

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una perspectiva comparada

*Davide Paris\**

En octubre de 2014, en medio de las discusiones sobre la retirada del Reino Unido del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el presidente de la Corte Suprema del Reino Unido, lord Neuberger, utilizó el siguiente argumento en apoyo de una Constitución escrita para el Reino Unido:

Si tuviésemos una Constitución, esta presumiblemente tendría prevalencia sobre las decisiones del Tribunal de derechos humanos de Estrasburgo e incluso sobre aquellas del Tribunal de la UE de Luxemburgo. En consecuencia, cuando dichas decisiones parecieran ser incompatibles con los principios fundamentales de la Constitución, prevalecerían estos últimos. Hoy en día, sin una Constitución prioritaria, es muy difícil para un tribunal del Reino Unido adoptar un enfoque de este tipo. Sin embargo, es un enfoque que, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán se ha mostrado dispuesto a adoptar si ello procede.<sup>1</sup>

---

\* Investigador del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público. Traducción del inglés por Lucas Sánchez de Miquel.

<sup>1</sup> Traducción libre de Neuberger, David, “The UK Constitutional Settlement and the Role of the UK Supreme Court”, Speech at the Legal Wales Conference 2014, 10 de octubre de 2014, párr. 32, <https://www.supremecourt.uk/news/speeches.html>

El razonamiento de lord Neuberger es completamente claro. Un tribunal ordinario, incluso aunque sea el más alto tribunal del país, no se encuentra en posición de oponerse de forma exitosa al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, Tribunal de Estrasburgo). Para ello, un tipo distinto de tribunal es necesario: un tribunal constitucional del estilo del *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal alemán, BVerfG), respaldado por una Constitución escrita.

Dejando a un lado las peculiaridades del Reino Unido, esta declaración demuestra la extendida percepción entre la doctrina jurídica de que las cortes constitucionales son el baluarte más efectivo para proteger la soberanía nacional —a veces amablemente llamada “identidad constitucional”— ante las intrusiones cada vez más invasivas del Tribunal de Estrasburgo. Desde esta perspectiva, la relación entre las cortes constitucionales y el TEDH se entiende esencialmente en términos de oposición, siendo el Tribunal Constitucional alemán el representante por excelencia.

Aquí no se pretende poner en duda esta afirmación. Más bien se sugiere que esto es solo una cara de la moneda y se pretende situar este papel de oposición de las cortes constitucionales en un panorama más amplio, en el cual la cooperación judicial es la regla y no la excepción. Aunque normalmente hay mucho ruido acompañando la “caída de un árbol” de una sentencia de una corte constitucional desafiando al TEDH, el “bosque en crecimiento” de la cooperación fluida entre ambos habitualmente permanece inadvertido.

La cooperación y la oposición, sin embargo, no son solamente fórmulas para describir el actual estado de la relación entre las cortes constitucionales y el TEDH. También pueden ser enfoques normativos. El compromiso de las cortes constitucionales hacia la aplicación interna del Convenio y especialmente de la jurisprudencia del TEDH es crucial, ya que las cortes constitucionales son la autoridad judicial con mayor influencia dentro del ordenamiento jurídico interno. Pero el hecho de que ocasionalmente expresen una controversia con el TEDH puede ser considerado, bajo ciertas circunstancias, una función legítima de las cortes constitucionales, que puede reforzar la legitimidad del sistema convencional y su correcto funcionamiento, en lugar de boicotearlo.

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

---

### 1. INTRODUCCIÓN

Generalmente, los tribunales constitucionales son considerados los guardianes de la Constitución, ya que se les encomienda la tarea de defender las normas de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico ante la potencial amenaza de las autoridades internas, especialmente del parlamento. Este artículo tiene como objetivo investigar si actúan también como guardianes del CEDH, cómo y en qué medida.

Primero se examina cómo las cortes constitucionales de seis países de Europa Occidental —Austria, Bélgica, Francia, España, Alemania e Italia— interactúan con el CEDH y con la jurisprudencia del Tribunal Europeo. A continuación se argumenta que, gracias a su función particular en el ordenamiento jurídico interno, las cortes constitucionales se encuentran en una posición que les permite contribuir a la aplicación interna del CEDH de una forma que le es impedida a las otras autoridades nacionales. Sin embargo, su interacción con el CEDH, y especialmente con la jurisprudencia del TEDH, no solo beneficia a la implementación nacional, sino que también es clave para mantener el equilibrio entre la protección supranacional de los derechos humanos, por un lado, y el margen de apreciación nacional, por el otro —es decir, entre derechos y democracia— contribuyendo de esta manera a la legitimidad general del sistema convencional.

El artículo se organiza en dos secciones. La primera se centra en el papel del CEDH ante el juez constitucional. Primero arroja luz sobre la contribución de las cortes constitucionales en la implementación nacional del CEDH, una contribución que a menudo es subestimada frente a los casos menos frecuentes de desobediencia. Demuestra que, aunque el CEDH normalmente carece de rango constitucional, las cortes constitucionales recurren a varias técnicas para incorporarlo en sus parámetros constitucionales, habilitándose de esta manera para revisar la compatibilidad de los actos internos con el CEDH. Estas técnicas interpretativas son tratadas brevemente, mientras que el enfoque del *Conseil constitutionnel* (Consejo Constitucional francés), que no tiene en cuenta el CEDH, es destacado como la excepción que confirma la regla (2.1.).

La segunda parte de la primera sección destaca que usar el CEDH como parámetro para el control constitucional no convierte a las cortes constitucionales en órganos subordinados al TEDH. Al revisar la compatibilidad de los actos nacionales con el CEDH, las cortes constitucionales también han desarrollado algunas excepciones importantes al deber de cumplir con las sentencias de Estrasburgo. Esto les permite evitar una transposición mecánica de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento interno. Estas excepciones son concisamente enumeradas y discutidas (2.2).

Mientras que la segunda sección es esencialmente descriptiva, la tercera adopta un enfoque normativo. Aboga por la aceptación del CEDH, tal y como lo interpreta el TEDH, por las cortes constitucionales como parte de sus parámetros de constitucionalidad, y destaca los beneficios de esta opción. En particular se señala que de hacerlo, las cortes constitucionales se encuentran en posición de mejorar el cumplimiento doméstico del CEDH, de aumentar la legitimidad y aceptación del sistema convencional y de entrar en un diálogo con el Tribunal de Estrasburgo.

La conclusión, además de resumir las principales constataciones del artículo, afirma que en determinadas circunstancias incluso un acto de resistencia abierta ante el TEDH por parte de las cortes constitucionales puede ser entendido como una contribución a la legitimidad y eficacia generales del sistema convencional, más que como una simple amenaza al mismo. Seguidamente se señalan las condiciones que las cortes constitucionales deberían respetar cuando expresen su desacuerdo con Estrasburgo, para convertir un desafío potencial al sistema europeo de protección de los derechos humanos en una contribución a su desarrollo racional.

## 2. EL PAPEL DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

### 2.1. La incorporación del Convenio en el baremo constitucional

Generalmente, el CEDH no tiene rango constitucional en los ordenamientos jurídicos de los Estados parte. Lo más frecuente es

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

que haya sido incorporado en los ordenamientos jurídicos internos a través de una disposición legislativa ordinaria y que no tenga un estatus formal más alto que este.<sup>2</sup> El ordenamiento jurídico austriaco ofrece una excepción interesante. Aquí, después de algunas dudas que siguieron a la ratificación del Convenio en 1958, una reforma constitucional aprobada en 1964 determinó de forma retroactiva el rango constitucional del CEDH.<sup>3</sup> Desde entonces, este es claramente parte del baremo constitucional y es tarea de la corte constitucional austriaca, dentro de los límites de su jurisdicción, asegurar el cumplimiento de la normativa nacional con el CEDH de la misma manera en que asegura el cumplimiento de la Constitución.<sup>4</sup> El *Verfassungsgerichtshof* (Tribunal Constitucional austriaco) sostiene que, al interpretar el CEDH, tiene que “considerar particularmente la jurisprudencia del TEDH, al ser el órgano encargado de interpretar el CEDH”.<sup>5</sup> Así, cita la jurisprudencia de Estrasburgo más a menudo que otras cortes constitucionales y obedece al TEDH en la mayoría de casos.<sup>6</sup>

En varios países, sin embargo, pese a la falta de un rango constitucional de este tipo, las cortes constitucionales han desarrollado diversas doctrinas que hacen posible la incorporación de facto del Convenio a los parámetros constitucionales. Interpretar los derechos constitucionales a la luz del Convenio es la primera

<sup>2</sup> Alemania proporciona un claro ejemplo de este enfoque, tal y como lo explicó el BVerfG en *Görgülü*. Véase BVerfG, Order of the Second Senate of 14 October 2004, 2 BvR 1481/04 (BVerfGE 111, 307), párr. 31.

