

# Estado y derecho en América Latina hoy: derecho internacional y Estado de derecho

**Derecho comparado: la concretización, implementación y protección  
de los derechos fundamentales y garantías constitucionales en  
Alemania y la influencia de la Corte europea de Estrasburgo**

**Torsten Stein\* y Anna Judith Kaiser\*\***

## 1. Introducción: objeto y desarrollo del tema

Esta contribución tiene como objetivo darle al lector una visión de conjunto del sistema de protección de los derechos fundamentales en Alemania, presentándolo desde un enfoque comparado con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de Estrasburgo. Lejos de pretender ser exhaustivo o definitivo, el artículo quiere transmitir una noción primaria al lector interesado y de esta forma animarlo a profundizar en el tema. En correspondencia con este objetivo se establecerá en primer lugar una clasificación de la protección de los derechos fundamentales según la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania en términos históricos, terminológico-funcionales, estructurales y materiales. Posteriormente se describirá y analizará la interacción del sistema de protección de los derechos fundamentales (en el primer plano) entre el TEDH, el Convenio Europeo

\*Profesor de Derecho Internacional, Derecho Constitucional Comparado y Derecho de la Unión Europea en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sarre, Alemania. Ha sido investigador principal del Instituto Max-Planck y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Heidelberg. En la actualidad es presidente de la filial alemana de la Asociación de Derecho Internacional (ILA) y desde 1991 es el director del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Sarre. Ha publicado libros y artículos fundamentales en su área de trabajo y se desempeña como editor de la *Zeitschrift für europarechtliche Studien, ZeuS* [Revista de Estudios Jurídicos Europeos].

\*\*Máster en Ciencias del Derecho. Realiza actualmente su reftandariado en Hamburgo. Trabajó en la cátedra del Prof. Dr. Torsten Stein (Universidad de Sarre, Alemania).

para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (a partir de ahora CEDH), por un lado, y el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG, por su sigla en alemán), la Ley Fundamental, así como (en el segundo plano) entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (la Carta) y el BVerfG/la Ley Fundamental. La contribución concluirá con un breve balance.

## **2. La protección de los derechos fundamentales por la Ley Fundamental: clasificación desde la perspectiva histórica, funcional, estructural y material**

El sistema de protección de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental podrá clasificarse según criterios históricos, terminológico-funcionales, estructurales y materiales.

### **2.1. Perspectiva histórica: los antecedentes de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental**

Si bien la historia de la Ley Fundamental se inició recién en el año 1947, en el contexto de la reorganización del Imperio alemán derrotado por las tres potencias que controlaron las tres zonas occidentales del país, las ideas que le subyacen y las expresiones modernas del pensamiento de los derechos fundamentales forman parte de una tradición mucho más larga.<sup>1</sup> No constituyen «un invento de los padres (y madres) de la Ley Fundamental»;<sup>2</sup> se encuadran, en cambio, en una evolución histórico-ideológica de largo alcance (aunque para nada lineal).<sup>3</sup> La Magna Carta Libertatum inglesa (de 1215) y el Acta Habeas Corpus (de 1679), igualmente inglés, deben ser entendidas como las primeras expresiones de la protección de los derechos fundamentales y humanos.<sup>4</sup> Sin embargo resultaron especialmente importantes la americana Virginia Bill of Rights (de 1776) y la francesa Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (de 1789). Hay que mencionar también las primeras diez enmiendas de la Constitución federal de los Estados Unidos (de 1791), la «Ley sobre los derechos fundamentales del pueblo alemán» (de 1848) aprobada por la Asamblea Nacional reunida en la iglesia de San Pablo (Paulskirche, Fráncfort del Meno), la cual se integró, luego de haber sido ampliada por algunas enmiendas, a la sección sobre derechos humanos de la Constitución del Imperio alemán (de 1849), y la segunda parte principal de la Constitución imperial de Weimar (de 1919), referida a los «Derechos y deberes fundamentales de los alemanes».<sup>5</sup>

Tampoco deben ser obviados los siguientes documentos de gran relevancia para la protección internacional de los derechos fundamentales y humanos, más allá de

<sup>1</sup> Sachs, en Sachs (comp.), *Grundgesetz Kommentar [Comentario de la Ley Fundamental]*, 5.<sup>a</sup> ed., 2009, «Einführung» [«Introducción»], nm. 13; Herdegen, en: Maunz, Düring (comp.), *Grundgesetz [Ley Fundamental]*, 57.<sup>a</sup> ed., 2010, art. 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental, nm. 4.

<sup>2</sup> Manssen, *Staatsrecht II Grundrechte [Derecho del Estado II: los derechos fundamentales]*, 7.<sup>a</sup> ed., 2010, p. 1, nm.1; v. también Sachs (nota al pie de p. 1), previo al art. 1, nm. 1.

<sup>3</sup> Ipsen, *Staatsrecht II [Derecho del Estado II]*, 13.<sup>a</sup> ed., 2010, p. 3, nm. 4.

<sup>4</sup> Sachs (nota al pie de p. 1), previo al art. 1, nm. 3.

<sup>5</sup> Herdegen (nota al pie de p. 1), art. 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental, nm. 4 ss.; Pieroth, Schlink, *Grundrechte Staatsrecht II [Derechos fundamentales. Derecho del Estado II]*, 26.<sup>a</sup> ed., 2010, p. 6 s., nm. 20 ss. y p. 11, nm. 36; Manssen (nota al pie de página 2) p. 1, nm. 3 ss.

que fueran promulgados con posterioridad a la Ley Fundamental, a saber, la Declaración Universal de la Asamblea General de las Naciones Unidas (de 1948), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (de 1950) así como los dos pactos sobre derechos humanos elaborados en 1966 en el seno de las Naciones Unidas: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>6</sup> Todos ellos significan «la actualización de la cultura jurídica expresada en las Constituciones nacionales, a nivel del derecho internacional».<sup>7</sup>

