

Herbert Landau (Alemania)*

El sistema europeo a varios niveles**

RESUMEN

A través de casos emblemáticos, el autor explica los diferentes niveles de protección de los derechos humanos en Europa. Resalta la necesaria coordinación, cooperación y diálogo entre los diversos tribunales (nacionales, regionales e internacionales) para el desarrollo armónico de la jurisprudencia relacionada con la protección de los derechos humanos.

Palabras clave: efecto vinculante, jurisprudencia, ordenamiento jurídico nacional, protección de los derechos fundamentales, tribunales constitucionales, Ley Fundamental de Bonn, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional Federal (Alemania), Unión Europea, Alemania.

ZUSAMMENFASSUNG

An Hand von emblematischen Fällen erläutert der Autor die verschiedenen Ebenen des Menschenrechtsschutzes in Europa. Er unterstreicht die Notwendigkeit von Koordination, Zusammenarbeit und Dialog zwischen den unterschiedlichen Gerichten (auf nationaler, regionaler und internationaler Ebene) für die harmonische Entwicklung der mit dem Menschenrechtsschutz befassten Rechtsprechung.

Schlagwörter: Bindungswirkung, Rechtsprechung, nationale Rechtsordnung, Grundrechtsschutz, Verfassungsgerichte, Bonner Grundgesetz, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Bundesverfassungsgericht (Deutschland), Europäische Union, Deutschland.

ABSTRACT

Through emblematic cases, the author explains the different levels of human rights protection in Europe. He highlights the necessary coordination, cooperation and dialogue

* Magistrado de la Corte Constitucional Federal de Alemania. Catedrático honorario de la Philipps-Universität Marburg. <bverfg@bundesverfassungsgericht.de>

** El ensayo se basa en una conferencia pronunciada por el autor el 16 de noviembre de 2011 en San José (Costa Rica), con motivo de la inauguración del Encuentro de Jueces Constitucionales de América Latina, convocado por la Fundación Konrad Adenauer.

between the various courts (national, regional and international) for the harmonious development of precedents in relation to the protection of human rights.

Keywords: binding effect, precedent, national juridical ordination, fundamental rights protection, constitutional courts, Fundamental Law of Bonn, German Basic Law, European Human Rights Court, Federal Constitutional Court of Germany, European Union, Germany.

1. Introducción

Derechos fundamentales y derechos humanos en Europa

El Viejo Continente está cubierto por una fina red de derechos humanos y fundamentales que está continuamente tensado, tejido y reforzado por los actores del derecho constitucional en Europa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los tribunales constitucionales nacionales. Hablamos de una red de tribunales constitucionales interconectados en el sistema a varios niveles, porque está caracterizado por la confederación supranacional de la Unión Europea, conformada por 27 Estados europeos; la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), con carácter vinculante en términos de derecho internacional en 47 Estados, y los tribunales constitucionales y cortes supremas nacionales. En Estados federales como la República Federal de Alemania se agregan más actores: los tribunales constitucionales estatales —en el caso de Alemania, de los 16 estados federados—, porque también los estados miembros de la república tienen sus propias constituciones y tribunales constitucionales.

1.1. Los tribunales constitucionales europeos: el triángulo

1.1.1. *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre del 2009 —facilitada por el fallo del Tribunal Constitucional Federal del 30 de junio de 2009—,¹ la Carta de los Derechos Fundamentales está vigente en los 27 Estados pertenecientes a la Unión Europea. Conforme al artículo 6, párrafo 1, del TJUE, es derecho primario de igual categoría que los tratados europeos. La Carta de los Derechos Fundamentales en cuanto componente del derecho de la Unión es de aplicación prioritaria hasta que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania,² se alcance el nivel mínimo exigido por la Constitución nacional. La Carta de los Derechos Fundamentales contiene un catálogo amplio de libertades y derechos sociales.³

¹ Tribunal Constitucional Federal 123, 267 ss.

² Tribunal Constitucional Federal 73, 339 ss.

³ Véase la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ABl C 83/389, del 30 de marzo de 2010.

El modo de acción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se dirige horizontalmente a todo el orden jurídico supranacional, pero simultáneamente se encuentra cruzado con los órdenes jurídicos de las naciones, que preservan su soberanía.⁴ Mientras que inicialmente el TJUE más bien persiguió el objetivo de asegurar y desarrollar las libertades económicas asociadas con el mercado común, a menudo ha participado en el desarrollo del derecho y ha intervenido en los ámbitos de competencia de los Estados miembros y en las materias jurídicas que habían quedado en su esfera de atribuciones.

Por sus métodos de interpretación europeístas, dinámicos y basados en el principio *effet utile*, el TJUE se ha convertido en un motor de la integración europea. Por eso su jurisprudencia frecuentemente ha provocado preguntas críticas,⁵ ya que desde un punto de vista de derecho internacional la Unión Europea no es un Estado federal sino que equivale a una confederación, aunque está dotada análogamente a un Estado. Los Estados miembros perseveran como *patrones de los contratos* y se aplica el principio de competencia de atribución. Por consiguiente, la Unión Europea y sus órganos, incluido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no están provistos con la competencia de crear derecho. También actualmente —por la crisis de la deuda soberana de la Eurozona— el desarrollo efectivo en Europa es dinámico y difícil de calcular. Agravamientos críticos motivan a los agentes políticos a buscar nuevas soluciones más allá de los contratos firmados. Pero, dado que la Unión Europea se entiende como una comunidad jurídica, esos cambios encuentran fuerte crítica.

1.1.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), creado en 1959, se ha convertido en la última instancia de protección jurídica en asuntos de derechos humanos para más de 800 millones de personas en 47 Estados vinculantes.⁶ Se puede acudir al TEDH a manera de presentación de asuntos por Estados y ante todo en forma de demanda individual. La apelación en forma de demanda individual se permite también contra fallos de los tribunales supremos nacionales, entre ellos el Tribunal Constitucional Federal alemán. También con el TEDH existe una relación de diálogo y cooperación que no siempre está exenta de conflictos y cuyo objetivo es el desenvolvimiento y fortalecimiento continuo de los derechos humanos en el sistema europeo a varios niveles. Por decirlo así, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) representó una contestación al desacato sistemático de los derechos humanos por el nacionalsocialismo, el fascismo y el comunismo. Está influida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y es de carácter anglosajón, lo que dificulta necesariamente la implementación en el ámbito del derecho europeo continental.

⁴ “Voßkuhle”, *NVWZ* 2010, p. 1 (3).

⁵ Gerken y Herzog, *FAZ* del 8 de septiembre de 2008, p. 8.

⁶ Véase la información acerca de la fase de ratificación de la Convención en la página web del Consejo de Europa, <http://www.coe.int>; véase también Wildhaber, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, tomo 119 (2000), pp. 123 ss.