<sup>3</sup> BGBl 59/1964; Gamper, Anna, “Austria: Endorsing the Convention System, Endorsing the Constitution”, en Popelier, Patricia, Lambrecht, Sarah, Lemmens, Koen (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 75 y ss.

<sup>4</sup> Grabenwarter, Christoph, “Zur Bedeutung der Entscheidungen des EGMR in der Praxis des VfGH”, *Österreichische Richterzeitung*, 2007, p. 154.

<sup>5</sup> Traducción libre de Tribunal Constitucional austriaco (VfSlg) 11.500/1987 (caso *Miltner*), parr. II, 4, g), en Gamper, Anna, *op. cit.*, p. 77.

<sup>6</sup> Grabenwarter, Christoph, “European Fundamental Human Rights in the Case Law of the Austrian Constitutional Court”, en Weitzel, Luc (ed.), *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, 2013, p. 60. Para algunos ejemplos véase Grabenwarter, Christoph, “Zur Bedeutung...” , *cit.*

y más conocida de dichas doctrinas. Cuando se trata de definir el contenido y el alcance de un derecho constitucional que también está protegido por el Convenio, la corte constitucional interpreta el derecho constitucional de acuerdo con el derecho correspondiente del Convenio. Por tanto, ya que los derechos establecidos en el Convenio normalmente también son protegidos por las constituciones nacionales, también forman el contenido de los derechos constitucionales.

Esta técnica ha sido aplicada de manera extensa por el Tribunal Constitucional español, sobre la base del artículo 10.2 de la Constitución, que requiere expresamente interpretar “[1]as normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce [...] de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. En su jurisprudencia, este Tribunal Constitucional ha destacado que el artículo 10.2 conduce a una coincidencia de facto entre los derechos consagrados en la Constitución y aquellos consagrados en los tratados internacionales. En palabras del Tribunal Constitucional, el artículo 10.2

[...] obliga a interpretar los correspondientes preceptos [constitucionales] de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución.<sup>7</sup>

El CEDH ha sido sin duda el tratado internacional para el cual este mecanismo ha sido aplicado más a menudo,<sup>8</sup> lo que ha desplazado a un segundo plano la falta de estatus constitucional del Convenio. Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional siempre ha sostenido que el artículo 10.2 no confiere rango cons-

<sup>7</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España (STC) 36/1991 de 14 de febrero de 1991 (BOE núm. 66, de 18 de marzo de 1991), FJ 5.

<sup>8</sup> Sáiz Arnaiz, Alejandro, “Artículo 10.2: La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en Pérez Manzano, Mercedes *et al.* (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, t. 1, vol. 1, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2018, p. 198.

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

---

titucional a los tratados internacionales, de modo que estos no pueden ser utilizados como parámetro autónomo para el examen de constitucionalidad,<sup>9</sup> también lo es que en la práctica, el CEDH sirve como parámetro constitucional para medir la validez de las leyes y de los actos de las autoridades públicas.<sup>10</sup>

Curiosamente, el Tribunal Constitucional ha aceptado sin problemas considerar la jurisprudencia del TEDH al interpretar derechos constitucionales basándose en el CEDH. Sin dar nunca extensas razones para dicha elección,<sup>11</sup> simplemente declaró que el artículo 10.2 “autoriza y aún aconseja” hacer referencia a la jurisprudencia de Estrasburgo.<sup>12</sup> Si el TEDH declara que España ha violado un derecho convencional que también está consagrado en la Constitución, es tarea del Tribunal Constitucional declarar y reparar dicha violación.<sup>13</sup>

En su famosa sentencia *Görgülü*, el Tribunal Constitucional Federal alemán llegó a una conclusión similar, pese a la ausencia en la Ley Fundamental alemana de un mandato constitucional correspondiente tan preciso como el de la Constitución española. Aunque excluye expresamente que el Convenio pueda servir como un criterio de evaluación autónomo y directo,<sup>14</sup> se refiere al Convenio y a la jurisprudencia de Estrasburgo como “guías de interpretación”. No obstante, en palabras de este órgano judicial, la obligación de interpretar los derechos constitucionales de acuerdo al Convenio suena más suave y menos convincente que en palabras de su homólogo español:

---

<sup>9</sup> Véase, por ejemplo, STC 36/1991, *op. cit.*, FJ 5 y STC 120/1990, de 27 de junio de 1990 (BOE núm. 181, de 30 de julio de 1990), FJ 2.

<sup>10</sup> Sáiz Arnaiz, Alejandro, *op. cit.*, p. 207.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 199.

<sup>12</sup> STC 36/1984 de 14 de marzo de 1984 (BOE núm. 80, de 3 de abril de 1984), FJ 3.

<sup>13</sup> STC 245/1991 de 16 de diciembre de 1991 (BOE núm. 13, de 15 de enero de 1992), FJ 2.

<sup>14</sup> BVerfG, 2 BvR 1481/04, *op. cit.*, párr. 32: “Las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, debido a su estatus en la jerarquía de normas, no son un estándar directo de control constitucional en el ordenamiento jurídico alemán” (traducción libre).

Las garantías del Convenio influyen la interpretación de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales de la Ley Fundamental. El texto del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sirven, a nivel de derecho constitucional, como guías de interpretación para determinar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales y principios constitucionales de la Ley Fundamental.<sup>15</sup>

Una técnica similar —que no difiere significativamente en la esencia aunque está categorizada bajo un nombre distinto: el “método de reconciliación”— ha sido desarrollada por la *Cour Constitutionnelle de Belgique* (Corte Constitucional belga).<sup>16</sup> Esta también considera que los tratados internacionales no son como tal un criterio autónomo para el examen de constitucionalidad.<sup>17</sup> Sin embargo, cuando el alcance de una disposición vinculante de un tratado internacional es análogo al de una o varias disposiciones constitucionales, considera que los tratados y las disposiciones constitucionales forman “un conjunto indisoluble” (“*un ensemble indissociable*”). De esta forma, al interpretar estas disposiciones constitucionales toma en cuenta las normas de derecho internacional.<sup>18</sup> Aunque se refiere a todos los tratados internacionales, esta doctrina ha sido aplicada fundamentalmente para el CEDH.<sup>19</sup>

Otra técnica a la que recurre la Corte Constitucional belga para proteger los derechos del Convenio es el llamado “método de combinación”.<sup>20</sup> Este consiste en aplicar las garantías de igualdad y no discriminación para derechos que no están establecidos en la Constitución sino en un tratado internacional. Para decirlo de otra forma, la Corte belga considera que los artículos 10 y 11

<sup>15</sup> *Idem* (traducción libre). El deber de tomar en consideración la jurisprudencia de Estrasburgo al interpretar las disposiciones constitucionales fue afirmado por primera vez en BVerfGE 74, 358 (370).

<sup>16</sup> Verdussen, Marc, *Justice constitutionnelle*, Bruselas, Larcier, 2012, pp. 132 y ss.

<sup>17</sup> Corte Constitucional, sentencia núm. 29/1995.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencia núm. 136/2004.

<sup>19</sup> Verdussen, Marc, *op. cit.*, p. 133.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 126 y ss.

