amparo 28 resoluciones en las que se ha referido a la Carta con cierta extensión. 4 de entre estas resoluciones fueron adoptadas durante los años 2000 a 2009 (cuando la Carta no tenía carácter vinculante); las otras 21 desde ese año hasta la actualidad (cuando ya tiene valor obligatorio). Por lo que se refiere a las materias objeto de las resoluciones del Tribunal Constitucional (en adelante TC), valga decir que 2 de estas resoluciones tratan sobre protección de datos personales, 3 sobre derechos del menor, 2 se refieren a la prohibición de discriminación, 7 a cuestiones relativas a la cooperación judicial internacional y 4 a determinadas garantías del proceso. A estas resoluciones que se aprueban en el marco de un recurso de amparo, deben añadirse otras adoptadas en otros procedimientos constitucionales [recursos de inconstitucionalidad (5), conflictos de

---

<sup>1</sup> Violaciones «*originadas por disposiciones, actos jurídicos, decisiones, resoluciones, omisiones o simples vías de hecho, de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. Concretamente, el recurso de amparo puede interponerse contra las decisiones o actos de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, contra los actos o disposiciones de las Administraciones Públicas, contra las resoluciones de la Administración de Justicia y contra los actos y decisiones de la Administración Electoral. También se puede interponer de forma 'mixta' frente a actos o disposiciones de las Administraciones Públicas y de los Tribunales de Justicia, cuando éstos últimos hayan incurrido en una nueva lesión de un derecho o libertad al conocer de los recursos interpuestos contra los actos, decisiones o disposiciones de aquéllas*». En <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/04-Recurso-de-amparo.aspx>.

competencias (1), cuestiones de inconstitucionalidad (3), declaración sobre el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales (1)].

Este trabajo estudia las 28 resoluciones (27 sentencias y 1 auto) adoptadas en procesos de amparo para tratar de responder a la siguiente pregunta general: ¿Cómo ha aplicado el Tribunal Constitucional la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea?, que se concreta en las tres siguientes cuestiones: ¿Ha habido cambios en la posición del TC frente a la CDFUE en razón del carácter obligatorio del texto? ¿Y en función del derecho fundamental al que se refiere el asunto? Finalmente, ¿ha reconocido el TC el carácter singular de la Carta, que no es un tratado de protección internacional de los derechos humanos, sino el catálogo de derechos fundamentales propio del Derecho de la Unión Europea?

## **2. 2000-2009: la Carta de Derechos Fundamentales de la UE es un texto de naturaleza interpretativa**

Durante los años en que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no era un instrumento jurídicamente vinculante (2000-2009) el Tribunal Constitucional recurrió a la misma en diversas ocasiones para resolver recursos de amparo. Lo hizo como si de un instrumento internacional de derechos humanos se tratara, en virtud del artículo 10.2 Constitución Española, citando la Carta junto a tratados internacionales, muy en particular, pero no únicamente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

### **2.1. SSTC 17/2006, de 30 de enero, y 163/2009, de 29 de junio**

La serie de sentencias sobre la intervención del Ministerio Fiscal en el acto de exploración de los menores en los procedimientos matrimoniales es un buen ejemplo de este recurso a la Carta, que a veces resulta incluso meramente ornamental. En estos asuntos el recurso de amparo fue interpuesto por el Ministerio Fiscal en tanto que parte en un proceso judicial en el que intervenía como defensor de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos. El juicio se refería a un procedimiento de divorcio que consideraba, entre otras cosas, el régimen de guarda y custodia de las dos hijas menores de las partes enfrentadas. El Ministerio Fiscal solicitó intervenir en el acto de exploración de los menores decretado por el juez para conocer la opinión de estos sobre la conveniencia de atribuir su guarda y custodia a uno u otro progenitor.

El Tribunal estableció su doctrina sobre el particular en las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, y 152/2005, de 21 de junio, en las que no se refiere al art. 10.2 Constitución Española ni al derecho internacional. Fue en la STC 17/2006, de 30 de enero, cuando se incorpora una mención a la CDFUE, que se repite en la STC

163/2009, de 29 de junio<sup>2</sup>. No hay cambio respecto de la doctrina enunciada en los años 2002 y 2005, salvo la mencionada referencia al derecho internacional de los derechos humanos vigente para España y, entre ellos, a la CDFUE.

Otras veces, en cambio, la cita de la CDFUE resulta más interesante, pues permite al Tribunal complementar la doctrina constitucional sobre el contenido de un determinado derecho fundamental. Así ocurre en las SSTC 41/2006 y 176/2008 que, mediante la cita del art. 21 CDFUE, incluyen en la cláusula «*cualquier otra condición o circunstancia personal o social*» del art. 14 Constitución Española<sup>3</sup> la discriminación por razón de sexo.

## 2.2. STC 41/2006, de 13 de febrero

La STC 41/2006, de 13 de febrero, concedió el amparo a un trabajador que había sido despedido de su puesto de trabajo, habiéndose declarado el despido improcedente y habiéndose producido una conducta empresarial contraria al derecho a no ser discriminado por razón de la orientación sexual. El FJ de la Sentencia recoge la doctrina del TC sobre el principio de no discriminación. Acto seguido, señala: «*En relación con lo anterior, es de destacar que la orientación homosexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indubitadamente una circunstancia incluida en la cláusula ‘cualquier otra condición o circunstancia personal o social’ a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra esta minoría; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE*».