Durante los cincuenta años de su existencia, el tribunal ha mostrado una intensa actividad judicial, haciéndose cargo de diversidad de cuestiones jurídicas nuevas y ampliando constantemente su influencia.⁷

1.1.3. *El Tribunal Constitucional Federal*

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal es la contraparte nacional en el diálogo con el TEDH.

El poder constituyente dotó al Tribunal Constitucional Federal con amplias competencias. En el marco de los tipos de proceso previstos en la Ley Fundamental (constitución) y la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, el tribunal puede controlar a cualquier acto de Estado y de otro poder público —incluso leyes formales, es decir, actos del legislador— en cuanto a su constitucionalidad y declararlos nulos. Con la mera afirmación de haber sido violado en algún derecho fundamental o derecho similar, cualquier persona y no solamente los actores de la vida constitucional pueden recurrir al Tribunal Constitucional Federal por la vía de recurso de amparo constitucional.

Esta posición fuerte del Tribunal Constitucional —así como la vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales conforme al artículo 1, párrafo 3, de la Ley Fundamental— es resultado de los esfuerzos que se realizaron para proteger de sus enemigos el orden democrático de la Ley Fundamental surgido nuevamente de la quiebra cultural sin precedentes del nacionalsocialismo. Las madres y padres de la Ley Fundamental tuvieron presente el fracaso de las instituciones de Weimar cuando crearon con el Tribunal Constitucional Federal un poderoso “guardián” de la nueva Ley Fundamental.

A través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal los derechos fundamentales han ganado una forma concreta y han echado raíces en la comunidad.⁸ El Tribunal facilitó que los derechos fundamentales se tornaran derecho vivo y exigible.⁹ Prácticamente no hay ningún proyecto político en Alemania en cuyas etapas preliminares no se utilice la advertencia de la eventual violación de los derechos fundamentales como argumento político. Probablemente no existe ningún juez ni abogado que no se encuentre obligado a considerar los derechos fundamentales de las partes interesadas aun para resolver casos triviales.

Durante las décadas iniciales de su trabajo —por lo menos en la percepción de la jurisprudencia alemana— el Tribunal Constitucional Federal fue la medida de todos los asuntos en materia de protección de los derechos fundamentales. La comprobación de que por encima del Tribunal Constitucional Federal “se abre solamente el cielo azul de la Ley Fundamental” se convirtió en una expresión famosa.¹⁰

Los padres y madres de la Ley Fundamental crearon un amplio catálogo de derechos subjetivos individuales y lo colocaron en el comienzo de la nueva constitución.

⁷ Véase Liddell, “The European Court of Human Rights after 50 years of the European Convention on Human Rights”, en Hasse y otros (comps.), *Menschenrechte*, Baden-Baden 2002, pp. 431 ss.

⁸ Véase Hesse, *JZ* 1995, p. 265 (266); Limbach, *HFR* 1996, Ensayo 12, pp. 1 ss.

⁹ Véase Limbach, *EUGRZ* 2000, p. 417.

¹⁰ Limbach, *NJW* 2001, p. 2913.

La Ley Fundamental misma no denomina a estos derechos como *derechos humanos* sino como *derechos fundamentales*. De esta manera se quería subrayar terminológicamente el carácter de los derechos humanos garantizados por la Ley Fundamental como derechos positivos y exigibles. A la vez, la Ley Fundamental, en el artículo 1, párrafo 2, habla de que “el pueblo alemán se declara a favor de los derechos humanos invulnerables e inalienables como base para cualquier comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”. En este punto no hay una imprecisión terminológica, y menos confusión. La Ley Fundamental, con el artículo 1, párrafo 2, se pone conscientemente en la tradición de los derechos humanos internacionales, y al mismo tiempo exterioriza que por encima de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental creados por el poder constituyente se ubican —por lo menos en cuanto a su núcleo esencial— determinados derechos humanos suprapositivos que se infieren de la propia naturaleza humana y que son independientes del escenario estatal.¹¹

Lo característico de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es la brevedad de su formulación y la renuncia a proclamaciones patéticas que, por cierto, habrían correspondido al espíritu de la época. A diferencia de la Constitución de Weimar, que no tuvo mayor efectividad, esta vez se pretendió crear solamente derechos subjetivos reales y exigibles. Entre otras, también por esta razón no se crearon derechos fundamentales sociales. Había conciencia de que, dado el caso, estos solamente podrían ser garantizados bajo reserva de factibilidad.

Por las mismas razones —más tarde— no se integraron los llamados *derechos humanos de la tercera generación*, como el derecho a la paz, el derecho al desarrollo y el derecho a la protección del medioambiente.^{12 13} En el fondo se trata de demandas políticas que no pueden ser garantizadas por ninguna comunidad. Por su amplitud e imprecisión, el elemento legal individual se disuelve casi por completo. La idea de los derechos humanos se sobrecarga por los derechos de la tercera generación.¹⁴ Sin embargo, algunos objetivos que se buscan mediante las exigencias de los derechos humanos de la tercera generación se han integrado a la Ley Fundamental de forma distinta. El artículo 20.a de la Ley Fundamental, por ejemplo —que fue introducido en 1994 como una determinación de los fines de Estado— establece la obligación del Estado de proteger los medios de subsistencia naturales y a los animales.

Entre los hitos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal está sin alguna duda la sentencia *Lüth*,¹⁵ de 1958. En la fundamentación del fallo el tribunal estableció que los derechos fundamentales no eran solamente derechos defensivos del individuo contra el Estado, sino que además la Ley Fundamental había creado un orden axiológico objetivo en su capítulo dedicado a los derechos fundamentales. Ese orden axiológico debe regir como decisión de principios para todas las áreas del derecho. Influye también

¹¹ Véase Stern, en Merten y Papier, *Handbuch der Grundrechte*, tomo I, Heidelberg, 2004, § 1 nm. 46 ss.

¹² Acerca de las discusiones respecto a un derecho fundamental medioambiental en Alemania, véase Murswiek, en Sachs, *GG*, 6.ª ed., Múnich, 2011, artículo 20a, nm. 2 ss., con comprobaciones.

¹³ Así también Stern, o. cit., § 1 Rn. 74.

¹⁴ Tribunal Constitucional Federal 7, 198 ss.

¹⁵ Así Hufen, *NJW* 1999, p. 1504 (1507).

el derecho civil; ninguna norma del derecho civil debe contradecirlo, todas deben ser interpretadas en su espíritu. Con esta sentencia el tribunal creó la base para que el derecho común quede subordinado en su casi totalidad a la ley constitucional, y a la vez resolvió en forma sutil y efectiva el problema clásico del efecto hacia terceros de los derechos fundamentales en el derecho privado, a saber, en el efecto indirecto.¹⁶

Finalmente, el Tribunal Constitucional Federal también ha fortalecido la protección de derechos fundamentales en la medida en que desde los años sesenta reiteradamente ha recordado al Poder Legislativo su obligación de fijar las barreras a los derechos fundamentales. De los derechos fundamentales y del principio del Estado de derecho ha deducido la llamada *teoría de la esencialidad*, según la cual las decisiones esenciales, sobre todo en áreas que tienen relevancia respecto de los derechos fundamentales, no las toma el Poder Ejecutivo sino el legislador parlamentario mismo.¹⁷ Durante los años sesenta y setenta del siglo pasado, la *teoría de la esencialidad* contribuyó decisivamente a la eliminación de estructuras agravantes de los derechos fundamentales.

