

Seminario sobre “Protección multinivel de los derechos humanos”
Antigua, Guatemala, 5 a 7 junio 2017.

MEMORIA Y METODOLOGÍA

Objetivo y metodología del seminario.

A los derechos reconocidos en la Constituciones nacionales, tutelados por los Tribunales y Cortes Constitucionales de cada país, se suman los consagrados en los Convenios supranacionales de derechos humanos, cuya salvaguardia se atribuye a su vez a Tribunales de ámbito supranacional. Esta protección multinivel de los derechos humanos constituye un modelo de tutela complejo, con rasgos y problemas específicos que requieren ser convenientemente acoplados. En materia de protección de los derechos humanos, la articulación de los ordenamientos y órganos de garantía de cada país plantea dificultades prácticas que necesitan de una reflexión y búsqueda de soluciones, siendo de gran utilidad el intercambio de conocimientos. La intención es, por tanto, crear un foro de puesta en común y reflexión sobre la dimensión multinivel de la protección de los derechos humanos, a fin de mejorar la interrelación entre los ordenamientos y Tribunales nacionales y supranacionales. En concreto, en relación con el principio de igualdad y los derechos sociales. Se remite a los participantes, con la intención de facilitar la información sobre la regulación sobre la problemática que en sus respectivos países plantea la protección multinivel de los derechos y libertades así como su puesta en común, un cuestionario sobre los puntos a abordar en las diferentes jornadas de trabajo. Cada sesión del seminario constará de una ponencia introductoria, una exposición de la situación por países y una fase de debate. Dichas ponencias se referirán a los siguientes temas:

I. La protección supranacional de los derechos fundamentales.

Como es sabido, el Derecho internacional consagra y reconoce los derechos humanos a través de toda una serie de instrumentos de naturaleza bien diversa (tratados, convenciones, pactos, declaraciones, protocolos, acuerdos, resoluciones, etc.), en virtud de los cuales los Estados firmantes se comprometen a promover, proteger y garantizar unos valores universales mínimos.

En Europa occidental, puede decirse que desde el final de la Segunda Guerra Mundial, se han ido elaborando distintos instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos y el primer gran instrumento lo supuso la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, que se convirtió en el punto de partida para la conclusión de posteriores tratados y convenios con el propósito último de construir un espacio de convivencia pacífica y duradera en el que los derechos humanos reciban un tratamiento que garantice su protección efectiva. En esa dirección, en noviembre de 1950 se firma en Roma el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En esa misma década de los años cincuenta, también se crea la Comunidad Económica Europea (CEE) cuyo tratado constitutivo (Roma 1957) persigue la integración europea, si bien no promulga una Carta de derechos, sí incorpora a través de la creación del Tribunal de Justicia (TJUE) un catálogo de derechos fundamentales (civiles, económicos y sociales), respecto de los cuales se coincide ya tempranamente en la necesidad de interpretarlos uniformemente. La razón es clara: dejar su interpretación en manos de los jueces nacionales mediante la sola aplicación de la legislación de cada uno de los Estados miembros puede quebrar la unidad del mercado común y poner en peligro la cohesión de la Comunidad Europea.

Tras adoptarse el CEDH, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa comienza a reflexionar sobre la necesidad de elaborar un texto que, en el ámbito social, resultara ser a nivel europeo el “homólogo” del Convenio de Roma, promulgándose finalmente la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que desde el 1 de diciembre de 2009 tiene el mismo valor jurídico que los Tratados europeos.

La principal característica de este marco normativo de pluralismo constitucional radica en la naturaleza imperativa de sus normas, por lo que se impone a todos los Estados un diálogo que atienda a las elaboraciones jurisprudenciales de los demás para aplicar el Derecho propio, dado que no existe una relación jerárquica entre las distintas jurisdicciones internacionales, supranacionales e internas.