Y con este carácter de fuente interpretativa el TC se refiere al art. 14 CEDH y a la jurisprudencia correspondiente del TEDH, al art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y a los dictámenes elaborados por el Comité de Derechos Humanos,

---

<sup>2</sup> En el FJ 5 de la STC 17/2006 se hace referencia a las normas aplicables. Además del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (que reconoce a los menores en cualquier procedimiento judicial en que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social), menciona el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño y el art. 24.1 CDFUE, del que se dice «*aunque este instrumento, incorporado a la parte II del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, carece de momento de eficacia jurídica vinculante*».

<sup>3</sup> «*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*».



al art. 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que contiene la orientación sexual como una de las causas de discriminación y a las directivas que lo desarrollan.

El TC se refiere, por último, al «art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000», el cual – señala – «contempla de manera explícita la ‘orientación sexual como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación’».

### 2.3. STC 176/2008, de 22 de diciembre

Por su parte, la STC 176/2008, de 22 de diciembre, resuelve un recurso de amparo en el que se cuestionaba la decisión de los jueces ordinarios de restringir el régimen de visitas entre padre e hijo acordados en el convenio de separación. En adelante, habría una comunicación del padre y el hijo (entonces de 6 años de edad) de tres horas de duración cada quince días, en la sede del punto de encuentro fijado al efecto y con la presencia constante de un profesional del centro y de la madre del menor. Este cambio suponía una seria limitación de los encuentros padre / hijo, pues se excluía la entrega del menor a su padre los fines de semana alternativos y durante los periodos correspondientes de vacaciones.

Las resoluciones judiciales impugnadas señalan la condición de transexual del padre y el desinterés de éste por su hijo como los motivos que justifican este nuevo régimen de visitas. La demanda ante los tribunales ordinarios sostiene que la decisión judicial se debe a una discriminación hacia el padre por la circunstancia de su transexualidad. Pero este extremo es negado en la Sentencia, que afirma: «no se trata, en contra de lo que interpreta la demandada, de impedir que el padre se relacione con su hijo por el hecho de ser transexual, no se trata de discriminar por ese motivo, ni de impedir que el padre ejerza como tal con sus derechos y deberes, de lo que se trata es de buscar la solución más adecuada para el menor velando siempre por su interés y procurando buscar la resolución más adecuada a sus intereses, es decir, la que mejor le permita adaptarse a las nuevas circunstancias familiares» (FJ 3).

El TC se refiere a su doctrina sobre la prohibición de discriminación (art. 14 Constitución Española) en los mismos términos en que lo hizo en la STC 41/2006, incluyendo por lo tanto los supuestos de transexualidad<sup>4</sup>. Pero el TC señala que el

---

<sup>4</sup> La Sentencia se detiene en este punto que fundamenta en dos puntos: 1) «la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 Constitución Española el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas»; y 2) el examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE, con cita del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del TEDH sobre el mismo, art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y la doctrina dictada al efecto por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. También considera pertinente la cita del art. 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (futuro art. 19 del nuevo Tratado de funcionamiento de la Unión Europea), que se refiere a la orientación sexual como

régimen de la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código civil como un derecho tanto del progenitor como del menor y susceptible de limitarse o suspenderse si concurren «*graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial*». En este punto la Sentencia se refiere a los instrumentos internacionales sobre protección de menores: el art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, el art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño. Y el art. 24.3 CDFUE («*Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses*»).

Estas normas deben ser criterio de interpretación de los jueces al aplicar disposiciones de derecho español relativas a derechos fundamentales (art. 10.2 Constitución Española) y, en el caso concreto de los menores, por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor (art. 3). Como puede apreciarse, el TC considera que la ponderación hecha por los tribunales entre el dato de la transexualidad del recurrente y el interés del menor fue constitucionalmente correcta.

### **3. 2009-2014: la doctrina del Tribunal de justicia de la UE sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la UE: un texto vinculante. El asunto *Melloni***

El 1 de diciembre de 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la CDFUE devino obligatoria porque adquirió el mismo valor jurídico que los tratados. ¿Supuso esta circunstancia algún cambio en la forma en que el TC se refiere a ella? En cierto modo, sí, no en vano el TC formuló en este período una cuestión prejudicial sobre el alcance y la eficacia de la Carta (asunto *Melloni*).

#### **3.1. ATC 86/2011, de 9 de junio**

El TC debía resolver una demanda de amparo planteada por un italiano (S. Melloni) cuya entrega a las autoridades italianas había sido acordada por los tribunales españoles. El juicio se había celebrado en Ferrara con el Sr. Melloni declarado en rebeldía y siendo sustituido por sus abogados. La Audiencia Nacional concedió la entrega y el Sr. Melloni planteó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Fundamentaba su demanda en la doctrina de este Tribunal sobre las garantías del debido proceso (art. 24.2 Constitución Española), pues el Auto de la Audiencia Nacional accedió a la entrega en un caso de delito muy grave, dando validez a una condena en ausencia, sin someter la

---

una de las causas de discriminación. Finalmente añade que el art. 21.1 CDFUE «*contempla de manera explícita la 'orientación sexual' como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación*» (FJ 4).

entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarla para salvaguardar sus derechos de defensa.

Esta decisión se ajustaba al contenido de la Decisión Marco relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega (OEDE o euroorden), pero contrariaba la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el tema que exigía la condicionalidad de la entrega, ofreciendo por lo tanto un nivel de protección mayor a los particulares.