1.2. Fecundación mutua, diálogo y cooperación en el desarrollo de la protección de derechos fundamentales y humanos

Es así como en las últimas décadas los diferentes actores de la protección de derechos fundamentales y derechos humanos, dotados de sus respectivas atribuciones y asociados con sus propias tradiciones y objetivos, generaron una red de protección de los derechos fundamentales y humanos de una densidad nunca antes vista en Europa. Primero, hay que constatar que eso es algo positivo y apreciarlo como un progreso. Cada ciudadano en Europa dispone de una protección integral de los derechos fundamentales y un acceso efectivo a los diferentes tribunales constitucionales. En el desarrollo posterior, este éxito también se basa en el diálogo y la cooperación de los tribunales, entendiéndose el diálogo no como una sumisión en una jerarquía de tribunales, sino como un acercamiento y una inspiración dogmática mutua entre las jurisprudencias, y también en la cooperación a través de visitas oficiales, seminarios y reuniones informales.

Es obvio que la coexistencia de tres órdenes jurídicos suscita conflictos, de los cuales hablaremos más adelante. Sin embargo, también desde un punto de vista alemán nacional toda esta relación de cooperación en general ha conducido a un fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales y derechos humanos, ha sofisticado y aumentado su efectividad y la ha implementado firmemente en toda Europa. Hablar de una *guerra entre los jueces* o una confrontación o lucha de poder entre los tribunales involucrados no es adecuado a mi entender. Al contrario, los impulsos de las respectivas jurisprudencias se retoman, acentúan y se integran en las tradiciones y líneas jurisdiccionales nacionales y europeas. Por ejemplo, en sus sentencias *Solange* el Tribunal Constitucional Federal desiste de controlar actos de los órganos europeos acerca de su

¹⁶ Véase acerca de la *teoría de esencialidad* en general, Schulze-Fielitz, en Dreier, GG, tomo II, 2.ª ed., Tubinga, 2006, artículo 20, nm. 113 ss.; Sachs, en Sachs, GG, 6.ª ed., Múnich, 2011, artículo 20, nm. 116 ss.

¹⁷ Véase acerca de lo mencionado Tribunal Constitucional Federal, 267 (273 ff.) y acerca de la Carta de Derechos Fundamentales: ABl C 303/1, del 13 de diciembre 2007; BGBl II 2008, pp. 1165 ss.

constitucionalidad, en todo caso mientras el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debido a su función ejemplar, sea capaz de garantizar un nivel de protección de derechos fundamentales igual a la Ley Fundamental alemana.

La responsabilidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es particularmente alta, porque se trata de implementar los altos estándares de los derechos humanos también en los Estados de Europa del este, cuya situación aún no es comparable con la de los Estados de derecho democráticos de Europa occidental. De este modo el TEDH, a raíz de una demanda individual de Rusia pero también de Ucrania y Turquía, debe imponer en primer lugar el estándar mínimo, como el derecho a la vida, los derechos fundamentales judiciales y la prohibición de la tortura. En muchos países de Europa oriental las estructuras democráticas y de Estado de derecho siguen mostrando déficits. Se confirma aquí como en todo el mundo que la democracia y el Estado de derecho, la independencia de la justicia, la inexistencia de la corrupción y la primacía del derecho sobre el poder son fundamentos imprescindibles para la garantía de los derechos fundamentales y derechos humanos. Sin democracia, Estado de derecho y una justicia independiente no existe una protección segura de los derechos fundamentales y derechos humanos.

Peligros actuales son más bien que el TEDH no solamente puede intervenir en jurisprudencias nacionales sino que estas intervenciones producen reacciones de los tribunales constitucionales nacionales, que por sentirse provocados insisten en su facultad decisoria. Así, debates y diálogos entre los tribunales constitucionales y el TEDH se podrían malentender por otros y de esa manera producir reacciones incontroladas en la jurisprudencia de los respectivos Estados miembros de la Convención. Si a causa de esas reacciones incontroladas se detuviera la transferencia de postulados del TEDH, eso podría afectar a su autoridad y aceptación.

2. Fase de la protección de derechos fundamentales y derechos humanos en la Unión Europea constitucional

2.1. La Unión Europea

1. La idea de una unión política en Europa surgió después de la segunda guerra mundial. Tras las terribles guerras se quería crear los Estados Unidos de Europa, pero frente a este enfoque existían también fuertes orientaciones hacia el Estado nacional. En los años siguientes no fue posible realizar la idea de crear un Estado federal. En vez de una unión política se creó finalmente la Comunidad Económica Europea; es decir, se tomó un camino funcional que sin embargo tuvo como meta una unión cada vez más estrecha entre los pueblos.

En el Tratado de Maastricht, del 4 de febrero del 1992, se estableció, además de la unión económica, la cooperación intergubernamental en las áreas de política exterior y de seguridad, más la política interior y de justicia, modelo denominado *de los tres pilares*. El Tratado de Lisboa renunció al concepto de una constitución europea y así solo modificó los tratados vigentes, reformó las instituciones y órganos de la UE, creó nuevas

competencias y derogó el concepto de los tres pilares. El Tratado de Lisboa requirió de una ratificación nacional por los Estados miembros. Finalmente y a pesar de todo, después del fallo del Tribunal Constitucional Federal que hizo necesaria la modificación de las respectivas leyes acompañantes, del segundo referéndum irlandés que resultó afirmativo y de la firma de los presidentes de Estado de Polonia y de la República Checa, el Tratado pudo entrar en vigor el 1 de diciembre del 2009.