Conviene insistir en el hecho de que el sistema de protección de los derechos fundamentales es un sistema que no está unificado en un ordenamiento presidido por una sola Constitución o Carta, sino que está integrado por una estructura múltiple, construida en distintos niveles. Un sistema donde cada fuente normativa no depende de otra, pero están conectadas entre sí: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Constituciones domésticas.

Tal pluralidad origina que en Europa, actualmente, se pueda afirmar que existen como mínimo tres niveles en los que se reconocen y protegen los derechos humanos: el nivel nacional, el supranacional y el internacional y es precisamente la existencia de tal pluralidad de catálogos y de jurisdicciones encargadas de la defensa de los derechos fundamentales la que origina una serie de interrogantes en relación con el funcionamiento práctico del sistema de protección. Un ejemplo paradigmático es el que se plantea la función que deben desempeñar el Tribunal Constitucional nacional y los jueces ordinarios nacionales en ese contexto de tutela multinivel de derechos.

Cabe subrayar que paralelamente parecida diversidad de niveles de protección de los derechos humanos que en el contexto europeo se ha ido fortaleciendo progresivamente desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos, se ha venido desarrollando en América Latina tras el Pacto de San José y la creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Llegados a este punto hay que subrayar que con la expresión “tutela multinivel” se alude al entramado de mecanismos de protección de derechos y libertades y a las relaciones existentes entre los organismos nacionales e internacionales y/o

supranacionales que se encargan de su fiscalización. Los derechos de la persona, en este sentido, además de encontrar tutela en cada uno de los órganos estatales creados al efecto, obtienen actualmente, en virtud de los tratados y convenciones internacionales una protección a nivel supranacional e internacional.

Es cierto que la existencia de esta pluralidad de mecanismos de garantía puede contemplarse, en cierta medida, como una limitación de los Estados a la hora de ejercer su soberanía e independencia en la protección de los derechos, que conlleva conflictos competenciales entre los distintos órganos encargados por velar por los derechos humanos. También lo es que los riesgos de la confluencia de una multiplicidad de catálogos de derechos y de órganos jurisdiccionales encargados de su ejercicio puede poner en peligro la eficacia del sistema de tutela multinivel por un incorrecto cumplimiento de las funciones que cada uno de estos órganos tiene encomendada. Sea como fuere, se debe afirmar que la europeización de las jurisdicciones constitucionales y el aseguramiento de un principio de cooperación en el establecimiento de un orden constitucional europeo elevan visiblemente la garantía de los derechos fundamentales.

II. La protección de los derechos fundamentales a nivel nacional.

El respeto de los derechos humanos no solo depende de la protección que puedan ofrecer los sistemas internacionales. Es especialmente importante la protección ofrecida por los jueces y tribunales nacionales. Esta tutela se sustenta en el principio de subsidiaridad según el cual compete al Estado la responsabilidad principal de respetar y hacer respetar los derechos y libertades fundamentales, de modo que, solo en caso de que los órganos de garantía de carácter nacional frustren o incumplan este cometido, intervienen las normas e instituciones de ámbito supranacional, que actúan, siempre y por tanto, de manera subsidiaria.

Por lo que se refiere a España, el recurso de amparo constitucional es tan sólo un mecanismo de tutela de los derechos y libertades de las personas de naturaleza subsidiaria

y objetiva. Quiere ello decir que son los jueces y tribunales ordinarios los garantes naturales de los derechos fundamentales. A ellos corresponde la protección primera de los derechos, y sólo cuando los demandantes entiendan que no se ha reparado la lesión de los derechos padecido podrán acudir al Tribunal Constitucional, a nivel estatal, o a los tribunales supranacionales y/o internacionales.