En este caso, en el que el derecho español ofrece un estándar de protección de los derechos fundamentales más alto que el reconocido por el sistema de la UE, ¿cómo debe operar el Tribunal Constitucional? ¿Debe atenerse a lo establecido en la Decisión Marco o, por el contrario, puede dar al particular el trato más beneficioso para sus derechos que le reconoce el derecho español? Parece claro que si la CDFUE fuera un texto internacional más, similar a un tratado internacional, se aplicaría el derecho español en razón de la cláusula de la mayor protección propia de los derechos humanos.

El Tribunal Constitucional interpuso una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Lo hizo mediante Auto de 9 de junio de 2011 en el que, entre otras cuestiones, pregunta al TJUE cómo interpretar el artículo 53 CDFUE, que afirma que *«ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros (...), así como por las constitucionales de los Estados miembros»*<sup>5</sup>.

El Auto adelanta dos posibles soluciones. Según la primera, por la que muestra su preferencia, el art. 53 CDFUE es una cláusula de estándar mínimo de protección, que permitiría a un Estado miembro justificar una excepción a la obligación de ejecución de una OEDE o, como ocurre en este caso, justificar la licitud de su ejecución condicionada; en otras palabras, una cláusula de estándar mínimo de protección que permitiría desplazar la protección de los derechos fundamentales ofrecida por la UE a favor de la protección constitucional interna en aquellos casos en los que esta última sea mayor [FJ 7, puntos a) y c)]. La segunda posible interpretación consiste en afirmar que la finalidad del art. 53 CDFUE es delimitar el ámbito de aplicación de la Carta, de tal manera que fuera del ámbito de aplicación de ésta, el DUE no impide el despliegue de la protección constitucional que los derechos fundamentales merezcan en cada Estado. Pero – se entiende – tal despliegue estaría prohibido dentro del ámbito de aplicación de

---

<sup>5</sup> «3ª En el caso de que la segunda cuestión se responda afirmativamente, ¿permite el art. 53, interpretado sistemáticamente en relación con los derechos reconocidos en los arts. 47 y 48 de la Carta, a un Estado miembro condicionar la entrega de una persona condenada en ausencia a que la condena pueda ser sometida a revisión en el Estado requirente, otorgando así a esos derechos un mayor nivel de protección que el que se deriva del Derecho de la Unión Europea, a fin de evitar una interpretación limitativa o lesiva de un derecho fundamental reconocido por la Constitución de ese Estado miembro?». Creo que, dado el interés que para el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales presentan las preguntas que formula - especialmente la tercera -, supone en sí mismo una importante contribución del TC al sistema comunitario de garantía de los derechos fundamentales y refuerza su posición en el diálogo judicial sobre el que se estructura el sistema judicial del DUE.

la Carta, aunque ello suponga reducir el nivel de protección de los derechos fundamentales de los particulares [FJ 7, punto b)]<sup>6</sup>.

### 3.2. STC 173/2011, de 7 de noviembre

Apenas 5 meses después de interpuesto la cuestión prejudicial, el TC aprobó la sentencia 173/2011, de 7 de noviembre.

El demandante era autor de un delito de distribución de pornografía infantil a quien se le estropeó el ordenador personal portátil. El informático encargado de repararlo descubrió material de naturaleza pedófila en su interior, poniéndolo en manos de la policía. El portátil fue intervenido y su contenido examinado por parte de la policía sin la pertinente autorización judicial.

Tras exponer la doctrina constitucional sobre los derechos a la intimidad personal y a la protección de los datos personales, el TC se refiere al derecho internacional y europeo sobre la materia vigente para España. Menciona así el Convenio del Consejo de Europa de 1981 y ciertas recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Y añade: *«En este mismo orden de cosas debe citarse la acción normativa desarrollada por la Unión Europea, entre la que destaca el art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, diversas resoluciones del Parlamento Europeo y jurisprudencia tanto del Tribunal de Justicia como del TEDH»*.

En fin, de entre las 2 soluciones que en el Auto de planteamiento de la cuestión prejudicial propuso al TJUE, el TC parece decantarse claramente por la primera. No sólo, al igual que en los primeros casos, se limita a recurrir al art. 10.2 Constitución Española y a incluir la CDFUE como una expresión más del derecho internacional de los derechos humanos vigente para España, sino que no tiene en cuenta que estamos ante una materia que está dentro del ámbito competencial de la UE y obvia el importante desarrollo normativo de la UE en el derecho de protección de datos personales.

### 3.3. Sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2013

Mediante Sentencia de 26 de febrero de 2013, el TJ dio respuesta a la cuestión prejudicial que le planteó el TC español. El Tribunal de Luxemburgo parte del

---

<sup>6</sup> En rigor, el Auto señala una tercera posibilidad, que resulta confusa y no es más que la integración de las anteriores: *«el art. 53 CDFUE operaría, bien como una cláusula de estándar mínimo de protección – capaz, por tanto de ser desplazada por una disposición constitucional interna que proteja más intensamente el correspondiente derecho fundamental -, o bien como una cláusula que impone una solución común uniforme en todo el territorio – aun a costa de posibilitar, en su caso, una reducción del nivel de protección de los derechos fundamentales»* [FJ 7, punto c)].

presupuesto de que los derechos fundamentales son expresión de la identidad de la UE y que, por lo tanto, rigen en el ámbito de actuación de la UE y obligan tanto a las Instituciones de la Unión como a los órganos de los Estados miembros que aplican normativa de la UE.