## 2.2. *Perspectiva terminológico-funcional:*

### *¿qué significan «derechos fundamentales», y para qué sirven?*

Los derechos fundamentales se definen generalmente como derechos subjetivos, garantizados por la Constitución, por medio de los cuales «se le concede al individuo el poder legal de exigirle una omisión y tal vez una acción o tolerancia a quien resulte obligado por él».<sup>8</sup> Cuando se habla de los derechos fundamentales según la Ley Fundamental se hace referencia a los derechos garantizados en la primera sección de la Ley Fundamental (artículos 1-19), pero no todos los artículos y secciones comprenden derechos fundamentales, como lo explica el artículo 93, párrafo 1, número 4a de la Ley Fundamental (en adelante abreviados como art., párr. y n.<sup>o</sup>).<sup>9</sup> En cambio, si se hace referencia a los derechos equiparados con derechos fundamentales se trata de aquellos derechos que, si bien se encuentran comprendidos en la cláusula de vigencia del art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental, y a pesar de que puedan ser recurridos mediante un recurso de inconstitucionalidad de conformidad con el art. 93, párr. 1, n.<sup>o</sup> 4a de la Ley Fundamental, no están incluidos en la primera sección de la Ley Fundamental (más específicamente, el art. 4, párr. 33, así como los artículos 33, 38, 101, 103 y 104).<sup>10</sup>

Los derechos fundamentales y los derechos equiparados a ellos no tienen objetivos únicos, sino que pueden cumplir varias funciones. Operan como protección contra los excesos del poder estatal, por lo que constituyen derechos defensivos (con intervención) contra el Estado (el llamado *status negativus*).<sup>11</sup> Pueden asimismo obligar al Estado a actuar (adoptando por ejemplo la forma de derechos de reclamación, de protección, de participación, de prestación y de procedimiento; el llamado *status positivus*), actuar como derechos de estructuración (por ejemplo, derechos ciudadanos como el de sufragio del art. 38, párr. 1, frase 1 de la Ley Fundamental; el llamado *status activus*) o operar como garantías institucionales (bajo la forma de garantías de los institutos del derecho privado o de garantías institucio-

<sup>6</sup> Walter, «Geschichte und Entwicklung der europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten» [«Historia y evolución de los derechos y libertades fundamentales en Europa»], en: Ehlers (comp.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* [Los derechos y libertades fundamentales en Europa], 3.<sup>a</sup> ed., 2009, § 1, nm. 1.

<sup>7</sup> *Ibidem*, § 1, nm. 1.

<sup>8</sup> Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 33, nm. 118.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 19, nm. 67.

<sup>10</sup> Herdegen (nota al pie de p. 1), art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental, nm. 9; Epping, *Grundrechte* [Los derechos fundamentales], 4.<sup>a</sup> ed., 2010, p. 3, nm. 9 s.; Jarass, en: Jarass, Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar* [Ley Fundamental para la República Federal de Alemania. Comentario], 10.<sup>a</sup> ed., 2009, nota previa al art. 1, nm. 1; Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 19, nm. 66.

<sup>11</sup> Epping (nota al pie de p. 10), p. 5, nm. 14.

nales del derecho público). Complementando las mencionadas funciones clásicas de los derechos fundamentales, estos pueden adoptar asimismo la función de un orden valorativo objetivo o de garantía de organización y procedimiento.<sup>12</sup> Si bien la enumeración precedente no sigue un orden único en la bibliografía especializada (en la mayoría de los casos), su contenido material suele ser idéntico.<sup>13</sup>

### 2.3. *Perspectiva estructural: sobre la nomenclatura de la protección de los derechos fundamentales según la Ley Fundamental*

Además de la referida diferenciación sistemática entre derechos fundamentales y derechos equiparados con derechos fundamentales, la Ley Fundamental distingue también, desde la perspectiva de los efectos de cada derecho fundamental, garantías constitucionales, derechos de igualdad y derechos de participación; y desde la perspectiva de la titularidad, entre derechos fundamentales para todos y para alemanes, exclusivamente.<sup>14</sup> Según el art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental estos derechos tienen un efecto vinculante directo para los tres poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).

Las resultantes vinculaciones jurídico-constitucionales íntegras atañen, explícitamente, solo a los poderes públicos alemanes, sin comprender a aquellos casos en que los derechos fundamentales sean conculcados por poderes públicos extranjeros (por ejemplo, por medio de medidas de los órganos de la UE) o por particulares. De modo que, por principio, la disposición del art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental no se refiere, *in abstracto*, a medidas tomadas por poderes públicos extranjeros.<sup>15</sup> En cambio, con respecto a la UE la situación *in concreto* presenta una complejidad mayor. En consecuencia, los derechos fundamentales mantienen su carácter vinculante para los poderes alemanes en lo que refiere a la participación en la constitución y modificación de los tratados fundacionales (en tanto derecho primario europeo). Del mismo modo, los derechos fundamentales mantienen su efecto vinculante para las autoridades alemanas responsables, por ejemplo, de la aplicación de los reglamentos o la implementación de las directivas.<sup>16</sup> Sin embargo, los actos bajo responsabilidad directa de la UE muestran una complejidad mayor.<sup>17</sup> El BVerfG entendió en esos temas en sus célebres decisiones Solange I y II referidas al reglamento bananero así como sobre los tratados de Maastricht y Lisboa, las cuales se mencionan en este contexto, sin entrar en una discusión pormenorizada.<sup>18</sup>

El art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental tampoco propone un efecto vinculante de los derechos fundamentales para terceros. La «ampliación del ámbito de vigencia de

<sup>12</sup> Epping (nota al pie de p. 10), p. 5, nm. 15f.; v. también Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 25, nm. 91 ss.

<sup>13</sup> P. ej. Sachs (nota al pie de p. 1), previo a art. 1, nm. 42 ss.; Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 21, nm. 75 ss.; Manssen (nota al pie de p. 2), p. 13, nm. 44 ss.

<sup>14</sup> Jarass (nota al pie de p. 10), nota previa al art. 1, nm. 2.

<sup>15</sup> Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 47, nm. 189.

<sup>16</sup> Manssen (nota al pie de p. 2) p. 26 s., nm. 86 ss.; Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 51 s., nm. 205 ss.

<sup>17</sup> Manssen (nota al pie de p. 2), p. 26, nm. 88 ss.