Respecto a las relaciones existentes entre el Tribunal Constitucional y los órganos judiciales de la jurisdicción ordinaria, en los más de treinta y cinco años de existencia del Tribunal Constitucional no puede negarse que hayan existido tensiones entre ambas jurisdicciones (y no sólo con el Tribunal Supremo), si bien este fenómeno no debe contemplarse como una patología o guerra entre las distintas Cortes. Conviene advertir que estas tiranteces no surgen de un conflicto de jurisdicción o competencia, aunque a veces coinciden “*ratione materiae*” (se trata pues de zonas secantes y zonas tangentes: de un desdoblamiento de jurisdicción, pero con carácter vertical), sino que sus causas pueden encontrarse en varios factores. En primer lugar, en la riqueza material de los derechos fundamentales y de las libertades públicas recogidas en la Constitución de 1978. La extraordinaria constitucionalización de materias en nuestra Norma Fundamental - directamente aplicable como norma legal- y, más en concreto, la amplitud del ámbito objetivo de la Sección la del Capítulo II del Título Preliminar, más el artículo 30, y, dentro de este ámbito, el extenso contenido del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, origina que las posibilidades de fricción sean también altas. Igualmente hay que destacar la amplísima legitimación activa establecida en la LOTC y el comportamiento de los ciudadanos que en muchas ocasiones utilizan el recurso como si de una supercasación se tratara. En tercer término, no se puede desconocer la amplitud del recurso de amparo previsto en la LOTC, es decir, la dilatada configuración del objeto del recurso de amparo recogida en los artículos 41 a 44 LOTC y, más concretamente, la "generosidad" del amparo previsto en el artículo 44 LOTC. Teniendo estos factores en consideración, puede afirmarse que, pese a la lógica o racionalidad del sistema, la configuración del recurso de amparo como remedio procesal subsidiario, precisamente establecido para reparar las

vulneraciones de derechos fundamentales o de libertades públicas que tengan su origen en actos u omisiones de los Jueces o de los Tribunales que integran el Poder Judicial, o que, habiendo sido inicialmente causadas por un deficiente funcionamiento de alguna de las Administraciones Públicas o de sus funcionarios o agentes no hayan sido reparadas judicialmente, ha conducido en la práctica a desencuentros y, en casos extremos, al planteamiento de algunos significativos conflictos con el Tribunal Constitucional por parte de los órganos de la Jurisdicción ordinaria, destacadamente por el Tribunal Supremo cuya jurisdicción se extiende a todo el territorio nacional y que, a lo dispuesto en materia de garantías constitucionales se refiere, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes.

Es más, si se tiene en cuenta que la admisión del recurso de amparo conlleva para el demandante la necesidad de haber agotado la vía judicial ordinaria se entenderá que, en algún momento del proceso anterior el juez no ha cumplido adecuadamente su misión de velar por los derechos fundamentales de quien ha impetrado su tutela, que finalmente han debido ser restaurados por el Tribunal Constitucional.

A todo lo anterior hay que añadir que las interrelaciones entre el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria no se circunscriben al recurso de amparo ni, menos aún, al recurso de amparo contra resoluciones u omisiones de los Juzgados y Tribunales, sino también a la aplicación directa y salvaguarda de la Constitución que incumbe a la jurisdicción ordinaria que conlleva la posibilidad de que los jueces planteen cuestiones de inconstitucionalidad.

No cabe duda de que la posición primera y básica que ocupan los órganos del Poder Judicial en la dimensión del desarrollo de la función jurisdiccional que ahora estamos contemplando ha de ser integrada y armonizada con la que corresponde del Tribunal Constitucional, la propia y específica de este órgano, intérprete supremo de la Constitución e instancia última o superior en materia de garantías constitucionales. Por ello, las relaciones entre los órganos del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional han

de ser contempladas, ante todo, en el plano de la colaboración, que debe manifestarse en la esencial tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes (mediante el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad).

En materia de amparo, el legislador apreció la necesidad de introducir algunas reformas en Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, de las que cabe destacar, de un lado la nueva regulación del incidente de nulidad de actuaciones en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificación normativa que atribuye a los Jueces y Tribunales ordinarios la posibilidad de reparar todas las vulneraciones de «los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la Constitución». De otra, la inversión del juicio a realizar en el trámite de admisión de los recursos de amparo, en el que «se pasa de comprobar la inexistencia de causas de inadmisión a la verificación de la existencia de una relevancia constitucional en el recurso de amparo formulado», imponiéndose al efecto al recurrente la carga de «alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución».