Así, el juez nacional que desarrolla funciones de juez comunitario debe examinar si la normativa aplicable al caso deja margen de actuación a los Estados. De no ser así, el estándar de protección de los derechos fundamentales que deberá tomar en cuenta es la propia Carta; por el contrario, si la norma ofrece un margen de actuación para los Estados miembros, los estándares nacionales de protección podrán ejercer de forma visible una función en la labor de tutela de los derechos fundamentales ante el poder público nacional que aplica el Derecho de la UE (si bien con el límite de que no podrán condicionar ni el nivel de protección de la Carta –a la luz de la interpretación dada por el TJ-, ni la primacía, unidad y efectividad del Derecho de la Unión).

Al aplicar esta doctrina al asunto *Melloni*, el TJ sostiene que la adopción de la OEDE se enmarca dentro de las competencias de la UE y que, de acuerdo con el art. 51 CDFUE (ámbito de aplicación), tanto el control jurisdiccional de la misma como el de los actos de su aplicación nacional (legislativa, ejecutiva o judicial) están sometidos a la Carta y corresponde a los tribunales nacionales. En consecuencia, la Audiencia Nacional actuó correctamente al ejecutar la OEDE y actuar como juez comunitario. Se limitó, como tenía que hacerlo, a aplicar la Decisión Marco (y la ley española de trasposición) y quedó sujeta primariamente a la CDFUE.

Pero el TC no pareció en un primer momento acatar esta doctrina. Así se deduce al menos de las SSTC 186/2013 y 26/2014, que se estudiarán acto seguido.

### **3.4. STC 186/2013, de 4 de noviembre**

La Sentencia 186/2013 deniega el amparo solicitado por una ciudadana argentina y madre de una menor de nacionalidad española nacida en el año 2006. La Administración había ordenado su expulsión por haber entrado en territorio español sin la documentación requerida y haber cumplido una pena de prisión por un delito de tráfico de drogas. La legalidad de la expulsión fue confirmada en vía contencioso-administrativa.

La demanda de amparo sostiene que la Administración y los tribunales españoles, al rechazar no tomar en cuenta la “situación de arraigo” que alega la actora y al no anular la resolución administrativa de expulsión, han vulnerado, entre otros, el art. 18.1 Constitución Española (derecho a la intimidad personal y familiar).

La Sentencia afirma que el art. 18 Constitución Española no reconoce un derecho a la vida familiar equiparable al que enuncian los artículos 8 CEDH y 7 CDFUE (FJ 5); de hecho, el art. 18 Constitución Española da a estos derechos un alcance mucho más limitado.

Pues bien, la STC 186/2013 impone el alcance más limitado del derecho de la Constitución, se aparta expresamente de la jurisprudencia del TEDH y no menciona el art. 10.2 Constitución Española como obligado criterio hermenéutico del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución Española reconoce. Ello no deja de ser grave, habida cuenta de que el Tribunal de Estrasburgo recién había condenado a España en un supuesto similar (Sentencia de 10 de abril de 2012, asunto *K.A.B. c. España*). Lógicamente, el TC tampoco menciona el art. 7 CDFUE y sólo se refiere a la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar de forma indirecta, sin proceder a su lectura o citación<sup>7</sup>.

Como ya se ha dicho, al dictar esta Sentencia, el TC ya conocía la doctrina del TJ sobre la Carta y sabía que en este caso se hallaba dilucidando sobre una materia propia de un ámbito regulado por la UE al que, en consecuencia, resultaba de aplicación la CDFUE. A mayor abundamiento, la cuestión no parecía inquietar la doctrina clásica del TC, pues el nivel de protección otorgado por la CDFUE resultaba mayor que el del derecho español. A pesar de lo dicho, guardó silencio.

### 3.5. STC 26/2014, de 13 de febrero

Mediante esta sentencia, el TC resolvió el recurso que dio origen al asunto *Melloni*. En concordancia con la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo, otorgó el amparo solicitado. Sin embargo, la STC 26/2014 no se hizo eco del planteamiento del TJ ni expuso las razones por las que no lo sigue.

El TC desatendió los criterios fijados por el TJ y, lejos de asumir que los derechos fundamentales de la UE son el parámetro que debe tener en cuenta el juez nacional cuando actúa como juez comunitario, recurre al artículo 10.2 Constitución Española – pese a no citarlo expresamente – como vía para revisar, a la baja, su doctrina. El canon de constitucionalidad que aplica para redefinir el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías que despliega eficacia *ad extra* es el integrado por los tratados y acuerdos internacionales sobre protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas rarificados por España, entre los que se encuentran el CEDH y la CDFUE y la jurisprudencia del TEDH y del TJUE.

De acuerdo con la Sentencia 26/2014, la recepción de las normas de protección de los derechos fundamentales de la UE por parte del TC se realizará – indistintamente de cuál sea el ámbito competencial en el que nos encontremos y de que la norma comunitaria deje margen de actuación al legislador estatal – por la vía prevista en el art.