2. El Tratado de Lisboa integró la Carta de Derechos Fundamentales, en su versión revisada del 12 de diciembre de 2007,¹⁸ al derecho primario de la UE, de modo que ahora la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea tiene dos fundamentos: en primer lugar, la Carta, que rige como derecho primario europeo con rango equivalente a los tratados, y segundo los derechos fundamentales no escritos de la Unión, que siguen vigentes como principios generales de derecho de la Unión según el artículo 6, párrafo 3, del Tratado. Estos dos fundamentos son complementados por el artículo 6, párrafo 2, del Tratado de Lisboa, que faculta a la Unión Europea y la obliga a adherirse a la Convención Europea de los Derechos Humanos.¹⁹

3. En este punto no quiero entrar en los detalles de la relación entre la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE, por un lado, y el Tribunal Constitucional Federal, por el otro. Al respecto cabe observar simplemente que las interacciones posibles entre el Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Constitucional Federal no se limitan al ámbito de la protección paralela de los derechos fundamentales, sino que existen otros puntos de contacto en el área de la transferencia de derechos de soberanía bajo el término clave *control de identidad nacional*,²⁰ así como en lo referido al cumplimiento del principio de la atribución única de competencias restringida por la vía del llamado *control ultra vires*.²¹

2.1.1. El efecto de la Convención Europea de Derechos Humanos en el derecho intraestatal

Una situación distinta a la de la Unión Europea como federación de Estados es la de la Convención Europea de Derechos Humanos, con efectos internacionalmente vinculantes. Por una parte, la pregunta por la relación con el Tribunal Constitucional Federal se restringe al ámbito de la protección de los derechos humanos. Por otra parte, la Convención Europea como tratado multilateral de derecho internacional asume en más de un sentido una posición especial en el derecho internacional contractual. Se refiere a la relación entre el individuo y los Estados que asumieron la obligación de derecho internacional de respetar las garantías de los derechos humanos.²² Según el derecho constitucional alemán, un convenio de derecho internacional, para que tenga efecto jurídico intraestatal, requiere la transformación por una ley aprobativa; es decir, el derecho constitucional

¹⁸ Véase Tribunal Constitucional Federal 123, 267 «283».

¹⁹ Véase Tribunal Constitucional Federal 123, 267 «344 ss.».

²⁰ Véase Tribunal Constitucional Federal 126, 286 «302 ss.».

²¹ Véase. Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4.^a ed., Múnich, 2009, Rn. 1.

²² Véase Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5.^a ed., Baden-Baden, 2011, p. 196.

alemán no conoce el monismo.²³ El convenio comparte el rango de un orden de aplicación jurídica; o sea, rige intraestatalmente en el rango de una ley federal.²⁴

El Tribunal Constitucional Federal mantiene esos principios generales también en el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos. En la concepción del tribunal en Alemania —a diferencia de Austria, por ejemplo— la CEDH no rige con rango constitucional sino solo como ley común. En la pirámide normativa intraestatal está subordinada a la Ley Fundamental. Correspondientemente, una violación de la CEDH no se puede alegar en vía de un recurso constitucional.²⁵ Esa concepción del tribunal fue controvertido por algunos participantes del discurso jurídico, que en parte quisieron construir un rango supralegal o incluso constitucional de la Convención. Finalmente esa crítica no convenció. Representa una desviación de los principios reconocidos sobre el efecto del derecho contractual internacional en el derecho alemán.

Correspondientemente, también en la mayoría de los Estados miembros la CEDH se encuentra subordinada al derecho constitucional. La propia CEDH no contiene ningún reglamento acerca de su modo de acción en el derecho intraestatal. Punto de partida para determinar los efectos de los fallos del TEDH es el artículo 47, párrafo 1, de la CEDH, según el cual los Estados miembros deben cumplir las sentencias del tribunal en todos los asuntos jurídicos de los cuales son parte. Las decisiones del tribunal solamente son sentencias de constancia; en el tenor de las decisiones se constata o se niega una violación de la Convención. Al mismo tiempo, el TEDH puede adjudicar una indemnización financiera a la parte violada. En cambio, el TEDH no está facultado para la casación de un acto jurídico contrario a la Convención. Tampoco está previsto un efecto vinculante a las autoridades y los tribunales nacionales. Solo queda, para el país miembro que haya sido condenado, el deber establecido en el derecho internacional de cumplir la sentencia de la Convención, lo que en todo caso no excluye la posibilidad de cierto efecto orientador.

2.2. La decisión del Tribunal Constitucional Federal en la causa *Görgülü*

El Tribunal Constitucional Federal trató el tema de los efectos intraestatales de los fallos del tribunal de Estrasburgo en 2004 con relación a su decisión en la causa *Görgülü* que recibió mucha atención en el ámbito europeo.²⁶ En el proceso original se trató de un litigio por el derecho de custodia y de adopción. El recurrente —padre de un hijo extramatrimonial entregado en adopción directamente después de su nacimiento— había tratado de obtener ante los tribunales alemanes el derecho de cuidar y visitar a su hijo. A raíz de una demanda individual, el TEDH decidió que las sentencias de los tribunales alemanes eran contrarias a la Convención. El recurrente había sido violado en su derecho según el artículo 8 de la CEDH, referido al respeto de la vida privada y familiar.

²³ Véase Sauer, *zaöRV* 65 (2005), p. 35 (38).

²⁴ Tribunal Constitucional Federal 41, 126 (149); 64, 135 (157).

²⁵ Véase Uerpmann, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung*, Berlín 1993, pp. 78 ss.

²⁶ Véase Meyer-Ladewig/Petzold, *NJW* 2005, S. 15 (20), y *BVerfGE* 111, 307 ss.

El tribunal local competente resolvió el caso ateniéndose a la decisión del TEDH, pero el tribunal regional anuló el fallo del tribunal local en contra de la resolución del TEDH. Según el tribunal regional superior, las resoluciones del TEDH solo son vinculantes para la República Federal de Alemania como sujeto de derecho internacional, pero no para sus órganos, particularmente los tribunales independientes, según la Ley Fundamental.

El recurso de amparo contra el fallo del tribunal regional superior tuvo éxito ante la segunda sala del Tribunal Constitucional Federal. Esta decidió que el tribunal regional superior había violado el derecho al matrimonio y la familia protegido por el artículo 6 de la Ley Fundamental en combinación con el principio del Estado de derecho del artículo 20, párrafo 1. En su propio proceso de determinación, las autoridades y tribunales alemanes debían tomar en cuenta las decisiones del TEDH que se habían dictado en la misma causa. Debían tomar nota de la decisión del TEDH, analizarla y eventualmente fundamentar por qué no habían seguido la concepción jurídica internacional. Se daría motivo para una desviación si se tratara de una relación jurídica multipolar con colisión de derechos fundamentales, mientras que el TEDH solamente habría tomado en consideración la relación vertical, es decir, la relación entre el recurrente y la República Federal de Alemania.²⁷

En la opinión pública europea y en la literatura jurídica esta decisión suscitó en parte una dura crítica. Se dijo que Karlsruhe habría puesto límites a Estrasburgo. En la literatura especializada se hablaba de una exageración del derecho de soberanía alemán.²⁸ El entonces presidente del TEDH, Wildhaber, mostró públicamente su inquietud. La sentencia en la causa *Görgülü* habría provocado consultas críticas con miras al efecto vinculante de los fallos del TEDH, sobre todo de los nuevos Estados democráticos de Europa del este.²⁹

Esta crítica está errada en lo esencial. Al menos en su tenor básico, la sentencia *Görgülü* es positiva frente al derecho internacional y a la Convención³⁰, si bien se subraya que no es posible una sumisión a actos de soberanía no alemanes sin control constitucional nacional.