Con ello, haciendo uso de la habilitación establecida al efecto en los artículos 161.1.b) y 53.2 LOTC, se ha atribuido al Tribunal Constitucional la facultad de apreciar en qué casos los recursos de amparo deducidos ante él proponen cuestiones que deben merecer una respuesta del intérprete último de la Constitución, lo que le permite valorar la relevancia del contenido de los temas que se le proponen, atendiendo «a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales».

Al mismo tiempo, la Ley Orgánica 6/2007 ha reafirmado la preeminencia de la Jurisdicción constitucional, al adicionar a la tradicional regla de que «en ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional» la

consecuencia de que éste «delimitará el ámbito de su jurisdicción y adoptará cuantas medidas sean necesarias para preservarla, incluyendo la declaración de nulidad de aquellos actos o resoluciones que la menoscaben y al establecer el principio esencial de que sus propias resoluciones «no podrán ser enjuiciadas por ningún órgano jurisdiccional del Estado.

En la búsqueda de la necesaria armonía con los Jueces y Tribunales ordinarios en el desarrollo de sus funciones jurisdiccionales, el Tribunal Constitucional ha venido igualmente observando un *self-restraint* respecto al enjuiciamiento de la interpretación de las normas infraconstitucionales efectuada por aquéllos y, especialmente, por el Tribunal Supremo.

III. La tutela multinivel de los derechos fundamentales.

En un mundo jurídico globalizado, en el que los Estados tejen complejas relaciones a nivel supranacional e internacional, los ordenamientos jurídicos estatales y el Derecho internacional no pueden observarse aisladamente, aun con mayor motivo cuando, dada la ausencia de cualquier rango jerárquico entre las jurisdicciones llamadas a aplicarlos, el principio sobre el que se basan tales relaciones es el de colaboración. En este contexto, el diálogo judicial aparece como única vía para resolver eventuales conflictos entre distintos ordenamientos y los diversos órganos judiciales.

Por lo que respecta a las relaciones existentes entre el Tribunal Constitucional y los tribunales supranacionales e internacionales hay que considerar que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 ha supuesto, en Europa, el reconocimiento en el Derecho Originario de la Unión Europea de un catálogo explícito y propio de derechos fundamentales que se impone a los poderes públicos europeos y a los poderes públicos nacionales, cuando apliquen el derecho de la Unión (art. 6.1 TUE). Tal eficacia jurídica suscita la importante cuestión de su articulación en aquellas

situaciones que caen dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión , tanto respecto a los catálogos nacionales de derechos fundamentales, como al catálogo contenido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales, pues se trataría de situaciones en las que también son, en principio, aplicables tanto los derechos constitucionales nacionales como los derechos recogidos en el Convenio Europeo.

Así, de acuerdo con el artículo 52, apartado 3, de la Carta, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) es un estándar mínimo por debajo del cual no puede descender la interpretación de la Carta y por su parte, el artículo 53 de la Carta, establece 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, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros”.

El Tribunal Constitucional español interpretó, en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, que la Carta se concibe, en todo caso, como una garantía de mínimos de protección, sobre los cuales puede desarrollarse el contenido de cada derecho y libertad hasta alcanzar la densidad de contenido asegurada en cada caso por el Derecho interno. Sin embargo, el Tribunal de Justicia rechazó esta interpretación porque pondría en cuestión el principio de primacía del Derecho de la Unión, ya que conduciría a atribuir la prioridad en cada caso específico a la norma jurídica que concediera el grado de protección más alto al derecho fundamental considerado. Para el Tribunal de Justicia, ello supondría reconocer, en aquellos casos en los que el estándar nacional fuese superior, la preeminencia de las Constituciones nacionales sobre el Derecho de la Unión, en contra de la jurisprudencia reiterada del propio Tribunal de Justicia que considera que invocar normas de Derecho nacional, aunque sean de rango constitucional, a fin de limitar el

alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, implicaría lesionar la unidad y la eficacia de dicho Derecho.