---

<sup>7</sup> «Esta decisión, si bien permite a los Estados miembros denegar una solicitud de entrada y de residencia de los miembros de la familia, retirar el permiso de residencia, denegar su renovación, o dictar una decisión de devolver al reagrupante o un miembro de su familia “por razones de orden público, seguridad pública o salud pública” (art. 6.1) exige que esta decisión se realice mediante criterios de ponderación y proporcionalidad, y tomando “debidamente en cuenta la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares de la persona y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen» (art. 17).



10.2 Constitución Española, no mediante la consideración de la CDFUE como parámetro directo.

#### **4. 2014-2020: desatendiendo la doctrina del Tribunal de justicia de la UE sobre la Carta de Derechos Fundamentales**

Las siguientes sentencias nos descubren un Tribunal Constitucional que, de un modo u otro, persiste en su entendimiento de que el art. 10.2 Constitución Española es la vía para la integración de los derechos enunciados en la CDFUE en el derecho español, sin considerar el ámbito material del asunto objeto de examen.

##### **4.1. STC 31/2014, de 24 de febrero**

Pocos días después de la STC 26/2014, el TC se refiere de nuevo a la CDFUE en un caso de discriminación por razón de sexo. Una trabajadora del Centro Nacional de Inteligencia había sido cesada del organismo cuando estaba embarazada. La demandante recurrió la resolución y la jurisdicción contencioso-administrativa desestimó su pretensión, basándose en el carácter confidencial de los informes desfavorables sobre el rendimiento de la recurrente. Según su parecer existe un panorama indiciario de discriminación suficiente que no fue desvirtuado por la acreditación de que el cese obedeció a razones objetivas y ajenas por completo a cualquier ánimo discriminatorio. La Sentencia bascula sobre el desplazamiento al demandado del *onus probandi*. El TC cree que en este caso se dan las circunstancias que justifican este desplazamiento.

En su razonamiento el TC se refiere a su doctrina sobre el contenido del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, sin hacer mención a ningún tratado internacional y, por supuesto, tampoco a la CDFUE.

##### **4.2. STC 58/2018, de 4 de junio**

Algo similar ocurre en la STC 58/2018, de 4 de junio. El diario *El País* publicó en los años 80 la noticia de la condena por tráfico de drogas y la condición de toxicómanos de los que hoy son recurrentes en amparo. Ocurrió que en 2007 *El País* estableció el acceso gratuito a su hemeroteca digital, de manera que, al introducir los nombres y apellidos de los recurrentes, Google mostraba esta noticia como primer resultado.

Las Sentencias del Juzgado, de la Audiencia Provincial de Barcelona y del Tribunal Supremo resolvieron esa cuestión en la línea de lo resuelto por la STJUE en el asunto *Google* (Gran Sala, 13 de mayo de 2014, asto. C-131/12) y fallaron favorablemente a la “desindexación” de la noticia de los motores de búsqueda.

El TC presenta las cosas de forma diferente. En su opinión, lo relevante es el rechazo de *El País* a ocultar los nombres de los recurrentes en amparo o a “oscurecerlos” a través del uso de las iniciales. De ahí que considere que el conflicto no se refiere a los motores de búsqueda, sino que está circunscrito al uso de nombres propios como criterio de búsqueda y localización de noticias en una hemeroteca digitalizada. En otras palabras, el TC plantea el asunto como una colisión entre el derecho a la supresión de datos de una base informatizada (art. 18.4 Constitución Española), en relación mediata e instrumental con la garantía del derecho al honor y la intimidad de las personas a las que conciernen los datos (art. 18.1 Constitución Española), por una parte, y las libertades informativas ex artículo 20.1 d) Constitución Española, por otra.

Interesa destacar que el TC apenas se refiere al art. 17 del Reglamento General de Datos Personales (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016), que ya estaba en vigor. Dicho de otro modo, el TC no está considerando que esta materia entra dentro del ámbito competencial de la UE y que ésta ha legislado sobre el tema. Olvida también que estos derechos están recogidos en el Tratado, cuyo art. 52.2 CDFUE establece: «*Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos*».

#### **4.3. STC 3/2019, de 14 de enero**

Esta sentencia resuelve un recurso de amparo planteado por quien iba a ser extraditado a los Estados Unidos. El asunto había sido objeto de enjuiciamiento en España (los tribunales lo habían sobreseído por falta de indicios). El recurso de amparo planteaba que conceder la extradición para ser juzgado en los Estados Unidos era contrario al artículo 24 Constitución Española pues vulneraba la garantía del *ne bis in idem* procesal.

El TC concedió el amparo y sostuvo que, en efecto, esta garantía (*ne bis in idem*) es de aplicación al ámbito concreto de la cooperación jurídica internacional en los supuestos en que la persona reclamada lo es por hechos que ya hubieran sido objeto de enjuiciamiento penal en España. El TC añade que así lo prevén tanto la Ley española de Extradición Pasiva como los tratados internacionales de extradición, en concreto, el Convenio europeo de extradición y el Tratado bilateral de extradición con los Estados Unidos.

Es de destacar que en este repaso de la legislación aplicable al caso el TC se refiere a la normativa comunitaria<sup>8</sup>, indicando que el Tribunal de Justicia ha puesto en

---

<sup>8</sup> Art. 3 de la Decisión marco JAI/584/2002, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros; y correlativo art. 32 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, así como al artículo 54 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.



conexión esta regulación con la prohibición del *ne bis in idem* establecida en el artículo 50 de la CDFUE.