<sup>18</sup> BVerfGE [Decisiones del Tribunal Federal Constitucional], 37, p. 271 (Solange I); BVerfGE 73, p. 339 (Solange II), BVerfGE 89, p. 155 (Maastricht); BVerfGE 123, p. 267 (Lisboa).

los derechos fundamentales más allá de la clásica relación entre dos partes, un particular y el Estado, a la relación entre particulares»,<sup>19</sup> conocida como eficacia (directa) frente a terceros, contradice el texto del art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental, dado que este se refiere explícitamente al poder estatal. En la materia no existe unanimidad a nivel de los tribunales ni tampoco en la bibliografía especializada.<sup>20</sup> El BVerfG estableció al respecto: «sin duda los derechos fundamentales tienen como objetivo primordial proteger la esfera de la libertad individual contra la intromisión del poder público; son derechos defensivos de los ciudadanos contra el Estado»;<sup>21</sup> el tribunal hizo referencia a la «evolución del concepto de los derechos fundamentales a lo largo de la historia de las ideas»,<sup>22</sup> así como también a «los procesos históricos que llevaron a la integración de los derechos fundamentales a las Constituciones de los países»,<sup>23</sup> a la nomenclatura de la Ley Fundamental y al propósito de los derechos fundamentales.<sup>24</sup> La situación cambia, sin embargo, cuando se trata de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales sobre terceros, según la cual los derechos fundamentales, si bien no son de aplicación directa en el derecho privado, tienen un efecto determinante en él.<sup>25</sup> Al respecto, el BVerfG expresó: «para la puesta en práctica de esta influencia la jurisprudencia recurre prioritariamente a las «cláusulas generales», las cuales refieren a criterios fuera del ámbito del derecho civil y aun directamente extrajudiciales, por ejemplo las «buenas costumbres», para juzgar el comportamiento humano. Esto se debe a que la decisión acerca de las exigencias de los mandatos sociales en cada caso específico tendrá que fundamentarse en primer término en la totalidad de los valores que un pueblo hace suyo en una instancia específica de su evolución intelectual y cultural y que quedaron plasmados en su Constitución. Por esto las cláusulas generales fueron caracterizadas, con razón, como los «puntos de irrupción» de los derechos fundamentales en el derecho civil.»<sup>26</sup>

Por principio, todas las personas físicas son titulares originales de los derechos fundamentales; en algunos casos excepcionales el derecho de acceder a los derechos fundamentales puede iniciarse incluso antes de haber nacido (como protección del ser humano no nacido) y perdurar después de la muerte (como protección *post mortem* de la persona).<sup>27</sup> El art. 19, párr. 3 de la Ley Fundamental extiende la protección de los derechos fundamentales (y junto a ella, la titularidad de estos) a las personas jurídicas nacionales.<sup>28</sup> Para ello el derecho fundamental en cuestión

<sup>19</sup> Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 47 s., nm. 189.

<sup>20</sup> En sentido afirmativo, p. ej.: *BAGE 1 [Decisiones del Tribunal Federal de Trabajo]*, p. 185 (193), en sentido negativo: *BAGE, 48*, p. 122 (138 ss.) y *BVerfGE 7*, p. 198 (204) (Lüth).

<sup>21</sup> *BVerfGE 7*, 198 (204) (Lüth).

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 48, nm. 191; Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 20 s., nm. 68 ss.

<sup>25</sup> Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 49, nm. 196.

<sup>26</sup> *BVerfGE 7*, p. 198 (206) (Lüth).

<sup>27</sup> *BVerfGE 39*, p. 1 (369); *BVerfGE 30*, p. 173 (194); Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 36, nm. 135 s.; Sachs (nota al pie de p. 1), previo al art. 1, nm. 70.

<sup>28</sup> Krüger, Sachs., en: Sachs (comp.), *Grundgesetz Kommentar*, 5.<sup>a</sup> ed., 2009, art. 19, nm. 48; Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 41 s., nm. 157.

debe ser aplicable, en su esencia, a las personas jurídicas.<sup>29</sup> Las personas jurídicas extranjeras residentes en uno de los Estados partes de la UE deben ser equiparadas con las personas jurídicas nacionales, a diferencia de las personas jurídicas extranjeras no residentes, que por principio no serán titulares de los derechos fundamentales, sin perjuicio de lo cual gozan de ciertos niveles de protección por medio del efecto directamente vinculante de los derechos fundamentales en tanto derecho con efecto directo para los tres poderes (art. 1, párr. 3 de la Ley Fundamental), con la posibilidad de recurrir a los derechos del debido proceso conforme a los artículos 101, párrafo 1, frase 2, y 103, párrafo 1 de la Ley Fundamental.<sup>30</sup> La renuncia del titular de un derecho fundamental a hacer uso de este, en el sentido de la extinción del derecho fundamental en cuestión, no es compatible con el objetivo ni con el propósito de la Ley Fundamental, por lo que será imposible.<sup>31</sup>

#### **2.4. Perspectiva material: examen de compatibilidad y presentación de algunos derechos fundamentales**

La compatibilidad con los derechos fundamentales se examinará en tres etapas. Se determinará primero si el área protegida por un derecho fundamental específico se vería afectada. En segundo lugar se analizará la posibilidad de que se produzca una intervención, y se aclarará, en tercer término, si la posible intervención contaría con el necesario respaldo jurídico-constitucional. Esta etapa de *justificación* a su vez comprende varias etapas parciales, de las cuales una reviste especial importancia: el principio de la proporcionalidad. Según él, toda intervención de un área protegida por un derecho fundamental debe ajustarse a los límites que fija la legitimidad de la finalidad buscada así como la idoneidad, necesidad y conveniencia del instrumento propuesto.<sup>32</sup> Si el área protegida estuviera afectada, se constatará una intervención en el área protegida y esta no pudiera ser justificada, se estaría ante la vulneración del derecho fundamental.<sup>33</sup>

Cumpliendo con el propósito de esta contribución de presentar una visión de conjunto al lector, se elegirán algunos derechos fundamentales que se expondrán brevemente, a modo de ejemplo. Para ello se tomarán aquellos derechos fundamentales que permiten, de forma ejemplar, el análisis de la influencia de la jurisprudencia del TEDH en la protección de los derechos fundamentales establecidos en la Ley Fundamental, por lo que se volverá sobre ellos en la tercera parte. El *art. 2, párr. 1, en conjunción con el art. 1, párr. 1 de la Ley Fundamental*, en tanto derecho general de la persona desarrollado por el BVerfG mediante sus decisiones de casos, garantiza al individuo un área inviolable para desarrollar su vida privada y lo protege con-

<sup>29</sup> Krüger, Sachs, (nota al pie de p. 28), art. 19, nm. 48; Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 41 s., nm. 157.

<sup>30</sup> Krüger, Sachs (nota al pie de p. 28), art. 19, nm. 51; Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 42, nm. 164.

<sup>31</sup> Sachs (nota al pie de p. 1), previo al art. 1, nm. 52.

<sup>32</sup> Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 63 ss., nm. 263 ss.; Hufen, *Staatsrecht II Grundrechte [Derecho del Estado II. Derechos fundamentales]*, 2.<sup>a</sup> ed., 2009, p. 122 s., nm. 14 ss.