A diferencia de la jurisprudencia anterior, ahora se establece que hacer caso omiso de decisiones del TEDH constituye también una violación a los derechos fundamentales establecidos en la Ley Fundamental en combinación con el principio del Estado de derecho, y que por ello es posible impugnarlo por medio de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal. Esto implica un notorio aumento del efecto de la Convención frente a la práctica habitual hasta ahora. La oportunidad de entablar un recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal da más eficacia a la garantía de la Convención y la jurisprudencia del TEDH. El precepto de estimación que fue impuesto a los tribunales nacionales establece una amplia vinculación de aquellas a las decisiones del TEDH.

El Tribunal Constitucional Federal solo reserva para sí mismo y para la Ley Fundamental la *última palabra* en asuntos de protección de derechos fundamentales. La Ley

²⁷ Tribunal Constitucional Federal 111, 307 (327 y s.).

²⁸ Véase Cremer, *EUGRZ* 2004, 683 ss.

²⁹ Véase Wildhaber, *Der Spiegel* 47/2004, p. 50 (52).

³⁰ Así también Meyer-Ladewig/Petzold, *NJW* 2005, p. 15 (20); Sauer, o. cit. (54).

Fundamental establece la lealtad y el compromiso con el derecho internacional —pero no al costo de renunciar a su propia identidad liberal—. ³¹

Aparte de esto, el Tribunal Constitucional Federal dedujo del principio del compromiso al derecho internacional ³² —que se deriva del preámbulo y de los artículos 23-26 de la Ley Fundamental— la suposición de que el legislador tenga la voluntad de actuar conforme a los derechos humanos. Por consiguiente, según el principio *lex posterior*, una ley que fue promulgada posteriormente solo se debe imponer contra la Convención si el legislador lo proyectó claramente. En otro caso, la ley que fue promulgada posteriormente se debe interpretar conforme a los derechos humanos. Ese planteamiento tiene consecuencias extensas. La jurisprudencia conduce a una elevación de facto de la CEDH en la jerarquía de normas, porque normalmente no se encuentra la voluntad clara del legislador de desviarse de la Convención. Así la CEDH, que formalmente solo es una ley sencilla, de facto llega a ser una norma suprallegal. Pues se impone con su significado contra cualquier ley que superficialmente la contradiga. ³³

En su ambición de aumentar la coherencia de la CEDH con el orden de derechos fundamentales, el tribunal va aún más allá. Según la jurisprudencia de la segunda sala, no solo las leyes comunes deben ser interpretadas a la luz de la Convención, sino también las garantías con un rango formalmente superior. ³⁴

2.3. Internamiento preventivo.

El fallo del Tribunal Constitucional Federal del 4 de mayo del 2011

Recientemente se produjo una discrepancia entre la jurisprudencia del TEDH y el Tribunal Constitucional Federal con respecto a las normas del internamiento preventivo. El derecho penal alemán se basa en un sistema sancionatorio de dos vías que prevé la aplicación de penas por una parte y medidas de rehabilitación y seguridad por la otra. Las sanciones penales están sujetas al principio de la culpabilidad, que como expresión del concepto personal de la libertad y la responsabilidad está consolidado en el artículo 1 de la Ley Fundamental (dignidad humana). Por eso, las penas de privación de libertad en Alemania son extraordinariamente bajas. Deben tener una adecuada correspondencia con la culpabilidad del victimario. Por otra parte, es posible establecer el internamiento preventivo de criminales peligrosos violentos, una medida que no está sujeta al principio de culpabilidad sino que únicamente apunta a la peligrosidad del victimario de manera preventiva. Solo se exige como punto de partida un delito grave que la persona debe haber cometido antes.

Este sistema de sanción penal de dos vías es extraordinariamente liberal y se ajusta mucho al Estado de derecho. Así, el año pasado en Alemania solamente se registraron 3 000 presos en centros penitenciarios que tenían que cumplir penas de más de diez años

³¹ Así Di Fabio, en Zimmermann (comp.), *Deutschland und die internationale Gerichtsbarkeit*, Berlín 2004, p. 104 «111».

³² Véase Kaiser y Schübel-Pfister, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, tomo 2, Berlín 2011, p. 545 «552 y s.», con diferenciación a *Europarechtsfreundlichkeit*.

³³ Véase Sauer, *ZaöRV* 65 «2005», 35 «48».

³⁴ BVerfGE 111, 307 ss.

de privación de libertad, y cerca de 500 que estuvieron internados por tiempo ilimitado a causa de su peligrosidad. Por el contrario, en Inglaterra en el mismo tiempo se encontraron cerca de 16 000 personas cumpliendo sentencias de más de diez años de privación de libertad.

El Tribunal Constitucional Federal alemán había legitimado el internamiento preventivo en el año 2004, aunque entonces ya había reclamado la falta de ajuste a la libertad y la terapia de los internados.³⁵

Entretanto, a partir del año 2009³⁶ el TEDH se sobrepuso a esa decisión y estableció que la prolongación posterior del plazo máximo de internamiento preventivo previsto anteriormente contravenía el artículo 5, párrafo 1 (derecho a la libertad y a la seguridad), y el artículo 7, párrafo 1 (*nulla poena sine lege*, ‘no hay pena sin ley’), de la CEDH. De esta manera revaluó la perspectiva del victimario y devaluó la perspectiva de la víctima.³⁷

Eso causó turbulencias políticas muy fuertes en Alemania. Después de esas decisiones el Tribunal Constitucional Federal recibió recursos que reprocharon la inconstitucionalidad del internamiento preventivo. Con el fallo del 4 de mayo del 2011,³⁸ el Tribunal Constitucional Federal retomó y concretó la jurisprudencia en la causa *Görgülü*³⁹ respecto a la consideración de los fallos del TEDH. Según ello, es cierto que la Convención de Derechos Humanos tiene un rango inferior a la Ley Fundamental, pero debido a la simpatía de la Ley Fundamental hacia el derecho internacional servirá como ayuda de interpretación para la determinación del contenido y el alcance de los derechos fundamentales. En verdad eso no requeriría una paralelización esquemática de la Ley Fundamental con la CEDH, pero por un lado se tendrían que integrar las decisiones del TEDH en el vigente sistema nacional de derecho dogmáticamente diferenciado, mientras por el otro se alcanzaría el límite de simpatía al derecho internacional si la protección de derechos fundamentales se redujera. Eso sería especialmente relevante en relaciones de derechos fundamentales multipolares, en las cuales un plus de libertad para un titular del derecho fundamental se corresponde con menos libertad para el otro.