Pero, en fin, la mención a la CDFUE se realiza de nuevo como parte del conjunto de normas internacionales vigentes para España que incluyen la garantía de *ne bis in idem*. Es una referencia innecesaria porque estamos al margen de los ámbitos materiales de la acción comunitaria y que nada aporta al razonamiento del Tribunal, salvo el introducir un elemento de comparación para deducir su eventual aplicación al caso que se considera.

## **5. 2020: una aceptación paulatina de la doctrina del Tribunal de justicia de la UE sobre la Carta de Derechos Fundamentales**

Durante este año 2020 se han sucedido sentencias que adoptan posturas contrarias en relación con la aceptación de la doctrina del TJUE respecto de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. En ocasiones, como en la STC 26/2020, parece ajustarse a esta doctrina; otras veces, el Tribunal duda del camino a seguir (STC 132/2020), para luego rechazarlo (STC 147/2020) y finalmente ajustarse plenamente a él (STC 180/2020). Aunque con oscilaciones evidentes el año 2020 permite preguntarse al menos si existe una aceptación paulatina de la doctrina del TJ sobre la CDFUE.

### **5.1. STC 26/2020, de 24 de febrero**

Esta Sentencia se ajusta a la doctrina del TJ. El recurrente fue notificado por edictos de un procedimiento de ejecución de una condena declarada por sentencia firme. Con posterioridad, se certificó el auto de despacho de ejecución como título ejecutivo europeo. Tras tener conocimiento extraprocesal del procedimiento de ejecución, el recurrente se personó y formuló un incidente de revocación del título ejecutivo europeo, que fue desestimado.

El TC otorgó el amparo al entender que se habían vulnerado los derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías (art. 24 Constitución Española). En primer lugar, porque la notificación del proceso de ejecución se llevó a cabo mediante edictos sin haberse intentado siquiera la notificación personal. En segundo lugar, sobre todo, porque se habían infringido las garantías establecidas por la jurisprudencia comunitaria en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial del artículo 47.f.6) CDFUE. El TC advierte que en la certificación del auto de ejecución como título ejecutivo europeo (al tratarse de la aplicación de una norma comunitaria), el órgano judicial debió tener en cuenta dicho parámetro de garantías, en virtud del cual no se pueden certificar como título ejecutivo europeo las resoluciones dictadas en rebeldía sin haberse determinado previamente el domicilio del deudor.

## 5.2. STC 132/2020, de 23 de septiembre

Esta Sentencia resuelve un recurso de amparo interpuesto por un nacional colombiano que fue entregado para ser juzgado en Colombia en virtud del Tratado bilateral de extradición firmado entre España y Colombia. El recurrente alega que las resoluciones judiciales violaron su derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 Constitución Española), al haberse acordado la extradición para el cumplimiento de una pena privativa de libertad impuesta en un procedimiento desarrollado en su ausencia sin someter la entrega a la condición de que pueda impugnar dicha condena en salvaguarda de su derecho de defensa. El TC otorga el amparo.

La cuestión que plantea el recurso es cuál es la doctrina aplicable al caso de una concesión de una extradición a Colombia. Porque el TC mantiene dos posiciones. Por un lado, la doctrina tradicional sobre la extradición recogida en la STC 91/2000, de 30 de marzo, según la cual:

- Constituye una vulneración «indirecta» de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 Constitución Española, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana, acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa [FJ 14].
- El derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial desde la perspectiva del art. 24 Constitución Española (arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 6.3 c) CEDH) [FJ 13].
- En determinadas condiciones, atendiendo a intereses que son dignos de protección, puede admitirse la condena en ausencia. Pero la efectividad de la condena debe quedar supeditada a que exista una posibilidad de impugnación posterior, esto es, una vez sea habido el condenado, que resulte suficiente para subsanar el déficit de garantías que, en el caso concreto, haya podido causar la falta de presencia en la vista [FJ 13].

Como se recordará, la STC 26/2014 (que resolvió el recurso de amparo planteado por S. Melloni) modificó a la baja esta doctrina, adaptándola a lo previsto en la normativa de la UE sobre euroorden, de tal modo que *«no vulnera el contenido absoluto del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 Constitución Española), la imposición de una condena sin la comparecencia del acusado y sin la posibilidad ulterior de subsanar su falta de presencia en el proceso penal seguido, cuando conste que la falta de comparecencia en el acto del juicio ha sido decidida de forma voluntaria e inequívoca, por un acusado debidamente emplazado, y éste haya sido efectivamente defendido por letrado designado»*.

Esta doctrina reformada, ¿solo es de aplicación a los supuestos de euroorden (y, por lo tanto, no resulta aplicable en este caso) o, por el contrario, también debe extenderse a

los supuestos de extradición a terceros países, que no comparten el mismo sistema de garantías jurisdiccionales que España?

La STC 132/2020 es confusa, pues no resuelve con claridad esta pregunta. Tras recordar que la sentencia del TJ analizó la caracterización del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 Constitución Española) en el marco de procesos de entrega en ejecución de una euroorden, establece que la euroorden y la extradición son herramientas de cooperación judicial distintas, pues «*no se basan en los mismos principios sustentadores*».

Pareciera que el Tribunal va a concluir que las exigencias constitucionales pueden ser distintas según estemos en el ámbito de la extradición o en el de la euroorden.