Para el Tribunal de Justicia la finalidad del artículo 53 de la Carta, no sería el establecimiento de una cláusula de estándar mínimo de protección, sino que sería la delimitación del ámbito de aplicación respectivo de la Carta y de las Constituciones de los Estados miembros, reiterando, al igual que hace el artículo 51 de la Carta que, en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, el estándar de protección que se debe aplicar es el derivado de la Carta. Por el contrario, fuera del campo de aplicación del Derecho de la Unión, la Carta no impediría la aplicación del estándar de protección de los derechos fundamentales previsto por la Constitución de cada Estado miembro.

También la situación europea de pluralismo constitucional obliga a buscar el entendimiento y evitar interpretaciones incompatibles con el TEDH. La aceptación de la autoridad del TEDH y de su jurisprudencia se ha venido produciendo con ritmos y formas distintas en los diversos ordenamientos nacionales. Sin embargo, no cabe duda de que dada la autoridad del Tribunal Europeo, consolidada tras medio siglo de decisiones y la posibilidad del acceso directo de las víctimas —que abre un control externo—, el diálogo de sus interlocutores constitucionales debería ser bastante intenso.

Es cierto que en un escenario de pluralismo constitucional el Tribunal Europeo no viene expresamente obligado al diálogo con los tribunales constitucionales y con otros órganos jurisdiccionales, sin embargo sí debe impulsarlo con el objetivo de otorgar una mayor legitimidad a sus decisiones, generar amplios consensos interestatales y, en consecuencia, contribuir a construir una identidad europea en torno a los derechos humanos. Por su parte, la labor de los tribunales constitucionales como intérpretes supremos de las Constituciones y de los derechos fundamentales no puede desentenderse de las obligaciones internacionales que emanan del acervo que supone la extensa y transversal doctrina del TEDH y de su eficacia de cosa interpretada. Finalmente puede decirse que este diálogo puede verse interrumpido por el acceso directo de los justiciables

al TEDH desde la entrada en vigor en 1998 del Protocolo 11, puesto que, en aquellos casos en los que las demandas se enjuicien directamente por el TEDH, éste ya no tiene un interlocutor constitucional nacional.

IV. Las resoluciones de los Tribunales supranacionales y la posición de los Tribunales nacionales.

No es fácil llegar a concluir qué se debe entender por “diálogo entre Tribunales”. Ni siquiera se puede afirmar que exista realmente y no sólo sea una forma amable de denominar las relaciones entre órganos judiciales. En el ordenamiento español, el artículo 10.2 de la Constitución establece que “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”. Como se puede observar, dicho precepto contiene una cláusula interpretativa que supone la apertura al Derecho Internacional de los Derechos humanos. Tanto la Declaración como los tratados se convierten, en principio, en parámetro interpretativo de todos los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente. De la interpretación que de la citada cláusula se realice dependerá el mayor o menor grado de incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno español. Distinta posición, merece, a nuestro juicio, la vinculación de la Carta Europea de Derechos Fundamentales y la interpretación que de ella haga el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dado que en este caso nos encontramos con la celebración de un tratado en el que se ha atribuido a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93 CE), con las connotaciones que ello implica.

Como ya se ha avanzado, la existencia de tres regímenes en la tutela de los derechos fundamentales –Constitución nacional, Convenio europeo y Carta Europea de Derechos Fundamentales– provocan importantes problemas jurídicos que afectan a las relaciones

entre Tribunales, pues no siempre sus decisiones sobre derechos fundamentales tienen por qué coincidir.