De esta manera el Tribunal Constitucional Federal se reserva la facultad decisoria, pero al mismo tiempo expresa que generalmente solo puede desviarse de las normas de derecho internacional por razones inmanentes a la Constitución. A mi juicio, eso no es —como algunos opinan— una determinación por fuerzas ajenas, sino que más bien el Tribunal se abre desde el punto de vista dogmático y se acerca al TEDH.⁴⁰

Contrario a la decisión del TEDH y al artículo 7 de la CEDH (*nulla poena sine lege*), el Tribunal Constitucional Federal mantuvo que el internamiento preventivo no es un castigo en el sentido del ordenamiento nacional, y así en particular no está sujeto a la rigurosa interdicción de la retroactividad.⁴¹ Más bien, el Tribunal Constitucional Federal

³⁵ Véase Tribunal Constitucional Federal 109, 133 (166).

³⁶ Véase solo TEDH, fallo del 17 de diciembre 2009 - 19359/04 -, *NJW* 2000, pp. 2495 ss.

³⁷ Volkmann, *JZ* 2011, p. 835 (842).

³⁸ Tribunal Constitucional Federal, fallo del 4 de mayo de 2011 - 2 BvR 2333/08, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10, 2 BvR 1152/10 -, *NJW* 2011, pp. 1931 ss.

³⁹ Volkmann, *JZ* 2011, p. 835 ss.

⁴⁰ Tribunal Constitucional Federal, *NJW* 2011, p. 1931 (1942).

⁴¹ Véase Volkmann, *JZ* 2011, p. 835 (841, 842).

aprovechó la clasificación efectuada en vía de determinación autónoma por el TEDH para reclamar nuevamente que se mantenga distancia entre el internamiento preventivo y el sistema penitenciario, para debilitar en este sentido un criterio empleado por el TEDH en dicha vía de determinación autónoma. En el marco de la confianza legítima general, que también se debe tener en cuenta fuera del sistema penal, tuvo en consideración la constatada violación del artículo 7, párrafo 1, de la CEDH como elemento del control de proporcionalidad. De esta manera el Tribunal Constitucional Federal ajustó la jurisprudencia del TEDH al sistema de derecho nacional dogmáticamente diferenciado, pero mediante la localización en el control de proporcionalidad al mismo tiempo dejó espacio para la influencia de otros criterios de ponderación.

3. Problemas del sistema a varios niveles

Ya con relación a las palabras introductorias y especialmente con relación a los ejemplos concretamente presentados se manifiestan problemas de la protección de derechos fundamentales en el sistema a varios niveles. Desde el punto de vista alemán se debe revisar la interacción entre el Tribunal Europeo de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Federal, ante lo cual me concentraré en la interacción entre el TEDH y el Tribunal Constitucional Federal.

Formalmente no pueden surgir conflictos de competencias en relación con el TEDH, porque el Tribunal Constitucional Federal tiene como norma la Ley Fundamental para juzgar la validez de recursos de amparo; el control posterior por el TEDH, en cambio, se realiza justamente mediante la CEDH y no mediante la Ley Fundamental. Por eso no se deben subestimar las consecuencias prácticas que se producen mediante cada decisión respecto a la interpretación, el contenido y el alcance de los derechos fundamentales y derechos humanos, que en su mayor parte son de contenido igual.

3.1. Problemas sistemáticos que resultan de la jurisprudencia del TEDH

La relación entre la jurisprudencia del TEDH y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal enfrenta dos dificultades sistemáticas en particular.

3.1.1. *Jurisprudencia autónoma y cultura de legalidad nacional*

En la determinación de los derechos humanos según la Convención, el TEDH aplica una definición autónoma de los derechos protegidos que no se puede comparar con el estándar nacional. Mientras que eso tiene sentido en el caso de las dictaduras en el marco de la antigua área de influencia soviética, en las culturas de Estado de derecho de Europa occidental eso da con un sistema de protección de derechos fundamentales altamente elaborado y casi hipertrófico, y lo reemplaza por otro o le agrega otro.⁴² Eso conduce a

⁴² TEDH, *NJW* 2006, pp. 197 (202 y s.) (nm 155 ss.).

que un concepto general diferenciado del legislador nacional, que a lo mejor se basa en varios pilares y que se ha ajustado en su complejidad a las peculiaridades de los derechos fundamentales nacionales, pierde su equilibrio a causa de una generalización en categorías autónomas, y a consecuencia de eso (ya) no puede resistir al control mediante las definiciones autónomas de zonas protegidas de la CEDH.

Para explicarlo volveré a la cuestión del internamiento preventivo. Justamente por el sistema diferenciado entre pena por un lado y medidas de rehabilitación y de seguridad por el otro (que comprende el internamiento preventivo), en Alemania se logra limitar la privación de libertad al nivel necesario y reglamentarla rigurosamente mediante el principio de la culpabilidad según las normas nacionales de la Ley Fundamental. Por eso, solamente se puede aspirar a los fines preventivos a partir del principio de la culpabilidad, es decir que están descartadas las penas de privación de libertad prolongada únicamente por razones preventivas. Por el contrario, en otros Estados europeos se imponen múltiples de penas largas de privación de libertad para tapar huecos de protección del público.

Esa cultura nacional de derecho penal se pierde si el internamiento preventivo —así como ocurrió— se mide de manera aislada en relación con el concepto de la pena determinado autónomamente según el artículo 7 de la CEDH, y si los requisitos se establecen de conformidad con ello.

Para considerar las peculiaridades nacionales sin poner en peligro el deber europeo de la protección de derechos humanos, la CEDH debería tener la habilidad de considerar un balance positivo total de derechos humanos. Con este fin se tendrían que establecer requisitos metódicos para la determinación de un balance de estas características y atenuar el enfoque al control de normas individuales de la Convención. Como punto de partida se podría pensar en el *margin of appreciation* ('margen de apreciación') que fue aplicado por el TEDH en diferentes lugares y que —dependiendo de la cuestión concreta y la importancia de los intereses afectados— permite a los tribunales nacionales disponer de diferentes márgenes de apreciación.

Es el propósito del diálogo dogmático iniciado por los tribunales facilitar la fecundación mutua de las jurisprudencias. La relación entre el TEDH y el TJUE muestra que, con vistas a un nivel de protección ya garantizado, el TEDH está dispuesto de aplicar su densidad y profundidad de control de manera moderada. En la decisión *Bosphorus-Airways*,⁴³ el TEDH estableció en principio la equivalencia de la protección de derechos fundamentales por la UE y por la CEDH. Sobre esta base rechazó el caso concreto y realmente estableció que la consideración de casos particulares se limite en casos que muestran una protección de derechos humanos obviamente insuficiente.