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

de la Constitución belga prohíben la discriminación en el disfrute de todos los derechos, independientemente de la fuente de los mismos: el principio de igualdad y no discriminación se aplica a todos los derechos, incluyendo aquellos derivados de tratados internacionales.<sup>21</sup> Esto permite a la Corte determinar la inconstitucionalidad de una norma que resulte en una discriminación en el goce de ciertos derechos garantizados por un tratado internacional. También en este caso el CEDH ha sido el tratado internacional para el cual esta doctrina ha sido aplicada más a menudo.<sup>22</sup>

La *Corte costituzionale* (Corte Constitucional italiana) también ha aceptado revisar la compatibilidad de la legislación doméstica con el CEDH. Este es el resultado de dos sentencias históricas de 2007.<sup>23</sup> La piedra angular del razonamiento de la Corte Constitucional italiana fue el artículo 117.1 de la Constitución, que requiere que el Estado y las regiones ejerzan sus poderes legislativos “dentro de los términos de las obligaciones que deriven de [...] los compromisos internacionales”. A diferencia de otros tribunales constitucionales, la Corte italiana mantiene que una ley que viola el Convenio también viola indirectamente la Constitución, ya que entra en conflicto con el mandato constitucional del artículo 117.1 de respetar los tratados internacionales. El Convenio y, más notablemente, la jurisprudencia del TEDH, sirven entonces como un parámetro indirecto para la evaluación

<sup>21</sup> Corte Constitucional, sentencia núm. 18/1990, que limita la aplicación del método de combinación a las disposiciones de tratados internacionales que tengan un efecto directo sobre el ordenamiento jurídico interno. Asimismo, sentencia núm. 106/2003, que extiende la aplicación del método de combinación a todas las disposiciones del derecho de la UE.

<sup>22</sup> Verdussen, Marc, *op. cit.*, p. 129, destaca que los resultados de la aplicación del método de combinación equivalen prácticamente al uso del Convenio como un parámetro directo para el control de constitucionalidad. Véase además A. Alen, E. Peremans, J. Spreutels, W. Verrijdt, “Rapport de la Cour constitutionnelle de Belgique présenté au XVIIe Congrès de la Conférence des Cours constitutionnelles européennes - La coopération entre les cours constitutionnelles en Europe —Situation actuelle et perspectives— Réponses au questionnaire devant servir de base aux rapports nationaux” Viena, 12-14 de mayo de 2014, p. 8, <http://www.confueconstco.org> En las páginas 11-15 se proporcionan datos interesantes y ejemplos de citas a la jurisprudencia del TEDH.

<sup>23</sup> Corte Constitucional italiana, sentencias núms. 348 y 349/2007.

constitucional, que se sitúa entre la Constitución y las leyes ordinarias, el llamado “parámetro interpuesto” (*parametro interposito*).

Siendo la incorporación del Convenio en el baremo constitucional la regla general entre las cortes constitucionales aquí analizadas, el Consejo Constitucional francés representa una notable excepción. En su sentencia histórica sobre el aborto de 1975, consideró por primera vez que “una ley que es incompatible con un tratado no es *ipso facto* inconstitucional” y de esta manera no le corresponde al Consejo Constitucional “considerar la conformidad de una ley con las disposiciones de un tratado o acuerdo internacional”.<sup>24</sup> Desde entonces, esta doctrina nunca ha sido modificada<sup>25</sup> y el Consejo Constitucional ha negado sistemáticamente su competencia para evaluar el cumplimiento de los actos legislativos con los tratados internacionales, particularmente con el CEDH.<sup>26</sup> No se encuentra ninguna mención a la jurisprudencia de Estrasburgo en la jurisprudencia del Consejo Constitucional.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Consejo Constitucional, decisión del 15 de enero de 1975, 74-53 DC, IVG. Excepcionalmente acepta controlar la convencionalidad de leyes cuando decide sobre solicitudes relacionadas con temas electorales, véase su decisión de 21 de octubre de 1998, 88-1082/1117 AN, *Val-d’Oise (5ème circ.)*.

<sup>25</sup> En la doctrina jurídica francesa, sin embargo, existe un largo y animado debate sobre si sería conveniente para el Consejo Constitucional superar su doctrina IVG y acceder a controlar la convencionalidad de las leyes. Véase *ex multis*, Roux, Jérôme, “L’abandon de la jurisprudence IVG: une question d’opportunité ou de logique?”, *Revue du Droit Public*, 2009, pp. 645 y ss. Recientemente, la doctrina IVG ha sido defendida firmemente por de Béchillon, Denys, “Synthèse”, en Magnon, Xavier *et al.* (eds.), *L’office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruselas, Bruylant, 2015, pp. 319 y ss.

<sup>26</sup> Esta jurisprudencia allanó el camino para un control difuso de la legislación a la luz de los tratados internacionales, el llamado *contrôle de conventionnalité*. Véase Dutheillet de Lamothe, Olivier, “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité”, en *Juger l’administration, administrer la justice. Mélanges en l’honneur de Daniel Labetoulle*, París, Dalloz, 2007, pp. 315 y ss.

<sup>27</sup> La cita de la sentencia del TEDH *Leyla Sahin vs. Turkey* en la decisión del Consejo Constitucional de 19 de noviembre de 2004, 2004-505 DC sobre el Tratado que establece una Constitución para Europa representa la única

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

Aunque el artículo 55 de la Constitución francesa establece claramente la prevalencia de los tratados internacionales sobre las leyes domésticas,<sup>28</sup> parece que la redacción precisa del texto constitucional no ha sido suficientemente convincente para hacer que el Consejo Constitucional acepte el CEDH como parámetro.<sup>29</sup> No obstante, la jurisprudencia del CEDH tiene una gran influencia sobre este órgano. Sin mencionarlo expresamente, este se inspira regularmente en la jurisprudencia de Estrasburgo y tiende a aplicarla.<sup>30</sup> La relación entre las dos cortes ha sido de esta manera definida como un “diálogo sin palabras” (“*un dialogue sans paroles*”).<sup>31</sup>

### 2.2 ... y sus límites

Aceptando la jurisprudencia de Estrasburgo como parte de los parámetros para el control de constitucionalidad, los tribunales constitucionales corren el riesgo de perder su autonomía y vol-

---

excepción. TEDH. *Leyla Sahin vs. Turquía*, sentencia de 29 de junio de 2004 (Req. núm. 44774/98).

<sup>28</sup> El artículo 55 de la Constitución francesa establece que: “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.”

<sup>29</sup> La actitud del Consejo Constitucional hacia el TEDH parece tener su explicación en una “política judicial” para protegerse de la competencia del TEDH: Szymczak, David, “Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l’homme: L’eupéanisation ‘heur-tée’ du Conseil constitutionnel français”, *Jus Politicum*, 2012, núm 7, p. 13, <http://juspoliticum.com>

<sup>30</sup> Dutheillet de Lamothe, Olivier, “Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme: un dialogue sans paroles”, en AA.VV., *Le dialogue des juges. Mélanges en l’honneur du président Bruno Genevois*, 2009, p. 408 y ss. Ejemplos más recientes de esta actitud del Consejo Constitucional son mencionados en Andriantsimbazovina, Joël, “Unité et divergences de jurisprudences constitutionnelles et supranationales: Respect du droit, irrégularité, dialogue – L’exemple des rapports du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne de droits de l’homme”, en Magnon, Xavier *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 74 y ss.

<sup>31</sup> Dutheillet de Lamothe, Olivier, “Conseil constitutionnel et Cour européenne...”, *cit.*

verse meros intermediarios del TEDH. Al fin y al cabo, si tienen que repetir a nivel doméstico las palabras del Tribunal de Estrasburgo, pueden temer volverse tribunales auxiliares llamados a aplicar y dar efecto a las sentencias de otro tribunal “superior”. Sus actos pueden ser percibidos como si fueran realizados en nombre del TEDH, como si el sistema multinivel europeo de protección de derechos tuviese su cerebro en Estrasburgo y sus brazos en los tribunales constitucionales internos.

Sin embargo, un análisis comparado demuestra que los tribunales constitucionales han sido extremadamente cuidadosos al evitar una prevalencia absoluta y mecánica de las sentencias de Estrasburgo sobre los derechos constitucionales. Han establecido una serie de límites al cumplimiento con la jurisprudencia del TEDH que asegura para las autoridades nacionales, y especialmente para los tribunales constitucionales, un cierto margen para negarse a cumplir con las decisiones de Estrasburgo. En la jurisprudencia de tribunales constitucionales considerada aquí, se ha recurrido a tres argumentos en particular para limitar el cumplimiento con dichas sentencias.