En nuestro caso, la ratificación de determinados Tratados y Convenios está llevando a los Tribunales Constitucionales europeos a una nueva situación no experimentada con tanta intensidad hasta el momento; cada vez se sienten más preocupados por las Declaraciones de derechos y por los Tribunales que los interpretan. Esencialmente así ocurre con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE o Carta) y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

La remisión a la jurisprudencia del TEDH por el Tribunal Constitucional español para argumentar sus decisiones ha sido muy habitual. No así la cita de la jurisprudencia TJUE. Sin embargo, es de destacar que cada vez es más utilizada, sobre todo tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 y el reconocimiento de eficacia jurídica vinculante a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Y es que, de acuerdo con el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, TUE): “La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Es por ello, también, que cada vez sea más habitual el planteamiento de cuestiones prejudiciales por los órganos judiciales nacionales en materias de la Unión ante el TJUE. Incluso por algunos Tribunales Constitucionales.

Esta situación ha originado que tanto los Estados miembros de la Unión como el TJUE, se hayan planteado, o se deban plantear, cómo solucionar los problemas de articulación que se producen cuando ambas jurisdicciones, europea y constitucional, conocen de la misma norma vía cuestión prejudicial y cuestión de inconstitucionalidad. Y es que de la misma manera que Jueces y Tribunales deben plantear cuestión de inconstitucionalidad cuando exista duda de constitucionalidad al respecto (art. 163 CE),

cuando lo que exista sea duda sobre posible su contradicción con el Derecho de la Unión deberán plantear cuestión prejudicial ante el TJUE. Según el artículo 267 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), es a él a quien compete pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. De manera que, cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cada vez es más habitual el planteamiento de cuestiones prejudiciales ante el TJUE por vulneración de derechos en materias de la Unión, incluso por algunos Tribunales Constitucionales.

El Tribunal Constitucional español planteó la primera cuestión prejudicial –en concreto tres– ante el TJUE mediante ATC 86/2011, de 9 de junio. Y lo hizo en relación a las garantías aplicables al sujeto condenado en ausencia y afectado por una orden europea de detención y entrega. El TJUE concluyó que los Estados miembros no tenían margen de discreción alguna al tratarse de una competencia plenamente armonizada por el Derecho de la Unión (STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni*). Pues bien, el Tribunal, tras la resolución de las citadas cuestiones prejudiciales, rebajó el estándar de protección que hasta ese momento había aplicado (STC 26/2014, de 13 de febrero), si bien lo hizo como consecuencia de una reflexión del propio Tribunal en el que tuvo en consideración tanto la citada Sentencia como la jurisprudencia del TEDH.

El aumento del planteamiento de cuestiones prejudiciales ha hecho que tanto los Estados miembros de la Unión como el TJUE, se hayan planteado cómo solucionar los problemas de articulación que se producen cuando ambas jurisdicciones, europea y constitucional, conocen de la misma norma vía cuestión prejudicial y cuestión de inconstitucionalidad. En España se ha pronunciado al respecto en los AATC 168/2016, de 15 de noviembre y ATC 202/2016, de 13 de diciembre el Tribunal. En ellos, el

Tribunal Constitucional ha decidido inadmitir aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que hayan sido interpuestas a la vez que una cuestión prejudicial o cuando el órgano judicial exprese dudas sobre la adecuación de la norma cuestionada al Derecho europeo en el momento del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. De esta forma, cumple la jurisprudencia del TJUE iniciada con la Sentencia de 22 de junio de 2010, asunto *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C189/10.