<sup>33</sup> Para un análisis en profundidad véase Jarass (nota al pie de p. 10), previo al art. 1, nm. 14 ss.<sup>37</sup> Pieroth, Schlink (nota al pie de p. 5), p. 274, nm. 1096.

tra peligros que podrían afectar su personalidad.<sup>34</sup> El art. 5, párr. 1 de la *Ley Fundamental* establece cinco libertades de comunicación: la libertad de opinión, información, prensa, radio y televisión y cinematografía. La libertad de prensa (art. 5, párr. 1, frase 2 de la *Ley Fundamental*) se define como *constitutiva por antonomasia*<sup>35</sup> para un orden constitucional libre y democrático y protege todas las actividades relacionadas con la prensa, desde la búsqueda de información hasta la difusión de las noticias.<sup>36</sup> El art. 19, párr. 4 de la *Ley Fundamental* es un derecho fundamental de procedimiento que garantiza la protección judicial sin excepciones.<sup>37</sup>

### 3. La interacción entre los niveles nacional, europeo e internacional en la protección de los derechos fundamentales

Si bien la *Ley Fundamental* y el *BVerfG*, en tanto instancias de garantía del derecho, son sumamente importantes para la protección referida anteriormente, su actuación no se da de forma aislada. Hoy la protección de la *Ley Fundamental* es complementada, por un lado, por el *TEDH*, el cual garantiza a nivel internacional (del Consejo de Europa) los derechos establecidos en el *CEDH*, y por el otro, por el *TJCE*, cuya responsabilidad es la protección de los derechos fundamentales a nivel europeo. En consecuencia, desde la perspectiva de la soberanía alemana se debe tener en cuenta, en el contexto del «sistema transversal de derecho de Europa»,<sup>38</sup> a nivel jurídico-sustantivo, los derechos fundamentales de la *Ley Fundamental*, las garantías del *CEDH* y los derechos fundamentales comunitarios y, a nivel jurídico-procesal, el sistema judicial que opera en varios niveles (*BVerfG*, *TJCE* y *TEDH*).<sup>39</sup> Por lo tanto resulta ineludible, por un lado, la dilucidación de la relación entre la protección de los derechos fundamentales a nivel nacional, europeo e internacional y, por el otro, la descripción y el análisis crítico de las enmiendas y los avances, pero también de las dificultades relacionadas con ellos.

#### 3.1. La protección de los derechos fundamentales a nivel internacional: la influencia de la jurisprudencia del *TEDH* de Estrasburgo en la protección de los derechos humanos (en Alemania)

En conformidad con el título y el énfasis temático de esta contribución se indagará en la relación entre la protección nacional de los derechos fundamentales (*Ley Fundamental/BVerfG*) y la protección internacional de los derechos humanos (*CEDH/TEDH*), comenzando con una (breve) clasificación dogmática de la protección de los derechos humanos sobre la base de las garantías del *CEDH*.

<sup>34</sup> Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 83, nm. 315; Manssen (nota al pie de p. 2), p. 69, nm. 227.

<sup>35</sup> *BVerfGE* 35, p. 202 (221) (Lebach).

<sup>36</sup> *BVerfGE* 20, p. 162 (Spiegel).

<sup>38</sup> Schilling, Jan Moritz, *Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung* [La protección de los derechos fundamentales en Alemania entre la soberanía nacional y la europeización de los derechos humanos], 2010, p. 3.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

### 3.1.1. Protección de los derechos fundamentales según el CEDH y por el TEDH

El CEDH es un tratado multilateral del derecho internacional, cuya suscripción está limitada a los integrantes del Consejo de Europa (acuerdo cerrado) y que obliga directamente a las partes a garantizar determinados derechos y libertades de todas las personas dependientes de su jurisdicción.<sup>40</sup> De esta forma el artículo 1 del CEDH establece el carácter general de obligados por el CEDH de los Estados signatarios y constituye las personas (también las jurídicas) dependientes de su soberanía en titulares del CEDH.<sup>41</sup> Las obligaciones derivadas del CEDH existen (a diferencia de la Ley Fundamental) con independencia del modo de actuar de los Estados partes, según el derecho público o el derecho privado, de forma directa o por intermedio de privados, mientras (según una opinión no universalmente aceptada) la titularidad del CEDH entra en vigencia recién a partir del nacimiento (sin comprender al no nacido) y se extingue con la muerte (sin efecto post mortem).<sup>42</sup> Las obligaciones contraídas bajo el CEDH tienen carácter vinculante para todas las partes del tratado, limitándose en cambio las obligaciones asumidas en los protocolos adicionales a aquellas partes que ratificaron el protocolo adicional correspondiente.<sup>43</sup>

El TEDH, constituido como tribunal permanente de justicia, es «la principal institución responsable de velar por el cumplimiento de las obligaciones» (artículo 19, frase 2 del CEDH).<sup>44</sup> En la actualidad tiene 47 jueces (cf. artículo 20 del CEDH) que se reúnen, según las disposiciones del artículo 27, párrafo 1 del CEDH, como Colegio de tres jueces, Sala de siete jueces y Gran Sala de 17 jueces. De conformidad con el artículo 44, párrafo 1 del CEDH las decisiones de la Gran Sala son definitivas. El artículo 44, párrafo 2 del CEDH establece, en cambio, que las sentencias de la Sala queden firmes recién a los tres meses de haber sido dictadas, a no ser que se haya solicitado su remisión a la Gran Sala o el Colegio de cinco jueces la haya rechazado.<sup>45</sup> Las competencias del TEDH (artículo 32 del CEDH) comprenden la interpretación e implementación del Convenio y de los protocolos adicionales que se le soliciten por la vía de una demanda entre Estados (artículo 33 del CEDH) o por una demanda individual (artículo 34 del CEDH) y la emisión de opiniones consultivas (artículo 47 del CEDH).<sup>46</sup> Las disposiciones de procedimiento correspondientes se encuentran en los artículos 33 a 48 del CEDH.<sup>47</sup> Se considerarán como auténticas para la interpretación del CEDH sola-

<sup>40</sup> Meyer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar [El Convenio europeo de derechos humanos. Comentario sucinto]*, 2.<sup>a</sup> ed., 2006, «Introducción», nm. 1 y nm. 28.