Primero, los tribunales constitucionales han destacado la subordinación del Convenio a la Constitución, que sigue siendo la principal y máxima norma vinculante. Pese a la incorporación del TEDH en el baremo constitucional, en caso de un conflicto irremediable entre el Convenio y la Constitución, las autoridades nacionales deben cumplir con la segunda.

Incluso en Austria, donde el Convenio tiene formalmente el mismo rango que la Constitución en la jerarquía de normas, el Tribunal Constitucional considera que hay un límite a dicha prevalencia: el “respeto por los principios constitucionales que determinan la organización del Estado”. En una conocida decisión de 1987 —el caso más importante de “rebelión” del Tribunal Constitucional austriaco contra el TEDH—<sup>32</sup> determinó que en caso de un conflicto entre el CEDH, de acuerdo a su interpretación por el TEDH y el derecho constitucional austriaco, que no pueda ser resuelto mediante la interpretación el Tribunal austriaco

<sup>32</sup> Gamper, Anna, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

quedará vinculado a los principios constitucionales que determinan la organización del Estado, incluso cuando ello implique una contradicción con el CEDH. Si estos principios son incompatibles con cierta interpretación del CEDH, el tribunal no podrá basar su decisión en dicha interpretación.<sup>33</sup>

En Italia, en las mismas sentencias en las que aceptó al Convenio como un parámetro para el control legislativo, la Corte Constitucional indicó que el Convenio continúa siendo una norma subconstitucional y que por ello debe cumplir con todas las disposiciones constitucionales.<sup>34</sup> El Convenio y la jurisprudencia de Estrasburgo pueden servir como parámetro para el control legislativo solo si primero cumplen con la Constitución. En Italia, entonces, el Convenio es al mismo tiempo un parámetro para el control de constitucionalidad en relación con la legislación ordinaria y un objeto de control constitucional respecto a la Constitución. Más recientemente, en su sentencia 49/2015, la Corte resaltó, sin ambigüedad, la “prevalencia axiológica de la Constitución sobre el Convenio”, y afirmó que “en el caso altamente improbable” de un conflicto irreconciliable entre las dos “es incuestionable que los tribunales tendrán que cumplir ante todo con la Constitución”.<sup>35</sup>

El BVerfG tampoco deja ningún margen de duda respecto a la prevalencia de la Ley Fundamental alemana sobre el Convenio. En sus propias palabras

<sup>33</sup> Traducción libre de VfSlg 11.500/1987, en Gamper, Anna, *op. cit.* Siendo la regla el cumplimiento de la jurisprudencia del TEDH, en los últimos años ha habido algunos casos en los que el Tribunal Constitucional austriaco no siguió al Tribunal de Estrasburgo. Véase Grabenwarter, Christoph, “Der österreichische Verfassungsgerichtshof”, en Bogdandy, Armin von, Grabenwarter, Christoph, Huber, Peter (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band VI. Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*, 2016, 465. Asimismo, Gamper, Anna, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

<sup>34</sup> Véase Corte Constitucional italiana, sentencias núm. 348/2007, párr. 4.7, y núm. 349/2007, párr. 6.2. En particular, la Corte destacó que, a diferencia del derecho de la UE, el “examen de constitucionalidad [de disposiciones del CEDH, tal y como lo interpreta el TEDH] no pueden estar limitadas a la posible violación de principios y derechos fundamentales en principios particulares o supremos, sino que debe ser extendido a cualquier contraste entre [el CEDH] y la Constitución” (sentencia 348/2007, párr. 4.7).

<sup>35</sup> Corte Constitucional italiana, sentencia núm. 49/2015, párr. 4 (traducción libre).

La Ley Fundamental tiene como objetivo integrar a Alemania en la comunidad de Estados libres y pacíficos, pero no renuncia a la soberanía contenida en última instancia en la constitución alemana. Por lo tanto no hay ninguna incompatibilidad con el objetivo de comprometerse con el derecho internacional si el legislador, excepcionalmente, no cumple con el derecho de los tratados internacionales, siempre y cuando esta sea la única manera de evitar una violación de los principios fundamentales de la constitución. [...] El derecho de los tratados internacionales se aplica a nivel doméstico solo si ha sido incorporado al sistema jurídico interno de la forma adecuada y de conformidad con el derecho constitucional substantivo.<sup>36</sup>

Un segundo argumento que las cortes mencionan a menudo para limitar la naturaleza vinculante de las decisiones del TEDH se refiere a la necesidad de tomar en consideración las diferencias entre los dos sistemas de protección de derechos. Esto significa que las sentencias de Estrasburgo no pueden ser incorporadas automáticamente en el ordenamiento jurídico interno, sino que tienen que ajustarse al mismo.

En su sentencia 119/2001, el Tribunal Constitucional de España consideró que, si bien el artículo 10.2 de la Constitución española requiere la interpretación de los derechos constitucionales a la luz de la jurisprudencia del TEDH, esto no conlleva la obligación de realizar una “traslación mimética” de las sentencias de Estrasburgo al ordenamiento jurídico interno, sin tener en cuenta las diferencias entre el Convenio y la Constitución.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Traducción libre de BVerfG, 2 BvR 1481/04, en Gamper, Anna, *op. cit.*, párr. 35, énfasis añadido.

<sup>37</sup> STC 119/2001 de 24 de mayo de 2001 (BOE núm. 137, de 08 de junio de 2001), FJ 6. En esta decisión, el Tribunal Constitucional español no dio seguimiento a la sentencia del TEDH en el caso *López Ostra*. TEDH. *López Ostra vs. España*, sentencia de 9 de diciembre de 1994 (Req. núm. 16798/90). De forma más general, Alejandro Sáiz Arnaiz subraya que el Tribunal Constitucional rechaza el papel de un mero ejecutor de las sentencias de Estrasburgo. Sáiz Arnaiz, Alejandro, *op. cit.*, p. 199. Así, de acuerdo con el autor, el Tribunal Constitucional interpreta el art. 10.2 de la Constitución de una manera que le permite tener un cierto margen en la adecuación de los derechos constitucionales a los derechos convencionales correspondientes. Sáiz Arnaiz, Alejandro, *op. cit.*, p. 202.

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

---

De forma similar, el Tribunal Constitucional Federal alemán considera que no solo la falta de consideración del CEDH y de las decisiones del TEDH puede constituir una violación de los derechos fundamentales, sino también “la «ejecución» de una tal decisión de forma automática, en violación de normas de mayor rango, puede violar derechos fundamentales en conjunción con el principio del Estado de derecho”.<sup>38</sup> En particular, pretende destacar los límites del enfoque del TEDH hacia los derechos humanos basado en la naturaleza individual de la aplicación en virtud del artículo 34 del CEDH. Ya que la Corte de Estrasburgo decide “casos individuales específicos en la relación bilateral entre el demandante y el Estado”,<sup>39</sup> sus sentencias pueden ser sesgadas debido a la falta de consideración adecuada del equilibrio entre todos los intereses implicados, incluyendo aquellos de las personas que no tomaron parte del procedimiento ante el TEDH.<sup>40</sup> Una aplicación automática de una sentencia de Estrasburgo a “una relación multipolar de derechos fundamentales” puede ser problemática y las cortes deberían, por tanto, tener una cierta discreción al ajustar la jurisprudencia del TEDH al ordenamiento jurídico interno.<sup>41</sup>

El mismo argumento ha sido desarrollado minuciosamente por la Corte Constitucional italiana en su sentencia 264/2012, en la cual rechazó declarar inconstitucional una ley cuya aplicación había llevado al TEDH a considerar la violación del artículo 6 del Convenio.<sup>42</sup> La Corte Constitucional destacó que el Convenio, de acuerdo con su interpretación por el TEDH, es solo uno de los estándares que deben ser considerados a la hora de decidir sobre

---

<sup>38</sup> Traducción libre de BVerfG, 2 BvR 1481/04, *op. cit.*, párr. 47.

<sup>39</sup> *Ibidem*, párr. 58.