V. El impacto de la tutela multinivel en los derechos sociales e igualdad.

Por último, no cabe desconocer que la integración nacional del derecho internacional de los derechos humanos transforma también el marco general de la movilización social. Los movimientos sociales encuentran en él un eficaz instrumento en apoyo de sus reivindicaciones en favor de la igualdad y el bienestar económico y social, como máximo exponente de valores universales tales como la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Así, cabría citar por ejemplo, la cuestión relativa a la prohibición de manifestación de los homosexuales en Moscú el día del orgullo gay (*asunto Aleksayev v. Rusia*, de 21 de octubre de 2010), en el que el TEDH sistematiza su progresiva contribución a la construcción de un amplio consenso europeo en materias relacionadas con los derechos de los homosexuales y la interdicción de discriminaciones basadas en la orientación sexual. Un consenso que no es absoluto, pues algunas cuestiones como puede ser el matrimonio de los homosexuales o sus derechos de adopción de menores restan en el margen de discrecionalidad de los Estados, pero en el que se ha avanzado mucho, creando un orden público europeo, algo de lo que el Gobierno demandado dudaba. Igualmente en la sentencia del TEDH (Gran Sala) de 10 de abril de 2007, asunto *Evans v. Reino Unido*, parágrafo 71, en un caso en el que se planteaba la destrucción de embriones crioconservados tras la ruptura de la pareja y la negativa del varón a que su excompañera hiciese uso en exclusiva de los mismos a efectos de concebir un hijo. El Tribunal reconoce

que el invocado derecho al respeto de la decisión de convertirse en madre en sentido genético también entra en el ámbito del artículo 8 del CEDH.

Un ejemplo paradigmático lo constituye el asunto *Nasri v. Francia*, de 13 de julio de 1995, donde se manifiesta, sin ambages, que la expulsión de una persona aquejada de una enfermedad o minusvalía que precise tratamiento en un entorno familiar propicio en el que pueda encontrar equilibrio psicológico y social es contraria al Convenio aunque, en este caso concreto, el protagonista sea un extranjero condenado por haber cometido robos con violencia y otros delitos. También interpretando el derecho a la vida familiar en el asunto *Rodrigues da Silva y Hoogkamer v. Países Bajos*, de 31 de enero de 2006, razonó que, aunque los tribunales nacionales habían declarado explícitamente que el interés superior de una menor era permanecer en los Países Bajos con su padre holandés, resultaba desproporcionado negarse a regularizar la situación de su madre, de nacionalidad brasileña, con la que la pequeña mantenía un contacto habitual; demostrando así una especial sensibilidad en relación al interés superior y al bienestar de los menores implicados, y en particular frente a cualquier dificultad con que se puedan encontrar si han de seguir al recurrente al país al que se le expulsa. Por último, no se puede obviar la cita de la sentencia de 24 de enero de 2017, en el asunto *Paradiso y Campanelli v. Italia*, respecto de los convenios de gestación por sustitución, en el que la Gran Sala del TEDH parece haber establecido un criterio más rígido en esta materia que el dado en las Sentencias de 26 de junio de 2014, asuntos *Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, dado que ponen de relieve que la excepción de orden público vinculada a la prohibición de la gestación por subrogación en el ordenamiento jurídico italiano no puede prevalecer sobre el principio fundamental e internacionalmente regulado de la defensa del interés superior del niño, si bien la violación del art. 8 CEDH por parte de Italia deriva de la aplicación, de manera injustificada, de una medida extrema como es la separación del menor de los comitentes celebrantes del convenio de gestación por sustitución en un país que lo permitía como es Rusia.

Por otro lado, cuando se trata de analizar el carácter adecuado de las medidas adoptadas por las autoridades en orden a restituir la vivienda ocupada por terceros durante su ausencia, el TEDH, recuerda la teoría de las obligaciones positivas y aprecia la violación del artículo 8 por el hecho de que el Estado no había adoptado las medidas adecuadas para restablecer y proteger de manera efectiva el derecho al respecto del domicilio y de la vida privada. Se trata de la sentencia de 22 de febrero de 2005 que resuelve el caso *Novoseletskiy v. Ucrania*, en el que la familia *Connors* compuesta por el matrimonio y cuatro hijos menores había sido desahuciada de la parcela que ocupaba en un campamento municipal destinado a caravanas de la comunidad gitana. El TEDH estima que la expulsión del demandante y su familia del campamento municipal “no se acompañó de las garantías procesales requeridas, es decir, la obligación de justificar debidamente la grave injerencia, y que tal medida no se puede considerar ajustada a una necesidad social imperiosa, ni proporcionada con el objetivo legítimo perseguido”.