<sup>41</sup> *Europeo de Derechos Humanos*, 4.<sup>a</sup> ed., 2009, p. 101, nm. 1; el art. 1 del CEDH no define un área geográfica de vigencia; v. al respecto la jurisprudencia del TEDH. En lo referido a los plazos de vigencia del CEDH rigen los principios generales del derecho internacional (Grabenwarter [nota al pie de p. 41], p. 106 ss., nm. 11 ss.).

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 102, nm. 3 ss. y p. 103, nm. 7.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 6, nm. 4.

<sup>44</sup> Schorkopf, «Internationale Durchsetzung» [«Aplicación internacional»], en: Grote, Marauhn (comp.), *EMRK/Grundgesetz: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz [CEDH/Ley Fundamental. Comentario concordado del sistema europeo y alemán de protección de los derechos fundamentales]*, 2006, cap. 30, nm. 7.

<sup>45</sup> Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 93, nm.2.

<sup>46</sup> Más exhaustivo: Schorkopf (nota al pie de p. 44), cap. 30, nm. 7.

<sup>47</sup> Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 41, previo a la nm. 1.

mente las versiones en idioma inglés y francés (cf. la cláusula final del CEDH).<sup>48</sup> Dado que el TEDH considera al CEDH como un «instrumento vivo» su interpretación va más allá de la orientación exclusiva por la situación actual, para actualizar y perfeccionar permanentemente el contenido y alcance del Convenio desde esta perspectiva.<sup>49</sup> Tiene el derecho de acudir al TEDH toda persona natural, organización no estatal y grupo de personas que declara haber sido vulnerado por un Estado parte en el goce de los derechos garantizados en el CEDH o uno de sus protocolos adicionales. Debido a que la demanda individual tiene como objetivo la protección del individuo (o una organización no estatal o un grupo de personas) contra un determinado acto del Estado parte en cuestión, los hechos violatorios se limitan a actos del Estado o pueden ser adjudicados al Estado parte (como en el ejemplo ya mencionado, en el cual una persona privada actúa en nombre de un Estado parte (artículo 1 del CEDH)).<sup>50</sup> En cambio la demanda de Estado (artículo 33 del CEDH) habilita a todos los Estados partes a acudir al TEDH, si se encuentran ante una supuesta vulneración del Convenio y sus protocolos adicionales por otro Estado parte. De este modo la demanda de Estado contribuye «a adjudicarle a la comunidad de los Estados europeos la función de supervisión respecto del cumplimiento del sistema europeo de protección de los derechos humanos».<sup>51</sup>

Los derechos humanos comprendidos por el CEDH pueden ser clasificados, a nivel estructural, en derechos fundamentalmente defensivos (por ejemplo, los artículos 8-11 del CEDH) y derechos esencialmente jurídico-procesales (por ejemplo, los artículos 5-7 y 13 del CEDH).<sup>52</sup> En lo metodológico, el examen de la denunciada vulneración de un derecho humano de carácter defensivo por medio de la demanda individual (artículo 34 del CEDH) tiene características similares al examen de una vulneración que se denuncia por la vía del recurso de inconstitucionalidad (artículo 93, párrafo 1, numeral 4a de la Ley Fundamental).<sup>53</sup> Toda denuncia de vulneración de un derecho humano garantizado por el CEDH se examina (siguiendo un procedimiento estructuralmente idéntico) mediante la siguiente secuencia de tres pasos: 1) área protegida, 2) intervención, 3) justificación.<sup>54</sup> La justificación se subdivide a su vez en a) la cuestión de la base legal (las versiones auténticas hablan de «*prévus par la loi*» y

<sup>48</sup> Theodor Schilling, *Internationaler Menschenrechtsschutz: das Recht der EMRK und IPbPR* [Sistema internacional de protección de los derechos humanos: el derecho del CEDH y del PIDCP], 2010, p. 17, nm. 33.

<sup>49</sup> Meyer-Ladewig, Petzold, «Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR - Neues aus Straßburg und Karlsruhe» [«El carácter vinculante de las sentencias del TEDH para los tribunales alemanes: novedades de Estrasburgo y Karlsruhe»], *NJW*, 2005, p. 15 (18).

<sup>50</sup> Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 41, nm. 2.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 43, nm. 1.

<sup>52</sup> Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 110, nm. 1; Ehlers, «Allgemeine Lehren der EMRK» [«Efectos generales del CEDH»], en: Ehlers (comp.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten* [Los derechos y libertades fundamentales en Europa], 3.<sup>a</sup> ed., 2009, § 2, nm. 21.

<sup>53</sup> Theodor Schilling (nota al pie de p. 48), p. 23, nm. 49; Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 55 s., nm. 221; Hoffmann, Mellech, Rudolphi, Der «Einfluss der EMRK auf die grundrechtliche Fallbearbeitung» [«La influencia del CEDH en la solución de casos referidos a derechos fundamentales»], *JURA*, 4/2009, p. 256 (258).

<sup>54</sup> Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 110, nm. 1; Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 55 s., nm. 221.

«in accordance with the law»),<sup>55</sup> b) el objetivo legítimo, y c) la proporcionalidad de la intervención.<sup>56</sup> El examen de los derechos humanos de carácter jurídico-procesal se ajusta, en términos generales, al siguiente esquema: 1) área protegida, 2) respeto de las normas jurídico-procesales y 3) justificación.<sup>57</sup>

Si bien el CEDH se limita (según la opinión actualmente dominante) a conminar a las partes contratantes a internalizar los derechos establecidos en el Convenio, dejando a su criterio la posición y jerarquía que esos derechos tendrán en el derecho nacional (en el caso alemán, por ejemplo, una ley federal común conforme al artículo 59, párrafo 2 de la Ley Fundamental), resulta sorprendente hasta qué punto el CEDH ha influido en las Constituciones nacionales (además del derecho comunitario de la UE) y cuán estrechamente se encuentra interconectado con ellas en la actualidad.<sup>58</sup>

### 3.1.2. *Análisis comparado de la protección de los derechos fundamentales mediante las garantías del CEDH y de la Ley Fundamental, considerando la influencia de la jurisprudencia del TEDH en la jurisprudencia del BVerfG*

La estrecha interconexión que se mencionó anteriormente se expone con mayor claridad mediante un análisis comparado de la protección derivada del CEDH y de la Ley Fundamental, así como en la influencia recíproca de la jurisprudencia del TEDH y del BVerfG. Cabe aclarar que el artículo 35, párrafo 1 del CEDH impide posibles conflictos de competencia entre el BVerfG y el TEDH, al establecer el agotamiento de la vía judicial a nivel nacional como condición previa a la admisión de una demanda individual por el TEDH. Según el TEDH esta condición comprende también el recurso de inconstitucionalidad.<sup>59</sup> En consecuencia, la cuestión de la influencia que el TEDH ejerce sobre el BVerfG queda planteada en los términos del cumplimiento o incumplimiento de las sentencias del TEDH por el BVerfG o, por el contrario, como la corrección de las sentencias del BVerfG por el TEDH.