<sup>40</sup> Para una crítica contundente véase Cremer, Hans-Hoachim, “Zum Bindungswirkung von EGMR-Urteilen”, *EuGRZ* 31, 2004, pp. 695-696. De forma interesante, Cremer advierte que la jurisprudencia del BVerfG también se ha desarrollado en el contexto de recursos individuales, sin que ello impida que considere adecuadamente la naturaleza multipolar de las relaciones basadas en derechos fundamentales.

<sup>41</sup> BVerfG, 2 BvR 1481/04, *op. cit.*, párr. 50.

<sup>42</sup> TEDH. *Maggio y otros vs. Italia*, sentencia de 31 de mayo de 2011 (Req. núms. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 y 56001/08).

la constitucionalidad de una ley. Esto significa que la sentencia del TEDH declarando la violación del Convenio por parte de Italia no conlleva automáticamente la inconstitucionalidad de la ley que causó la violación. La sentencia del TEDH debe ser ponderada respecto a otros principios constitucionales, y el resultado de dicha ponderación también puede ser la afirmación de la ley, no solo su inconstitucionalidad. Esto se debe al diferente control que llevan a cabo las dos cortes:

A diferencia del Tribunal Europeo, esta Corte (la *Corte costituzionale*) lleva a cabo periódicamente una evaluación sistemática, y no aislada, de los valores afectados por las disposiciones revisadas, y es por ello que requiere llevar a cabo esa ponderación, que le corresponde exclusivamente a esta Corte.

Por tanto, incluso después de una sentencia del TEDH que considere a Italia en violación del Convenio, la Corte tiene un cierto margen de apreciación a la hora de decidir sobre la constitucionalidad de la disposición legislativa en cuestión. Excepcionalmente, una ley puede ser considerada contraria al Convenio por el TEDH pero no ser inconstitucional según la Corte Constitucional, como demuestra la sentencia 264/2012.

Un tercer argumento se refiere al artículo 53 del CEDH, el cual protege los derechos humanos existentes excluyendo que una disposición del Convenio pueda ser interpretada “en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante”. Desde la perspectiva de algunas cortes constitucionales, esto requiere una comparación entre los niveles de protección bajo la Constitución y el Convenio, haciendo posible el rechazo a ejecutar una sentencia del TEDH si disminuye, en lugar de mejorar, el nivel de protección de los derechos. Esto ha sido destacado en particular por las cortes constitucionales alemana e italiana.

En *Görgülü*, a través de una referencia expresa (explícita al artículo 53 del CEDH), el BVerfG condicionó el deber de interpretar los derechos constitucionales a la luz del Convenio al requisito de que “esto no lleve a una restricción o reducción de la protección de los derechos fundamentales de

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

---

acuerdo a la Ley Fundamental, [lo cual] el propio Convenio no pretende”.<sup>43</sup>

De forma similar, la Corte Constitucional italiana, también con referencia al artículo 53, afirmó que

[...] en relación con un derecho fundamental, el respeto de las obligaciones internacionales nunca puede constituir la causa de una reducción de la protección en relación con aquella dispuesta en el derecho interno, aunque puede y debe por el contrario constituir un instrumento efectivo para ampliar dicha protección. [...] La comparación entre la protección convencional y la protección constitucional de los derechos fundamentales debe ser efectuada con el objetivo de obtener la mayor expansión posible de garantías. Esto incluye el desarrollo del potencial inherente en las normas constitucionales que tienen como objeto los mismos derechos.<sup>44</sup>

De forma interesante, la referencia al artículo 53 cambia la relación entre el derecho constitucional y el CEDH de una cuestión de jerarquía de normas a una cuestión de protección material de los derechos.<sup>45</sup> La observancia de la jurisprudencia del TEDH no depende del rango del Convenio, sino de ser capaz de proporcionar una mayor protección que el derecho constitucional estatal. Dada la naturaleza abierta de la pregunta acerca de qué sistema proporciona una mayor protección de los derechos, se les otorga a las cortes constitucionales una amplia discreción para decidir si cumplen o no con la jurisprudencia del TEDH.

En este contexto de limitaciones constitucionales al CEDH, la doctrina que la Corte Constitucional italiana elaboró en su sentencia 47/2015 resulta una excepción destacable, a la vez que

---

<sup>43</sup> Traducción libre de BVerfG, 2 BvR 1481/04, *op. cit.*, párr. 32.

<sup>44</sup> Corte Constitucional, sentencia núm. 317/2009, párr. 7 (traducción libre). Véase, sin embargo, sentencia núm. 349/2007, *op. cit.*, párr. 6.2.

<sup>45</sup> En la doctrina jurídica italiana, este punto ha sido destacado en particular por Ruggieri, Antonio, “La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)”, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, <http://www.forumcostituzionale.it>,

inquietante.<sup>46</sup> En esta sentencia, la Corte estableció la obligación de los tribunales de cumplir con la jurisprudencia del TEDH únicamente si “una cierta interpretación de las disposiciones del CEDH se ha consolidado de forma suficiente en Estrasburgo”.<sup>47</sup> Para decidir si determinada interpretación del TEDH debe ser considerada como “derecho consolidado”,<sup>48</sup> la Corte ofreció los siguientes criterios:

La creatividad del principio afirmado respecto al enfoque tradicional de la jurisprudencia europea; los eventuales puntos de distinción, o incluso contraste, frente a otras sentencias de la Corte de Estrasburgo; la existencia de opiniones disidentes, especialmente si se sustentan con argumentos robustos, el hecho de que la decisión se origine mediante una composición ordinaria y no haya sido apoyada por la Gran Sala, el hecho de que, en el caso en cuestión, la Corte no haya sido capaz de apreciar las características particulares del ordenamiento jurídico nacional, extendiendo criterios de evaluación elaborados frente a otros estados miembros que, a la luz de dichas características, parecen por el contrario ser poco adecuados para el caso italiano.

El resto de limitaciones al CEDH examinadas hasta el momento rechazan la ejecución de sentencias del TEDH debido a su interacción con el ordenamiento jurídico nacional, ya sea por

<sup>46</sup> Sobre la sentencia 49/2015 véase, en alemán, Paris, Davide y Oellers-Frahm, Karin, “Zwei weitere völlerrechts ‘unfreundliche’ Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichtshof aus dem Jahr 2015 (Nr. 49 und 50)/Zur Frage der Rechtsprechung des EGMR”, *EuGRZ* 44, 2016, pp. 245-252, con mayores referencias a los numerosos comentarios en italiano.

<sup>47</sup> Además, desde el punto de vista de la Corte, esto también se aplica cuando la sentencia del TEDH es una “sentencia piloto”, En la misma sentencia 49/2015, la Corte afirma que: “Ciertamente, el juez ordinario no puede negarse a ejecutar la decisión proveniente del Tribunal de Estrasburgo que haya establecido el asunto del cual dicho juez vuelve a ocuparse, cuando sea necesario, para que cesen adecuadamente los efectos perjudiciales de la violación constatada.” (párr. 7, traducción libre).

<sup>48</sup> Nótese que la traducción de la sentencia 49/2015 disponible en la página web de la Corte traduce la redacción italiana “*diritto consolidato*” como “consolidated law”. En el caso *Parrillo*, el TEDH se refiere, tal vez de forma más ajustada, a “well-established case-law”. TEDH. GC, *Parrillo vs. Italia*, sentencia del 27 de agosto de 2015 (Req. núm. 46470/11).

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

---

entrar en conflicto con la Constitución o por su problemática integración en el ordenamiento jurídico interno. Por el contrario, la sentencia 49/2015 de la Corte Constitucional italiana rechaza la fuerza vinculante de las sentencias del TEDH en virtud de criterios que no se refieren al ordenamiento jurídico interno, sino simplemente a la propia sentencia: si está en sintonía con la jurisprudencia previa, la existencia o no de opiniones disidentes, el apoyo de la Gran Sala, etc. A diferencia de las excepciones previamente mencionadas, esta doctrina no excluye el cumplimiento por razones específicas que afectan al Estado en cuestión, sino que rechaza en general la fuerza vinculante de las sentencias del TEDH.