En relación con el principio de igualdad y no discriminación ha sido especialmente relevante la jurisprudencia del TJUE. En concreto, respecto del principio de no discriminación por razón de sexo. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha declarado, en lo que se refiere al cómputo de un período de permiso de maternidad a efectos del acceso a una categoría profesional superior, “que, en su relación laboral, las trabajadoras están protegidas frente a cualquier trato desfavorable como consecuencia de disfrutar o haber disfrutado de un permiso de maternidad y que una mujer que sufre un trato desfavorable a consecuencia de su ausencia debida a un permiso de maternidad es víctima de una discriminación por razón de su embarazo y de ese permiso (véase la sentencia de 18 de noviembre de 2004, *Sass*, C-284/02, Rec. p. I-11143, apartados 35 y 36)” (STJUE de 16 de febrero de 2006, C-294/2004, asunto *Sarkatzis Herrero*, apartado 39). Y ello en la consideración de que “dado que la Directiva 76/207 aspira a una igualdad material y no formal, las disposiciones de los artículos 2, apartados 1 y 3, y 3 de dicha Directiva deben interpretarse en el sentido de que prohíben cualquier discriminación de una trabajadora debida a un permiso de maternidad o relativa a dicho permiso, cuya finalidad es proteger

a la mujer embarazada, sin que proceda tener en cuenta si esa discriminación afecta a una relación laboral existente o a una nueva” (STJUE de 16 de febrero de 2006, C-294/2004, asunto *Sarkatzis Herrero*, apartado 41).

Por su parte, en la STJUE de 26 de febrero de 2008, C-506/2006, asunto *Sabine Mayr*, el Tribunal de Justicia, en aplicación del test “*but for*” de discriminación, reconoció que si bien en el despido de una trabajadora por motivos de ausencia por baja de enfermedad en las mismas circunstancias que a un hombre, no existe discriminación directa por razón de sexo, en las intervenciones como la que se trataba en el asunto principal, es decir, una punción folicular y la transferencia al útero de la mujer de los óvulos extraídos de esta punción inmediatamente después de su fecundación, por sólo afectar directamente a las mujeres, sí se produce ésta. Es más, se ha afirmado que “el despido de una trabajadora basado fundamentalmente en el hecho de que ésta se somete a esta etapa esencial de un tratamiento de fecundación in vitro constituye una discriminación directa basada en el sexo” (STJUE de 26 de febrero de 2008, C-506/2006, asunto *Sabine Mayr*, apartado 50)

Así también se ha pronunciado el TJUE sobre el principio de no discriminación por razón edad. En la STJUE de 13 de noviembre de 2014, asunto Mario Vital Pérez y Ayuntamiento de Oviedo, C-416-2013, se declaró contrario al Derecho de la Unión la normativa española que fija en 30 años la edad máxima para acceder a una plaza de agente de policía local. También recientemente se ha dictado la STJUE de 15 de noviembre de 2016, asunto C-258/15, en la que el Tribunal de Justicia ha declarado, sin embargo que el límite de edad de 35 años para acceder a puestos de la policía autonómica vasca que ejercen funciones operativas y ejecutivas no constituye una discriminación en virtud del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2000/78.

Ha sido curioso observar, también, cómo a través de una interpretación del principio de igualdad distinto del que hasta ese momento era el aplicado en España, de conformidad con el canon establecido por el Tribunal Constitucional, el TJUE puede

llegar a cambiar, como así parece estar sucediendo, las relaciones laborales y funcionariales hasta el momento consideradas constitucionales (SSTJUE de 14 de septiembre, asuntos C-16/15; C-184/2015 y C-197/2015; y C-596/14). O cómo a través del ejercicio de una materia competencia de la Unión, como es el Derecho de los consumidores, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre una norma procesal española –Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal– que finalmente declara contraria al Tratado de la Unión Europea por vulneración de un derecho reconocido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (STJUE de 17 de julio de 2014, asunto Sánchez Morcillo). En concreto, el principio de igualdad de armas o de igualdad procesal, como integrante del principio de la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables (art. 47 CDFUE).