El propio BVerfG se ha ocupado de este asunto y resolvió que en Alemania no se le reconoce la jerarquía de una disposición constitucional al CEDH, por lo que su vulneración no podrá ser sancionada por medio de un recurso de inconstitucionalidad con arreglo al artículo 93, párrafo 1, numeral 4a de la Ley Fundamental, aunque de todos modos tendrá que ser tenido en cuenta para la interpretación de

<sup>55</sup> Cf. Grabenwarter, Marauhn, «Grundrechtseingriff und -schränken» [«La intervención en los derechos fundamentales y sus límites»], en: Grote, Marauhn (comp.), *EMRK/Grundgesetz: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, cap. 7, nm. 21, con referencias al art. 8 del CEDH y al art. 2 del Protocolo adicional 4.

<sup>56</sup> Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 110, nm. 1.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> Giegerich, «Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten» [«Efecto y jerarquía del CEDH en los sistemas legales de los Estados partes»], en: Grote, Marauhn (comp.), *EMRK/Grundgesetz: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, cap. 2, nm. 19.

<sup>59</sup> Limbach, «Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa» [«El Tribunal Constitucional Federal y la protección de los derechos fundamentales en Europa»], NJW, 2001, p. 2913 (2914).

la Ley Fundamental.<sup>60</sup> Luego de superar las reservas iniciales contra el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, el BVerfG parece haber llegado a aceptar «la apertura del sistema legal alemán en conjunto [...] hacia la influencia del derecho del Convenio»<sup>61</sup> en la actualidad.<sup>62</sup> Más allá de que la clasificación como ley federal común (cf. artículo 59, párrafo 2 de la Ley Fundamental) garantice, a nivel teórico, la vigencia jurídico-constitucional del CEDH (cf. artículo 20, párrafo 3 de la Ley Fundamental), el BVerfG lo pone en práctica en el marco de sus decisiones.<sup>63</sup> En este contexto cabe mencionar especialmente la decisión n.º 111, p. 307 del BVerfG en el caso *Görgülü* (BVerfGE 111, p. 307 [Görgülü]), por la cual el BVerfG dejó constancia explícita del efecto vinculante del CEDH para los tribunales alemanes y la obligatoriedad de tener en cuenta el contenido y las actualizaciones del convenio y estableció que el CEDH debe ser tenido en cuenta como herramienta de interpretación para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales y principios del Estado de derecho.<sup>64</sup> A partir de esta declaración de obligatoriedad el BVerfG reconoce el efecto vinculante de las decisiones del TEDH para todos los órganos del Estado, incluso más allá del efecto interpartes que el artículo 46, inciso 1 del CEDH establece.<sup>65</sup> El BVerfG describe los límites (potenciales y, por lo menos hasta ahora, no agotados) del mencionado efecto vinculante como sigue:

En la medida en que existan, en el marco de los estándares metodológicos vigentes, los márgenes de interpretación y ponderación necesarios, los tribunales alemanes están obligados a dar preferencia a las interpretaciones que se ajusten al Convenio. Solo podrán optar por otra vía, si el cumplimiento de una decisión del tribunal, por ejemplo a raíz de un cambio en la base de méritos, significara la vulneración abierta de la legislación vigente que diga lo contrario o de determinadas disposiciones constitucionales, sobre todo si se tratara de los derechos fundamentales de terceros.<sup>66</sup>

A continuación se ilustrará esta «interacción», tomando como ejemplo los derechos fundamentales y humanos ya mencionados (además de las célebres decisiones que les corresponden): en efecto, el ya mencionado artículo 2, párrafo 1 en conjunción con el artículo 1, párrafo 1, el artículo 5, párrafo 1 y el artículo 19, párrafo 4 de

<sup>60</sup> Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 5, nm. 2; Limbach (nota al pie de p. 59), *NJW*, 2001, p. 2913 (2915).

<sup>61</sup> Schilling, Jan Moritz (nota al pie de p. 38), p. 84.

<sup>62</sup> Grote, Marauhn, «Einleitung» [«Introducción»], en: Grote, Marauhn, *EMRK/Grundgesetz: onkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, «Einleitung» [«Introducción»], nm. 2.

<sup>63</sup> Schilling, Jan Moritz (nota al pie de p. 38), p. 59; Schmahl, «Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht» [«La protección de los derechos fundamentales entre la UE, el CEDH y el derecho constitucional nacional»], en: Hatje, Nettesheim (comp.), *Grundrechtsschutz im Dreieck von nationalem, europäischem und internationalem Recht [La protección de los derechos fundamentales entre la UE, el CEDH y el derecho constitucional nacional]*, *EuR - Beiheft 1 - 2008*, p. 36; Grabenwarter (nota al pie de p. 41), p. 18 s., nm. 6; Hoffmann, Mellech, Rudolphi (nota al pie de p. 53), *JURA*, 4/2009, p. 256 (257 s.); *BVerfGE* 111, p. 307 (Görgülü).

<sup>64</sup> Meyer-Ladewig, Petzold (nota al pie de p. 50), *NJW*, 2005, p. 15 (19); Gerhardt, *Europa als Rechtsgemeinschaft: Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts [Europa, una comunidad de derecho. La contribución del Tribunal Constitucional Federal]*, *ZRP* 2010, p. 161 (161).

<sup>65</sup> Meyer-Ladewig, Petzold (nota al pie de p. 50), *NJW*, 2005, p. 15 (20); Hoffmann, Mellech, Rudolphi (nota al pie de p. 53), *JURA*, 4/2009, p. 256 (258).