El breve análisis comparado que se ha llevado a cabo en esta sección demuestra que las cortes constitucionales, aunque acepten la integración del CEDH y la jurisprudencia del TEDH en el baremo constitucional, siguen conservando un alto grado de autonomía frente al Tribunal de Estrasburgo. Lejos de ser meros representantes del TEDH, los tribunales constitucionales tienen un margen de apreciación suficientemente amplio como para decidir si, y en qué medida, una sentencia de Estrasburgo debe ser cumplida. En otras palabras, estar al servicio del CEDH no significa necesariamente volverse un siervo del TEDH.

Entre los tribunales constitucionales que han sido considerados aquí, solo en relación con Bélgica se ha argumentado que la autonomía de la Corte Constitucional está limitada hasta el punto de definirla como “un órgano subordinado al TEDH”<sup>49</sup> o, de forma más clara, como un “satélite” del mismo.<sup>50</sup> Sin embargo, hay buenas razones para destacar la postura de la Corte Constitucional belga entre la de otras cortes constitucionales.<sup>51</sup> En

---

<sup>49</sup> Verdussen, Marc, “The Belgian experience of rights-based review: has the Constitutional Court become a body subordinated to the European Court of Human Rights?”, en Bell, John y Paris, Marie Luce (eds.), *Rights-Based Constitutional Review. Constitutional Courts in a Changing Landscape*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 346 y especialmente pp. 371-372.

<sup>50</sup> Lavrysen, Luc y Theunis, Jan, “The Belgian Constitutional Court: a satellite of the ECtHR?”, en *Liberæ Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 354.

<sup>51</sup> Para una discusión exhaustiva de las razones de la posición favorable a Estrasburgo de la Corte belga, véase Popelier, Patricia, “Belgium: Faithful,

comparación a sus homólogos en Europa, únicamente obtuvo la jurisdicción sobre derechos fundamentales recientemente y de forma progresiva, entre otros refiriéndose a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, especialmente en el CEDH. El catálogo de derechos fundamentales de la Constitución belga se remonta a 1831, y respecto a la mayoría de derechos no ha sido reformado desde entonces. Es muy poco probable que pueda garantizar una mayor protección que el CEDH. Además, la Corte Constitucional no dispone de jurisdicción exclusiva sobre el control legislativo a la luz del Convenio, ya que desde 1971 la Corte de Casación ha sostenido que los tratados internacionales tienen prevalencia sobre la legislación interna, lo cual allana el camino para un control difuso concurrente de convencionalidad de la legislación interna.<sup>52</sup> Todo esto contribuye a que la Corte Constitucional belga sea particularmente propicia a coincidir con Estrasburgo.

### 3. LOS BENEFICIOS DE RESPETAR EL CEDH: CUMPLIMIENTO, LEGITIMIDAD Y DIÁLOGO

La sección anterior ha demostrado que, pese a la carencia general de rango constitucional del CEDH, los tribunales constitucionales han aceptado su papel en su aplicación, integrándolo en sus propios parámetros constitucionales sin perder su autonomía respecto al TEDH. En esta sección se argumentará que existen buenas razones para hacerlo.

Un primer argumento a favor del compromiso de los tribunales constitucionales con el CEDH es el valor adicional que pueden aportar a su cumplimiento interno. Los tribunales constitucionales poseen una jurisdicción y poder que no tienen otros tribunales. Poniéndolos al servicio del CEDH, los tribunales

---

Obedient, and Just a Little Irritated”, en Popelier, Patricia, Lambrecht, Sarah, Lemmens, Koen (eds.), *op. cit.*, pp. 119-121.

<sup>52</sup> Corte de Casación, 27 de mayo de 1971, *Franco-Suisse La Ski*. Sobre la interacción entre el control de convencionalidad por tribunales ordinarios y la Corte Constitucional véase A. Alen, E. Peremans, J. Spreutels, W. Verrijdt, *op. cit.*, pp. 29 y ss.

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

constitucionales pueden colaborar en su aplicación —tanto en la prevención de violaciones como en la reparación de violaciones ya establecidas por el TEDH—<sup>53</sup> de una manera inaccesible para otros tribunales. Los recursos de amparo constitucionales y el control concreto de legislación son particularmente efectivos en este sentido.

Los recursos de amparo permiten a los individuos presentar una solicitud al tribunal constitucional para reparar la violación de ciertos derechos constitucionales por autoridades nacionales —ya sean legislativas, administrativas o judiciales— en caso de que todos los demás recursos disponibles hayan sido agotados. Los tribunales constitucionales que tienen jurisdicción sobre recursos de amparo, como el alemán o el español, poseen el privilegio de tener la última palabra en relación con los derechos fundamentales a nivel interno. Si al controlar el cumplimiento interno de los derechos constitucionales un tribunal constitucional accede a considerar la jurisprudencia del TEDH, casi todos los casos que potencialmente los individuos pudieran llevar a Estrasburgo deberían ser tratados antes por los tribunales constitucionales.<sup>54</sup> El propio CEDH lo requiere, ya que el previo agotamiento de to-

<sup>53</sup> Kosař, David y Petrov, Jan, “The Architecture of the Strasbourg System of Human Rights: The Crucial Role of the Domestic Level and the Constitutional Courts in Particular”, *ZaöRV* 77, 2017, p. 595.

<sup>54</sup> Esto mismo no se aplica al Tribunal Constitucional austriaco, ya que no tiene competencia para conocer recursos constitucionales contra sentencias de tribunales ordinarios, sino únicamente aquellas de tribunales administrativos, con la excepción del Tribunal Supremo Administrativo. Por ello, tal y como subraya Anna Gamper, “no puede impedir que otros tribunales apliquen el Convenio de manera errónea o que basen sus decisiones en leyes que violan el CEDH sin remitirlas al control de la corte constitucional”. Gamper, Anna, *op. cit.*, p. 92 (traducción libre). Nótese que en España, la reforma del recurso de amparo de 2007, que introdujo el requisito de “especial relevancia constitucional” para la admisibilidad de recursos constitucionales, afecta seriamente al papel del Tribunal Constitucional como una conexión entre los sistemas doméstico y convencional de derechos fundamentales, Véase Ripoll Carulla, Santiago, “Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 66, núm. 1, 2014, pp. 11-53, afirmando que las demandas contra España y las sentencias condenatorias del TEDH han aumentado desde la reforma de 2007 del recurso de amparo.

dos los recursos internos, incluyendo la presentación de un recurso de amparo en los ordenamientos jurídicos en los que exista, es un requisito para presentar una demanda ante el Tribunal de Estrasburgo, de acuerdo con el artículo 35.1 del Convenio.<sup>55</sup>

El tribunal constitucional, entonces, se vuelve un tipo de filtro para potenciales demandas ante el TEDH y un garante de las obligaciones internacionales del Estado. El Tribunal alemán expresamente reconoció lo anterior en el caso *Görgülü*. Destacando su propia competencia para reparar, en el contexto de un procedimiento de amparo, una violación por parte de un tribunal del deber de tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH, afirmó:

Como parte de su competencia, el Tribunal Constitucional Federal puede prevenir y eliminar, dentro de lo posible, la violaciones de derecho internacional público que consistan en la aplicación incorrecta o la inobservancia por parte de tribunales alemanes de obligaciones de derecho internacional y puedan dar lugar a responsabilidad internacional del Estado alemán. [...] El Tribunal Constitucional Federal, con esto, está indirectamente al servicio de la aplicación del derecho internacional y de este modo reduce el riesgo de no cumplir con el derecho internacional.<sup>56</sup>

<sup>55</sup> La *Verfassungsbeschwerde* y el recurso de amparo están incluidos en los recursos internos que deben agotarse en virtud del artículo 35.1 del CEDH, desde las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos en los casos *W. vs. Alemania* del 18 de julio de 1986 (núm 10785/84) y *Union Alimentaria Sanders SA vs. España*, del 11 de diciembre de 1987 (núm. 11681/85). En relación con la cuestión de si el recurso de amparo debe seguir siendo considerado un recurso interno a agotar después de la reforma de 2007, véase TEDH. *Arribas Antón vs. España*, sentencia del 20 de enero de 2015 (Req. núm. 16563/11), mencionando este punto indirectamente. En la doctrina jurídica, véase González Alonso, Alicia y Ruiz-Risueño Montoya, Francisco, “El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (A propósito de la reciente sentencia del TEDH *Arribas Antón c. España*)”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 54, 2015, pp. 167 y ss.