3.1.2. El principio de diferenciación en relaciones de derechos fundamentales multipolares

Otra valla sistemática consiste en que la jurisprudencia del TEDH está caracterizada fuertemente por la relación bipolar entre el recurrente y el Estado violador, y es así que se

⁴³ Véase Papier, *EUGRZ* 2006, p. 1 <3>; Hofmann-Riem, *EUGRZ* 2006, p. 492 <497>.

ha relegado el enfoque a las consecuencias sobre los derechos fundamentales y derechos humanos de terceros o de intereses estatales de rango constitucional.

a) Respecto a la causa de este enfoque en la relación bipolar entre el recurrente y el Estado parte, se hace referencia a la configuración del ordenamiento procesal en el TEDH,⁴⁴ según el cual solo participan el recurrente y el Estado parte. Sin embargo, ese punto jurídico-procesal no se debería sobrevalorar, porque por un lado también el Estado parte afectado debería ser capaz de presentar las posiciones de derechos fundamentales en contradicción que fueron considerados en la decisión contestada, y por el otro, según el artículo 36, párrafo 2, de la CEDH, también los terceros afectados pueden dar su opinión escrita o participar en el juicio oral ante el TEDH.

No se debe perder de vista que otra de las razones que dan lugar a la concentración de la relación vertical es que debido al gran número de sistemas y tradiciones constitucionales nacionales, así como al gran número de procesos, simplemente no es posible sumergirse en cada sistema jurídico nacional e integrarlo en sus decisiones sin la ayuda de los tribunales nacionales. Por lo tanto, el enfoque bipolar alivia,⁴⁵ pero al mismo tiempo alberga potencial de conflicto porque los tribunales nacionales deben adaptar la decisión a su propia jurisprudencia teniendo en cuenta las diferentes relaciones multipolares.⁴⁶ Desde mi punto de vista, el fortalecimiento del enfoque de derecho comparativo es una posible solución.

b) Un vistazo a la llamada *jurisprudencia Carolina* puede servir de ilustración. La controversia entre el Tribunal Constitucional y el TEDH se basó en una causa relativamente trivial. La princesa Carolina de Hanóver, una de las nobles más conocidas en Europa, se defendió contra la publicación de fotografías que se tomaron de ella, por ejemplo, saliendo a caballo, andando en bicicleta o haciendo compras. Después de haber agotado las instancias nacionales, interpuso un recurso de amparo constitucional al que dio lugar el Tribunal Constitucional basándose tan solo en tres fotografías. Aparte de esto, el recurso de amparo fue recusado. Ponderando el interés de información del público así como el derecho personal de la princesa, el Tribunal opinó que la publicación de las fotos debía ser permitida.⁴⁷ En la literatura jurídica alemana —respecto a su carácter fundamental— esa decisión se celebró en parte como *Carta Magna de la Información Visual*.⁴⁸

El TEDH no mostró entusiasmo frente a este hecho.⁴⁹ A raíz de una demanda individual de la princesa, el TEDH decidió que la sentencia del Tribunal Constitucional Federal violaba el derecho fundamental de la princesa a la privacidad, según el artículo 8 de la CEDH. En el caso concreto este artículo tendría prelación frente a la libertad de opinión y prensa según el artículo 10 de la CEDH.

En este caso, se evidencia la problemática de relaciones jurídicas multipolares. A través de su decisión en el caso *Carolina*, el TEDH no fortaleció *per se* la protección de dere-

⁴⁴ Así también Hofmann-Riem, *EUGRZ* 2006, p. 492 <497>.

⁴⁵ Véase Papier, *EUGRZ* 2006, p. 1 <3>.

⁴⁶ Véase Tribunal Constitucional Federal 101, 361 <388 ff.>.

⁴⁷ Soehring/Seelmann-Eggebert, *NJW* 2000, 2466 <2467>; véase también Heldrich, *NJW* 2004, 2634.

⁴⁸ TEDH, *NJW* 2004, 2647 ss.

⁴⁹ Hofmann-Riem, *NJW* 2009, p. 20 <22>.

chos fundamentales en Alemania, sino simplemente lo desplazó ampliando la protección de personas famosas y recortando a cambio la libertad de prensa.⁵⁰

La decisión del TEDH recibió, con razón, mucha crítica en la literatura jurídica.⁵¹ Sin considerar su detallada argumentación, el TEDH criticó el balance que encontró el Tribunal Constitucional Federal entre el derecho a la personalidad y la libertad de prensa. Además omitió explicar por qué la solución que encontró el Tribunal Constitucional Federal —camino medio entre el derecho francés, que dispone una altísima protección de las personalidades, y el inglés, con su fuerte énfasis en la libertad de prensa— ya no corresponde a los estándares comunes europeos de la CEDH.⁵²

Después de la decisión del TEDH y de que la jurisdicción ordinaria hubiera decidido nuevamente sobre la causa, el Tribunal Constitucional Federal no lanzó el guante al TEDH⁵³ y así evitó provocar una abierta lucha por el poder entre su propia facultad decisiva y la posibilidad de que el TEDH continuamente constataste incumplimientos de la Convención. Bien, es verdad que el Tribunal Constitucional Federal a través de su segunda decisión en el caso *Carolina*⁵⁴ sostuvo sus premisas normativas básicas de la primera decisión y solo procedió a un leve ajuste.⁵⁵ Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional Federal prestó atención a que los tribunales especializados tuvieran en cuenta los preceptos del TEDH frente a la protección de la intimidad de personas según el artículo 8 de la CEDH,⁵⁶ y que los ponderaran con la libertad de la prensa según el artículo 5, párrafo 1, de la Ley Fundamental.

El artículo 53 de la CEDH contiene en el ámbito de la Convención lo que en el contexto nacional denominamos *concordancia práctica*,⁵⁷ que no solo implica el equilibrio entre intereses en conflicto de rango constitucional. En este contexto, según mi opinión, no solo hay que propender al equilibrio entre derechos fundamentales y derechos humanos en conflicto, sino también a intereses estatales de rango constitucional, como los deberes estatales de protección frente al público o la garantía de una administración de justicia penal apta para funcionar.⁵⁸

La multipolaridad, tal como la planteé respecto a la jurisprudencia en la causa *Carolina*, no debe inducir a suponer que cada disparidad de opiniones entre el TEDH y el Tribunal Constitucional Federal sobre el contenido y el alcance de los derechos fundamentales y derechos humanos se solucionará posteriormente en la jurisprudencia nacional a favor del sistema de protección nacional con referencia a la multipolaridad, pues con relación a los límites por considerar también el TEDH debe equilibrar los intereses en conflicto y cumple con su deber. Por ejemplo, en un caso de derecho de trato respecto a un padre biológico y sus hijos a finales del año 2010, el TEDH enfatizó expresamente la ponderación

⁵⁰ Hofmann-Riem, *NJW* 2009, p. 20 <22>.

⁵¹ Véase Scheyli, *EUGRZ* 2004, 628 <630 ss., 633>.

⁵² Scheyli, *EUGRZ* 2004, 628 <631 ss.>; véase Frenzel, *AfP* 2011, p. 335 ss.

⁵³ Hofmann-Riem, *NJW* 2009, p. 20 <26>.

⁵⁴ Tribunal Constitucional Federal 120, 180 ss.