<sup>66</sup> *VerfGE* 111, p. 307 (329) (Görgülü).

la Ley Fundamental corresponden a los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar), 10 (libertad de expresión), 6 (derecho a un proceso equitativo) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del CEDH, respectivamente. El artículo 8 del CEDH resume la protección de la vida privada y familiar como un derecho fundamental único (en cambio la Ley Fundamental abarca los componentes que hacen a la vida privada y familiar formulando una serie de derechos fundamentales, entre ellos en el ya mencionado artículo 2, párrafo 1 en conjunción con el artículo 1, párrafo 1, pero también en los artículos 6 y 13 de la Ley Fundamental, entre otros), con la intención de garantizar una protección lo más exhaustiva posible.<sup>67</sup> El artículo 10 del CEDH reconoce el derecho de expresarse con libertad, en tanto el artículo 6 del CEDH «funde las garantías principales de un proceso con arreglo a las normas de un Estado de derecho en un derecho fundamental único».<sup>68</sup> Este incluye, entre otros, la garantía de que un proceso judicial debe ser concluido en un plazo adecuado (artículo 6, párrafo 1 del CEDH). Además, según el artículo 13 del CEDH toda persona que sufre la vulneración de uno de los derechos del Convenio, tiene el derecho de interponer un recurso efectivo ante una instancia judicial nacional.

Quien busque un caso *clásico* de influencia de la jurisprudencia del TEDH relativa al artículo 8 del CEDH sobre la jurisprudencia del BVerfG referida al artículo 2, párrafo 1 en conjunción con el artículo 1, párrafo 1 y el artículo 5 de la Ley Fundamental se encontrará, casi inevitablemente, con las decisiones del TEDH del 24.9.2004 y 28.7.2005 en la causa (*Caroline von Hannover contra Alemania* (recurso n.º 59320/00)). El proceso (que aquí se resume en forma muy abreviada) intentó dilucidar la cuestión de si las sentencias de los tribunales alemanes vulneraron el respeto a la vida privada y familiar de la recurrente, porque declararon compatible con la Constitución alemana y se abstuvieron a prohibir la publicación de algunas fotografías de ella en varios tabloides. El TEDH no solo criticó la figura jurídica de la *persona de notoriedad pública general*, con la cual los tribunales alemanes habían fundamentado su decisión; también declaró incompatible con el Convenio la conciliación, derivada de la mencionada figura, de la libertad de prensa y de opinión, por un lado, con la protección de la vida privada y familiar, por el otro.<sup>69</sup> Dejó sentado que el artículo 8 del CEDH establecía la obligación positiva y negativa del Estado de proteger la vida privada y familiar del individuo, una función que podía tener efectos incluso en la relación entre particulares.<sup>70</sup> En consecuencia, el TEDH determinó la responsabilidad de la República Federal de Alemania de garantizar la protección de la vida privada y familiar, también en lo que refiere a la relación entre particulares, por medio de un sistema legal adecuado.<sup>71</sup> Haciéndose eco de la sentencia, el BVerfG

<sup>67</sup> Para una discusión más exhaustiva v. Marauhn, Meljnik, «Privat- und Familienleben» [«Vida privada y familiar»], en: Grote, Marauhn (comp.), *EMRK/Grundgesetz: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, cap. 16, nm. 15 y nm. 17.

<sup>68</sup> Grabenwarter, Pabel, «Der Grundsatz des fairen Verfahrens» [«El principio del proceso equitativo»], en: Grote, Marauhn (comp.), *EMRK/Grundgesetz: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2006, cap. 14, nm. 1.

<sup>69</sup> Schilling, Jan Moritz (nota al pie de p. 38), p. 81 y p. 141; Buergenthal, Thürer, *Menschenrechte: Ideale, Instrumente, Institutionen* [Derechos humanos: ideales, instrumentos, instituciones], 2010, p. 351.

<sup>70</sup> Buergenthal, Thürer (nota al pie de p. 69), p. 351.

<sup>71</sup> Buergenthal, Thürer (nota al pie de p. 69), p. 236.

adaptó en su próxima decisión<sup>72</sup> su jurisprudencia a las pautas del TEDH. En el mismo sentido el Tribunal Supremo Federal para asuntos civiles y causas penales (BGH) corrigió la figura de la *persona de notoriedad pública general*.<sup>73</sup> La bibliografía especializada comentó al respecto:

Contrario a lo que algunos habían deseado, en la decisión *Caroline II* el *BVerfG* se rehusó a desafiar al *TEDH*; en cambio decidió a favor de apoyar el proceso de aprendizaje mutuo y de abrir un camino que conduce a la compatibilidad de las pautas determinantes de los diferentes sistemas legales.<sup>74</sup>

Junto a este ejemplo *clásico* de la influencia ejercida por el TEDH sobre el *BVerfG* cabe mencionar, con referencia a los artículos 6 y 13 del CEDH (o el artículo 19, párrafo 4 de la Ley Fundamental), la sentencia muy reciente del TEDH del 2.9.2010 en la causa *Rumpf contra Deutschland* (recurso n.º 46344/06). Este se refería a la duración excesiva de los procesos ante los tribunales alemanes. Según el TEDH se trataba de un problema estructural, por lo que declaró que Alemania tenía que introducir un medio de impugnación contra los procesos excesivamente prolongados que entraría en efecto, como máximo, durante el año posterior a aquel en que la sentencia adquiere valor de cosa juzgada. De esta forma el TEDH obligó, por un lado, a la República Federal de Alemania (por medio de las obligaciones derivadas del convenio y de la sentencia) a enmendar su sistema de protección de los derechos fundamentales y de los derechos en general, al tiempo que, por el otro lado, ejerció una influencia activa en el sistema alemán de protección de los mencionados derechos.

Ambos casos ejemplares ilustran, sin duda, la influencia que la jurisprudencia del TEDH ejerce sobre la jurisprudencia del *BVerfG* y muestran muy especialmente la estrecha interacción, que mencionáramos al inicio, entre la protección de los derechos fundamentales a nivel nacional y la protección de los derechos humanos a nivel internacional.

### **3.2. La protección de los derechos fundamentales a nivel europeo: interacción entre el Tratado de la Unión Europea (TUE), la Carta de los Derechos Fundamentales y la Ley Fundamental**

La protección de los derechos fundamentales a nivel nacional y la protección de los derechos humanos a nivel internacional se complementan, en la Unión Europea, con la protección de los derechos fundamentales a nivel europeo. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa esta consta de dos componentes: por un lado, la Carta de los Derechos Fundamentales que se autoadjudica (a pesar de no estar integrada al TUE) un carácter vinculante (cf. artículo 6, párrafo 1, segunda frase del TUE), y por el otro, los derechos fundamentales que el TJCE ha ido construyendo por

<sup>72</sup> *BVerfGE* 120, p. 180.

<sup>73</sup> Schilling, Jan Moritz (nota al pie de p. 38), p. 81.