<sup>56</sup> Traducción libre de BVerfG, 2 BvR 1481/04, *op. cit.*, párr. 61, énfasis añadido. Incluso aquellos que criticaron fuertemente la sentencia *Görgülü* por el débil compromiso del Tribunal Constitucional Federal hacia el CEDH alabaron esta parte de la decisión. Véase, Cremer, Hans-Hoachim, *op. cit.*, p. 698 y Tomuschat, Christian, “The Effects of the Judgments of the Eu-

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

Por un lado, la participación previa de una corte constitucional ciertamente puede contribuir a la disminución del número de demandas que llegan a Estrasburgo<sup>57</sup> y, por el otro, facilita el trabajo del TEDH, puesto que sus sentencias se vuelven fundamentalmente una revisión de las decisiones de la corte constitucional.<sup>58</sup> Sin duda, esto puede llevar a un conflicto abierto entre el TEDH y una corte constitucional, ya que en tal caso, una sentencia condenatoria del primero no puede sino volverse un reproche a dicha corte constitucional.<sup>59</sup> Sin embargo, como se explicará más adelante, las cortes constitucionales están en una mejor posición que los tribunales ordinarios para tratar este tipo de conflictos.

El control concreto de constitucionalidad —es decir, el procedimiento interlocutorio para el control de constitucionalidad de normas concretas accionado por tribunales ordinarios— también puede contribuir significativamente a la ejecución de las sentencias del TEDH.<sup>60</sup> Contrariamente a otros tribunales, las cortes

---

ropean Court of Human Rights According to the German Constitutional Court”, *German Law Journal*, vol. 11, núm. 5, 2010, p. 526.

<sup>57</sup> Ripol Carulla, Santiago, *op. cit.*, p. 14. Asimismo, Verrijdt, Willem, “The Belgian Constitutional Court as a Domestic Remedy for ECHR Violations”, en *Liberæ Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, *op. cit.*, p. 900.

<sup>58</sup> Verrijdt, Willem, *op. cit.*, p. 902. Christian Tomuschat destaca que, en relación con el Tribunal Constitucional Federal, los jueces de Estrasburgo sirven “como jueces de apelación, controlando la adecuación de las decisiones tomadas por los jueces constitucionales en Karlsruhe”. Tomuschat, Christian, *op. cit.*, p. 516.

<sup>59</sup> Sáiz Arnaiz, Alejandro, *op. cit.*, p. 199, y Cremer, Hans-Hoachim, *op. cit.*, p. 697. Desde la perspectiva del último, esto explica por qué el Tribunal Constitucional Federal rechazó obligar estrictamente a los tribunales ordinarios a cumplir con una decisión del TEDH que determine una violación del Convenio por parte de Alemania. Ya que una sentencia similar del TEDH necesariamente implica un refutación de la decisión de dicho Tribunal, su aplicación general sería contraria al artículo 31.1 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (BVerfGG, por sus siglas en alemán), que determina que “las decisiones del Tribunal Constitucional Federal serán vinculantes para los órganos federales y del «Land», así como para todos los tribunales y autoridades administrativas”.

<sup>60</sup> Sin embargo, en contraste con el recurso constitucional, el procedimiento interlocutorio, generalmente no es considerado por el TEDH como un

constitucionales tienen la competencia de anular una ley aprobada por el Parlamento. Esto, que generalmente es considerado competencia característica de una corte constitucional —lo que los juristas alemanes llaman el *Entwerfungsmonopol*—, es el elemento fundamental del modelo europeo o “kelseniano” de control judicial de la legislación. Esto significa que, cuando una violación al CEDH resulte directamente de una disposición legislativa y no pueda ser evitada a través de una interpretación de esta última de acuerdo al Convenio, la corte constitucional está en posición de garantizar el cumplimiento con las decisiones del TEDH, mientras que los otros tribunales no lo están.

Integrar el CEDH y la jurisprudencia del TEDH en el baremo constitucional tiene el efecto de concienciar al poder legislativo respecto a que el incumplimiento del Convenio probablemente desembocará en una declaración de inconstitucionalidad, aumentando de esta manera su consideración en el proceso legis-

---

recurso a agotar antes de presentar una demanda ante él. El TEDH ha desarrollado su jurisprudencia en particular sobre el control concreto de la legislación de Italia, rechazando sistemáticamente considerarlo un recurso interno a agotar, ya que no se permite al individuo acudir directamente ante la Corte Constitucional: primero, TEDH, *Brozicek vs. Italia*, sentencia del 19 de diciembre de 1989 (Req. núm 10964/84), párr. 34. Véase, sin embargo, TEDH, GC, *Parrillo vs. Italia*, *op. cit.*, y, en particular, el voto conjunto parcialmente concurrente de los jueces Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou y Dedov. La opinión señala que la única razón para no considerar el recurso ante la Corte Constitucional como un recurso interno a agotar reside en su sentencia 49/2015, en la cual atenuó la fuerza vinculante de las decisiones del TEDH. El voto parece sugerir a dicha Corte que el TEDH podría estar dispuesto a situar el recurso ante la Corte Constitucional italiana entre los recursos internos a agotar, en caso de que esta se desdijese de su sentencia. 49/2015. Véase Randazzo, Barbara, “Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. *Parrillo c. Italia*: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le ‘sentenze gemelle’ (e la sentenza 49 de 2015)”, *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2015, p. 622. En relación con Francia y Bélgica, sobre la *question prioritaire de constitutionnalité* y la *question préjudicielle*, el TEDH todavía no ha expresado su opinión. Para una discusión véase Guillaume, Marc, “Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l’homme”, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm 32, julio 2011, pp. 83 y ss.. Asimismo, Verrijdt, Willem, *op. cit.*, pp. 893 y ss., respectivamente.

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

---

lativo.<sup>61</sup> Además, también puede ser un remedio efectivo para prevenir que una ley entre en conflicto con el CEDH, lo cual llevaría a una sentencia condenatoria por el TEDH, y para reparar violaciones al Convenio, determinadas también por Estrasburgo, que hayan sido causadas por dicha ley.

Ciertamente, armonizar la legislación con la jurisprudencia del TEDH es una prioridad para el poder legislativo, para cumplir con sus sentencias y prevenir futuras violaciones, pero si por cualquier razón el órgano legislativo aprueba una norma incompatible con el CEDH o permanece inactivo cuando es necesaria una reforma de la legislación para evitar futuras violaciones, los tribunales ordinarios pueden enderezar la situación, en la medida en que pueden interpretar la legislación existente de un modo que sea compatible con el Convenio. No obstante, si el contenido del acto legislativo no permite ninguna interpretación en conformidad con el CEDH, los tribunales ordinarios se enfrentan a un doble dilema: mientras que aplicar la ley podría contravenir el CEDH, no aplicarla podría violar la Constitución, ya que los tribunales no pueden negar la aplicación de las leyes. La intervención de la corte constitucional ofrece una salida de esta vía muerta.

Los tribunales ordinarios pueden iniciar un procedimiento interlocutorio para un control de constitucionalidad de la norma correspondiente empleando el Convenio, y la interpretación de este por el TEDH, como criterio de revisión. Esto permite a la corte constitucional anular con efecto *erga omnes* una disposición que viole el CEDH. De esta manera, la corte constitucional, actuando por iniciativa de los tribunales ordinarios, sustituye al poder legislativo y asegura el cumplimiento del CEDH. Un país como Italia, en el que el poder legislativo a menudo ha cerrado los ojos frente a las sentencias del TEDH, proporciona pruebas suficientes de la posibilidad de que las cortes constitucionales aseguren el cumplimiento del CEDH, incluso en casos en los que un cumplimiento de este tipo es inaccesible para tribunales ordinarios por ser un acto legislativo el responsable de la violación.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Gamper, Anna, *op. cit.*, p. 88.