⁵⁵ Hofmann-Riem, *NJW* 2009, p. 20 <22>.

⁵⁶ Concretamente como ley general restringente a los efectos del artículo 5, párrafo 2, de la Ley Fundamental, Tribunal Constitucional Federal 120, 180 <200 f>.

⁵⁷ Hofmann-Riem, *EUGRZ* 2006, p. 492 <499>.

⁵⁸ A.A.: Esser, *StV* 2005, p. 348 <351>.

entre los intereses “de la madre, del padre legal, del padre biológico, de los hijos biológicos del matrimonio y de los hijos de la madre y el padre biológico”,⁵⁹ y al mismo tiempo constató una consideración insuficiente de las diferentes posiciones por los tribunales intraestatales, los cuales no habían tenido en cuenta los efectos positivos que la relación con el padre biológico tendría para el niño.⁶⁰

Al final siempre se hace la pregunta de quién es el que decide de manera vinculante sobre el balance correcto de los intereses en conflicto y en qué medida el TEDH tiene en cuenta y responde a las tradiciones constitucionales nacionales y a los respectivos niveles de protección de derechos humanos, sin la pretensión de establecer un estándar común europeo.

3.2. Diferentes estándares de desarrollo en Europa

En su jurisprudencia el TEDH se encuentra frente a 47 países miembros de la CEDH que difieren mucho respecto a la garantía de los derechos fundamentales y derechos humanos, tanto en aspectos materiales como procesales. Con ello no solo me refiero a las divergencias entre los niveles de protección de los Estados, sino al hecho de que los objetos procesales difieren. Mientras en un Estado miembro se trata de muerte y tortura, en otros se trata de la protección de princesas famosas frente a la publicación de fotografías.⁶¹ En este sentido tampoco se deben pasar por alto las ponderaciones diferentes de posiciones en conflicto a causa de tradiciones constitucionales diferentes.

En razón de que el número de casos es cada vez más alto⁶² —hubo 61#300 casos nuevos en el año 2010—, el TEDH en el futuro se debería concentrar menos en la corrección de casos individuales y más en aquellas decisiones que dan orientación y son esenciales para la constitución, conservación y evolución de estándares mínimos comunes a escala europea en el ámbito de protección de los derechos humanos.⁶³ *No man is an island... Every man is a piece of the main.* (‘Ningún hombre es una isla... Cada hombre es parte del conjunto.’)⁶⁴ Quizá una imagen de la historia de la colonización de los Estados Unidos de América en el siglo XIX puede servir como ilustración: “Al oeste del Mississippi” los carriles deben construirse conjuntamente..., a través del TJUE, el TEDH y el Tribunal Constitucional Federal, basándose en valores comunes e ideales sobre la base de estructuras dogmáticas que han sido fijadas hace mucho tiempo.

⁵⁹ TEDH, *EUGRZ* 2011, p. 124 (130) (núm. 70).

⁶⁰ TEDH, *EUGRZ* 2011, p. 124 (130 y s.) (núm. 71).

⁶¹ Mayer, *EUGRZ* 2011, p. 234 (235).

⁶² Según la memoria del TEDH —que puede ser consultada en <http://www.echr.coe.int>— tan solo en 2010 alrededor de 61.300 causas fueron sometidas al tribunal de derechos humanos. En 2010 algo menos que 41.200 causas fueron resueltas mediante decisión. En la actualidad aproximadamente 155.550 causas siguen pendientes (situación al 30 de setiembre de 2011).

⁶³ Así también Papier, *ZSR* 2005, 113 (126). En el mismo sentido Wildhaber, *EUGRZ* 2002, p. 569 ss.

⁶⁴ Véase Marx, Kardinal Reinhard, en Stolleis (comp.), *Herzkammern der Republik*, Munich, 2011, p. 159 (166).

4. Conclusión y perspectiva

Dichoso quien tenga la oportunidad de razonar sobre el derecho de decisión en última instancia, los espacios de evaluación, el balance correcto en condiciones multipolares de derechos fundamentales así como asuntos de cooperación e intercambio. El viejo continente, abatido por la crisis financiera, probablemente perderá importancia mundial en cuanto al discurso de derechos humanos y Estado de derecho, debido a que existen problemas más urgentes y existenciales en el marco de la protección de derechos humanos —no solamente aquí en América Latina sino también en Europa.

Sin embargo, no se debe subestimar la importancia de la relación y del trato entre los diferentes tribunales constitucionales en un sistema a varios niveles, porque con ello por un lado se determina la aceptación de las decisiones judiciales como requisito para la observancia en los diferentes Estados partes, que en última instancia aseguran los estándares mínimos en materia de protección de los derechos humanos. Por otro lado, un alto nivel de protección no debe ser razón para mostrar tranquilidad, porque las evoluciones de la sociedad, el progreso tecnológico y los cambios políticos requieren de nuevas respuestas y de nuevos caminos que en una Europa unida exigen soluciones cooperativas.

En un sistema a varios niveles de la protección de derechos fundamentales y derechos humanos ningún participante puede ni debe ignorar la posición del otro. A raíz de sus propios preceptos el Tribunal Constitucional Federal se debe hasta cierto punto a la interpretación favorable al derecho internacional. El TEDH no puede tomar decisiones lejos de la jurisprudencia constitucional nacional si no quiere poner en riesgo la aceptación de sus decisiones, y además se encuentra con un Tribunal Constitucional Federal que mantiene la facultad decisiva. En este sentido, los dos actores deben resolver sus diferencias que de hecho son inmanentes de la jurisprudencia a través del diálogo de argumentos y no con pretensión de poder.

Por ello no se trata de una recepción unilateral, sino de encontrar un camino común sobre las bases compartidas de valores como la democracia, el Estado de derecho y la dignidad humana, y de mantener y ampliar los altos niveles de protección de los derechos humanos en Europa. El diálogo presenta la oportunidad de cuestionar estructuras que tal vez estén arraigadas, flexibilizarlas si es necesario, ajustarlas y mejorarlas. La meta no es unificar la protección europea de derechos humanos, sino concentrarse en los derechos fundamentales y derechos humanos en su función de derecho de defensa, teniendo en cuenta las tradiciones nacionales. Desde mi punto de vista, por ello es indispensable fortalecer el *margin of appreciation* como enfoque fundamental de la jurisprudencia constitucional europea.

Hay una cosa que no debemos perder de vista frente a estas cooperaciones complejas: la protección de los derechos humanos requiere esfuerzos continuos, porque es nuestro gran fin común.

En un mundo multipolar caracterizado por nuevas pretensiones de poder a escala planetaria, solo una implementación estricta, comprensiva y exitosa de los ideales de los derechos humanos hace que los valores de la libertad, de la democracia y del Estado de derecho se conviertan en el punto de atracción. Y es ahí donde radica también la tarea de la jurisprudencia constitucional, tanto para nosotros en Europa como en América Latina.