<sup>74</sup> Hoffmann-Riem, «Die Caroline II-Entscheidung des BVerfG - Ein Zwischenschritt bei der Konkretisierung des Kooperationsverhältnisses zwischen den verschiedenen betroffenen Gerichten» [«La decisión Caroline II del BVerfG: etapa intermedia en el camino hacia la concretización de la cooperación entre los tribunales involucrados»], *NJW*, 2009, p. 20 (26).

la vía de la valoración jurídico-comparativa del CEDH y del acervo compartido de las constituciones nacionales de los Estados partes y que se constituyen en principios generales del derecho (cf. artículo 6, párrafo 3 del TUE) con carácter vinculante.<sup>75</sup> De esta forma las garantías del CEDH adquirirían un carácter formalmente vinculante para la UE y dejarían de ser una simple fuente de conocimiento jurídico de consulta obligatoria, todo lo cual equivaldría a una creciente unificación de la protección de los derechos fundamentales en Europa.<sup>76</sup> La bibliografía especializada expresa al respecto: «*Ainsi, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'Union devra vraisemblablement vivre avec un système écrit de protection des droits fondamentaux*».<sup>77</sup> La Carta de los Derechos Fundamentales comprende 54 artículos, ordenados en siete capítulos, que se ocupan, entre otros temas, de la dignidad del ser humano, los derechos de libertad y equidad, pero también los derechos judiciales y civiles.<sup>78</sup> Gracias a su similitud estructural los derechos fundamentales construidos por el TJCE por la vía de la valoración jurídico-comparativa pueden ser clasificados en garantías constitucionales, derechos de igualdad y derechos de prestación, pero también en derechos civiles de la Unión y derechos de procedimiento.<sup>79</sup> Sin embargo, las libertades fundamentales no son definidas como derechos fundamentales, sino como la condición jurídico-individual del mercado común.<sup>80</sup>

Si un individuo se siente lesionado en el ejercicio de un derecho fundamental a causa de un acto de la Unión Europea, tiene el derecho de acudir al TJCE mediante demanda de nulidad conforme al artículo 263 subinciso 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).<sup>81</sup> Las similitudes entre la protección de los derechos fundamentales a nivel nacional y europeo se constatan, por ejemplo, con respecto al carácter subjetivo de los derechos fundamentales y la eficacia frente a terceros.<sup>82</sup> Por otra parte, se observan diferencias entre la protección de los derechos fundamentales a nivel nacional e internacional, por un lado, y a nivel europeo, por el otro, por ejemplo en relación a las salvedades sistemáticas, que admiten restricciones a los derechos fundamentales: la Ley Fundamental y el CEDH prevén este tipo de salvedades para cada derecho fundamental y humano por separado, a diferencia de la Carta que estipula una salvedad general (cf. artículo 52, párrafo 1, frase 1 de la Carta).<sup>83</sup> Asimismo existen diferencias significativas entre los tribunales de justicia correspondientes a cada nivel. A diferencia del BVerfG y el TEDH, el TJCE tiene como cometido primordial la implementación del derecho de la Unión, en lugar de

<sup>75</sup> Pache, Rösch (nota al pie de p. 75), *EuR*, 2009, p. 769 (785); v. también Benoît-Rohmer (nota al pie de p. 75), p. 56.

<sup>76</sup> Pache, Rösch (nota al pie de p. 75), *EuR*, 2009, p. 769 (779).

<sup>77</sup> Jacqué, «Les droits fondamentaux dans le Traité de Lisbonne», en: Benedek, Benoît-Rohmer, Karl, Nowak (comp.), *European Yearbook on Human Rights* 2010, p. 134.

<sup>78</sup> Dausen, *Der Schutz der Grundrechte in der Rechtsordnung der Europäischen Union unter besonderer Berücksichtigung des institutionellen Schutzes dieser Rechte* [La protección de los derechos fundamentales en el orden jurídico de la Unión Europea, con énfasis especial en la protección institucional de esos derechos], 2010, p. 74.

<sup>79</sup> Buergenthal, Thürer (nota al pie de p. 69), p. 258 ss.

<sup>80</sup> Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 13 s., nm. 48.

<sup>81</sup> Buergenthal, Thürer (nota al pie de p. 69), p. 262.

<sup>82</sup> Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 32, nm. 115.

<sup>83</sup> Ipsen (nota al pie de p. 3), p. 56, nm. 222.

la protección de los derechos fundamentales y humanos.<sup>84</sup> Los derechos fundamentales, en tanto derecho (primario) de la Unión, se consideran superiores al derecho nacional, aunque en opinión del BVerfG esta implementación prioritaria se debe ajustar a determinados límites.<sup>85</sup> El artículo 53 de la Carta aclara con respecto a la protección de los derechos humanos a nivel internacional que el CEDH establece una protección mínima de los derechos fundamentales a nivel europeo, cuya reducción o restricción queda excluida.<sup>86</sup>

#### 4. Conclusiones y valoración final

Podemos afirmar, a modo de conclusión, que las relaciones entre los tribunales con responsabilidad para la protección de los derechos fundamentales y humanos a nivel nacional, europeo e internacional en general así como la relación entre el BVerfG y el TEDH que estuvo en el centro de esta contribución, en particular, se caracterizan por una cooperación cada vez más estrecha.<sup>87</sup> Más allá de la gran cantidad de propuestas tendientes a armonizar aún más esta relación y «a fomentar un sistema de protección de los derechos fundamentales en toda Europa que se adecue a los recursos y aumente, en consecuencia, su eficacia»<sup>88</sup> que se proponen en la bibliografía especializada, tanto el TJCE como el BVerfG ya se han abierto a la jurisprudencia del TEDH.

<sup>85</sup> Cf. las decisiones mencionadas: *BVerfGE* 37, p. 271 (Solange I); *BVerfGE* 73, p. 339 (Solange II), *BVerfGE* 89, p. 155 (Maastricht); *BVerfGE* 123, p. 267 (Lissabon); Buergenthal, Thürer (nota al pie de p. 69), p. 358.

<sup>86</sup> Jacqué (nota al pie de p. 77), p. 133.

<sup>87</sup> Schilling, Jan Moritz (nota al pie de p. 38), p. 90.

<sup>88</sup> Gerhardt (nota al pie de p. 64), *ZRP*, 2010, p. 161 (162).

<sup>84</sup> Limbach (nota al pie de p. 59), *NJW*, 2001, p. 2913 (2916).