Sin embargo, a continuación, la Sentencia inopinadamente procede a analizar la jurisprudencia tanto del TEDH como del TJUE sobre la materia y la aplica al caso de la extradición a Colombia, concluyendo que se había vulnerado el derecho a un proceso con las debidas garantías porque «*no consta la renuncia inequívoca a estar presente del demandante en amparo*» y porque éste no tuvo «*un conocimiento efectivo del día y lugar de su celebración*» (FJ 4).

Creo que lleva razón el Magistrado A. Ollero cuando en su voto particular afirma que «*varios pasajes de ese fundamento jurídico (4) dan a entender que las exigencias constitucionales pueden ser distintas para los regímenes de extradición y de euroorden, lo que está en abierta contradicción con la posición razonada y aplicada después, consistente en mantener que el canon constitucional es único, tal como resolvió la STC 26/2014, de 13 de febrero, sobre el popularizado caso Melloni*». Por lo demás, es criticable que el TC extienda la doctrina aplicable a la OEDE a los casos de extradición, obviando el contenido del tratado de extradición (la voluntad de las partes) y otras consideraciones igualmente importantes como, por ejemplo, el grado de confianza que merece el sistema penal de la extradición.

### **5.3. STC 147/2020, de 19 de octubre**

Pues bien, la STC 147/2020, de 19 de octubre, vuelve a otorgar el amparo a un recurrente nacional de Colombia cuya extradición a Colombia para su enjuiciamiento fue aprobada por la Audiencia Nacional. En este caso, la cuestión determinante consistía en que la Audiencia había aceptado como fundamento de la petición de extradición un escrito de acusación presentado por la Fiscalía colombiana. El Tribunal Constitucional no aceptó este escrito de acusación de la Fiscalía como fundamento de la petición y consideró que no era equiparable a un acto judicial.

Todo el proceso se centraba en el análisis del Convenio bilateral de extradición entre España y Colombia y, en particular, el art. 8.2 que regula las exigencias documentales de la solicitud de extradición, así como la Ley de Extradición Pasiva.

Y, sin embargo, sin que la materia, como se ha visto, roce siquiera el ámbito competencial de la UE, el FJ 7 de la Sentencia recurre al análisis de la jurisprudencia

del TJUE en aplicación de la CDFUE. Lo hace con el siguiente argumento: *«la idea de que la verificación de la calidad y consistencia del juicio de proporcionalidad y necesidad de la entrega efectuado en origen es parámetro indisociable de la tutela judicial efectiva constituye el hilo conductor de las sentencias que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado al dar contestación a las solicitudes de interpretación prejudicial del artículo 6.1 (autoridad emisora) y de otros aspectos de la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009»*.

El TC, que recuerda la diferencia *«entre un sistema simplificado de entrega de personas condenadas o sospechosas basado en la libre circulación de decisiones judiciales en materia penal en el espacio común de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea (considerando 5 de la Decisión marco 2002/584), y el sistema clásico de extradición»*, cree que, pese a estas diferencias, existe un parámetro compartido de interpretación de los requisitos de funcionamiento de cada sistema por lo que afirma *«el valor hermenéutico de los criterios sentados por el TJUE sobre el contenido del derecho a un proceso equitativo recogido en la CDFUE»* (FJ 4).

Una vez más el TC yerra en su planteamiento. Esta aplicación de la CDFUE y de la jurisprudencia del TJ que la interpreta y aplica a un caso absolutamente ajeno al ámbito competencial de la UE no es en absoluto obligada – no viene impuesta por el Tratado ni por la Sentencia del TJ – y resulta contraproducente para los intereses de los demandantes. Ciertamente, al conceder la extradición, se reduce el nivel de garantía exigible. Además, se aplican principios compartidos por los Estados europeos a un supuesto en el que una de las partes no lo es, por lo que se olvida que la extradición bilateral viene regulada por tratados bilaterales que responden a los intereses de los Gobiernos y a los principios procesales que les son comunes y que están explícitamente recogidos en el tratado bilateral de extradición.

#### **5.4. SSTC 13/2017, de 30 de enero, 21/2018, de 5 de marzo, 83/2019, de 17 de junio, y 180/2020, de 14 de diciembre**

Estas Sentencias resuelven los recursos de amparo interpuestos por diversos demandantes que creían vulnerado su derecho a acceder a determinados materiales del expediente sancionador abierto contra ellos en el entendido de que estos materiales eran necesarios para articular una adecuada defensa frente a la privación de libertad (art. 24.2 y art. 17.1 y 3 Constitución Española). Las demandas vinculan las quejas a la directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales, que fue transpuesta al Derecho español mediante la LO 5/2015, de 27 de abril, y Ley 13/2015, de 5 de octubre, de reforma de Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la LOPJ.

El TC explica bien el origen de esta normativa y los motivos que llevaron a su aprobación por la UE: *«La importancia de dichas garantías como mecanismo de protección de los derechos de las personas sospechosas de haber cometido un delito ha justificado que, con el objetivo de mantener y desarrollar un espacio común de libertad, seguridad y justicia, también la Unión Europea, a través de las Directivas 2010/64/UE, de 20 de octubre, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales, 2012/13/UE, de 22 de mayo, relativa al derecho a la información en los procesos penales, y 2013/48/UE, de 22 de octubre, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales, haya dictado normas precisas, mínimas y comunes sobre las mismas que se dirigen a facilitar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas en materia penal»*. Específicamente, el artículo 6.2 de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, con apoyo en los artículos 6 y 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone: *«Los Estados miembros garantizarán que toda persona sospechosa o acusada que sea detenida o privada de libertad sea informada de los motivos de su detención o privación de libertad, incluida la infracción penal que se sospecha que ha cometido o de la que se le acusa»*.

La concreción legal de dichas garantías se recoge de forma detallada en la nueva redacción de la Ley de enjuiciamiento criminal, operada por las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril, y 13/2015, de 5 de octubre, mediante las que se han transpuesto a nuestro ordenamiento jurídico las citadas Directivas. Con carácter general, la nueva regulación legal reconoce a toda persona a quien se atribuya un hecho punible el derecho a ser informado de los hechos que se le atribuyan (art. 118.1 a]) y también el derecho a examinar las actuaciones con la debida antelación para salvaguardar el derecho de defensa, momento que debe ser en todo caso anterior a que se le tome declaración (art. 118.1 b]). El artículo 302 LECrim establece las limitaciones a este derecho de acceso al expediente que, de forma temporal, declarando total o parcialmente secretas las actuaciones del procedimiento, puede establecer el Juez de Instrucción para garantizar el resultado de la investigación o evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona (STC 21/2018, FJ 5).

Es lo cierto que mediante esta directiva se da un perfil nuevo al espacio que la Constitución Española reconoce a los derechos a ser informado y a acceder a aquellos elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad en causa no declarada secreta. Las demandas planteadas permitieron al TC detallar el alcance constitucional de estos derechos tanto en relación con detenciones policiales sometidas a control judicial por medio de un *habeas corpus* (SSTC 13/2017 y 21/2018) como para los casos en los que, encontrándose la causa bajo secreto sumarial (art. 302 LECrim), el detenido ha pasado a disposición judicial y corresponde decidir sobre su situación personal, convocándose a tal fin la comparecencia del art. 505 LECrim. (STC 180/2020).

Pues bien, en estas sentencias el TC va a referirse a la ley española, a la directiva y a la CDFUE. Siendo consciente de que se trata de un ámbito material que es

competencia de la UE, el TC no trata la Carta como un texto internacional ajeno que sirva como criterio de interpretación por la vía del art. 10.2 Constitución Española. Por el contrario, el TC considera el DUE como el derecho aplicable y para su interpretación correcta recurre a los criterios hermenéuticos que le ofrece el DUE: los considerandos de la directiva, la CDFUE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

## 6. Consideraciones finales

Nos preguntábamos al comienzo del trabajo ¿cómo ha aplicado el TC la CDFUE? En un principio, cuando la Carta no era un instrumento jurídicamente vinculante, recurrió a la misma como si de un instrumento internacional de derechos humanos se tratara, en virtud del artículo 10.2 Constitución Española, citando la Carta junto a tratados internacionales, muy en particular, pero no únicamente, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. A veces este recurso a la Carta poseía un carácter ornamental; otras, en cambio, permitió al Tribunal completar el contenido de un determinado derecho fundamental.

En 2011, cuando la Carta poseía ya carácter obligatorio, el TC preguntó al TJUE sobre el alcance de la Carta y sobre cómo resolver la situación en que las garantías ofrecidas por el derecho nacional son mayores que las propias del ordenamiento de la UE. El TJ sostuvo que, dentro de las competencias de la UE, la Carta resulta aplicable.

Pero el TC no pareció acatar esta doctrina, persistiendo en el recurso al art. 10.2 Constitución Española como vía para la incorporación en España de los derechos y libertades de la Carta. Así actuó incluso en la Sentencia 26/2014 por la que resuelve el asunto que le llevó a plantear cuestión prejudicial (asto. *Melloni*).

Sólo en 2020 parece vislumbrarse – aunque con oscilaciones - una aceptación paulatina de la doctrina del TJUE sobre la CDFUE y un entendimiento de que la Carta no es un tratado internacional de protección de los derechos humanos sino el catálogo de derechos fundamentales de la UE, que informa la actuación no sólo de las instituciones de la UE sino también de la administración y los tribunales españoles cuando aplican el Derecho de la Unión.

**ABSTRACT:** Desde 2000, cuando fue adoptada en Niza, hasta 2020 el Tribunal Constitucional de España se ha referido con cierta extensión a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en 28 procedimientos de amparo. Este trabajo estudia estas resoluciones (27 sentencias y 1 auto) para analizar cómo el Tribunal Constitucional ha aplicado la Carta durante estos años y, si al hacerlo, ha tomado en cuenta la auténtica naturaleza de este texto que no es tanto un tratado de protección de derechos humanos cuanto el catálogo de derechos fundamentales de la Unión Europea.

KEYWORDS:. Unión Europea – Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea – Tribunal Constitucional de España – tratados de derechos humanos – recurso de amparo

THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION IN THE CASE-LAW OF THE SPANISH CONSTITUTIONAL COURT IN AMPARO PROCEEDINGS

ABSTRACT: Since its adoption in Nice in 2000 and until 2020, the Spanish Constitutional Court has issued within the framework of appeals for amparo 28 resolutions in which it has referred to the Charter of Fundamental Rights of the European Union. This paper analyzes all these resolutions to find out how the Charter has been applied and if in this time the Constitutional Court has finally recognized the unique nature of the Charter, which is not a treaty for the international protection of human rights, but the catalog of fundamental rights of the European Union.

KEYWORDS: European Union – Charter of Fundamental Rights of the European Union – Spanish Constitutional Court – Human rights treaties – Appeals for amparo.