<sup>62</sup> Véase el ejemplo citado por Tega, Diletta, “The Italian Way: A Blend of Cooperation and Hubris”, *ZaöRV* 77, 2017, p. 701. Para una aplicación del

Pero la importancia de la contribución de las cortes constitucionales al cumplimiento interno del CEDH no está limitado a casos en los que los tribunales ordinarios no puedan asegurar el cumplimiento por sus propios medios. Incluso si la legislación puede ser interpretada en consonancia con el CEDH, la intervención de las cortes constitucionales asegura un valor añadido en términos de seguridad jurídica. Como las sentencias de las cortes constitucionales tienen efectos generales, suprimir una disposición legislativa asegura que ningún otro juez pueda aplicar dicha ley de una forma contraria al CEDH. En contraste, cuando una corte constitucional se limita a evaluar la compatibilidad de una ley con la Constitución, sin tener en cuenta su conformidad con el CEDH, puede suceder que la misma ley resista el escrutinio de la corte constitucional y su aplicación pueda conducir igualmente a una violación del Convenio. Los tribunales ordinarios entonces tienen que enfrentar una ley inconventional pero no inconstitucional.<sup>63</sup>

La defensa del Convenio por las cortes constitucionales es beneficiosa no solo en términos de cumplimiento, sino también en términos de legitimidad del sistema de protección de los derechos humanos. El actual aumento de la resistencia frente al sistema, que ha llevado a algunos países a considerar abandonarlo,

---

mismo mecanismo en el ordenamiento jurídico alemán, véase, Payandeh, Mehrdad, “Konventionswidrige Gesetze vor deutschen Gerichten”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2011, pp. 382-391. En cuanto a Bélgica, véase Lavrysen, Luc y Theunis, Jan, *op. cit.*, p. 354: “[The Belgian constitutional court] contributes in an important way to the effective implementation of the Convention, as interpreted by the European Court, in annulling or declaring unconstitutional—and thus setting aside—acts of parliament that violate the Convention”. También en Francia, no obstante el enfoque del Consejo Constitucional que no tiene en cuenta el CEDH, la *question prioritaire de constitutionnalité* es considerada una herramienta efectiva para prevenir y reparar violaciones del CEDH. Véase, Guillame, Marc, *op. cit.*, pp. 91 y 95.

<sup>63</sup> Esto puede pasar particularmente en Francia, donde los dos controles—de conformidad con la Constitución y con el CEDH—se mantienen estrictamente separados. De Béchillon considera raro, pero perfectamente aceptable, que un tribunal ordinario declare incompatible con el CEDH una ley que hubiese sido considerada en conformidad con la Constitución por el Consejo Constitucional. Béchillon, Denys de, *op. cit.*, p. 320.

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

---

es en parte, si no principalmente, una crisis de legitimidad. El Tribunal de Estrasburgo es percibido como un organismo ajeno que emite sentencias intrusivas que afectan fuertemente la libertad de los Estados, sin ser consciente de las particularidades sociales, culturales y jurídicas de estos. Las partes del Convenio son a menudo escépticas en relación con la creciente brecha entre el texto de este y la jurisprudencia del TEDH, considerándose vinculados a obligaciones que nunca han suscrito. La doctrina del margen de apreciación no está pensada para equilibrar adecuadamente la interpretación evolutiva del Convenio por el Tribunal de Estrasburgo.

El uso del Convenio como criterio por las cortes constitucionales podría contribuir en parte a restablecer a nivel interno esta falta de legitimidad del sistema. Cuando una corte constitucional acepta una decisión del TEDH como parte de los criterios de constitucionalidad, dicha decisión recibe legitimidad del tribunal más alto y con mayor autoridad del país.<sup>64</sup> Ya no se requiere que el Estado cumpla con el veredicto de un organismo externo cuya composición fue determinada casi en su totalidad por otros Estados. Más bien debe cumplir con la sentencia de su propia corte constitucional, cuyos jueces han sido escogidos por las mismas autoridades estatales. La apropiación del Convenio por las cortes constitucionales convierte una obligación internacional en una obligación con rango constitucional, lo cual ciertamente aumenta la legitimidad de la solicitud de cumplimiento.<sup>65</sup>

Evidentemente, una corte constitucional no puede dar un cheque en blanco al TEDH. Las cortes constitucionales no están preparadas para dar su apoyo a una línea jurisprudencial que consideren que entra en conflicto con la Constitución o que no respeta suficientemente el margen de apreciación nacional. Esto conduce a un tercer argumento a favor de la aceptación por parte de los

---

<sup>64</sup> Bogdandy, Armin von; Grabenwarter, Christoph y Huber, Peter, “Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum”, en Bogdandy, Armin von; Grabenwarter, Christoph y Huber, Peter, *op. cit.*, p. 9.

<sup>65</sup> En este sentido, Verrijdt destaca que, a través de su autoridad, la Corte Constitucional contribuye a la “convencionalidad del derecho interno”. Verrijdt, Willem, *op. cit.*, p. 901. Yo prefiero hablar de una “constitucionalización del derecho convencional”.

tribunales constitucionales del Convenio como un criterio de revisión, concretamente la facilitación del diálogo.

Con el sistema convencional abarcando a 47 Estados, las diferencias con el TEDH son hasta cierto punto inevitables. Pese a los mecanismos que el TEDH ha desarrollado para evitar conflictos abiertos con los Estados parte —desde el margen de apreciación hasta el uso estratégico de la remisión de causas a la Gran Sala—, ciertamente no resulta extraño que algunas sentencias del TEDH no sean aceptadas en el Estado correspondiente. Esto no es necesariamente una señal de la falta de voluntad de los Estados de respetar los derechos humanos o de su negación de los valores del Convenio.<sup>66</sup>

La discrepancia de un Estado también puede estar fundada en los mismos valores en los que el TEDH basó su sentencia, pero con una interpretación distinta de los mismos. Un Estado puede legítimamente discrepar con la ponderación de derechos realizada por el TEDH, por ejemplo, porque piensa que dicho Tribunal dio demasiada importancia a ciertos derechos en detrimento de otros, o porque considera que, pese a insistir en el principio de subsidiariedad, el TEDH no prestó suficiente atención a las particularidades nacionales. Siendo este tipo de conflictos inevitables, hay buenas razones para pensar que son mejor gestionados si únicamente es la corte constitucional la que en principio debe enfrentarlos y no todos los tribunales internos.

En la medida en que estos casos pueden ser solucionados a través del diálogo entre los tribunales domésticos y el TEDH, es aconsejable facilitar este diálogo proporcionando al Tribunal de Estrasburgo un punto de contacto fiable a nivel interno. El diálogo puede funcionar mejor si el TEDH tiene un socio en cada

<sup>66</sup> Según Føllesdal, las fuertes críticas relativas a la legitimidad del sistema convencional también se dan en países como el Reino Unido y los países nórdicos, que aseguran una protección de los derechos humanos comparativamente alta y que raramente son condenados por violaciones del Convenio. Føllesdal, Andreas, “Much ado about nothing? International Judicial Review of Human Rights in Well Functioning Democracies”, en Føllesdal, Andreas; Schaffer, Johan y Ulfstein, Geir (eds.), *The legitimacy of International Human Rights Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 273.

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

---

Estado parte que exprese al máximo nivel la opinión y las preocupaciones del respectivo país. Por el contrario, es mucho más difícil para el TEDH mantener un diálogo con una pluralidad de actores nacionales que adoptan puntos de vista diferentes y potencialmente contradictorios.

Si esto es así, las cortes constitucionales son, entre las autoridades judiciales nacionales, las mejor equipadas para dialogar con Estrasburgo. Por un lado, cuentan con una composición y un propósito que las vuelven idóneas para expresar las dificultades internas para cumplir con las sentencias del TEDH. Así, su discrepancia está basada en los valores constitucionales de un Estado parte y es expresada por una corte que está obligada institucionalmente a garantizarlos: son los tribunales que más probablemente serán escuchados en Estrasburgo.<sup>67</sup> Por otro lado, dichas cortes son un socio fiable para el TEDH. Gracias a sus particulares competencias y a su autoridad, cuentan con una posición dominante entre los tribunales internos y son capaces de guiar la jurisprudencia de los otros tribunales y de hacerlos propensos a aceptar la jurisprudencia del TEDH.<sup>68</sup> Esto puede resultar decisivo cuando una línea jurisprudencial polémica del TEDH debe encontrar aceptación entre los tribunales de un Estado.

Desde esta perspectiva, mientras los episodios esporádicos de conflicto entre las cortes constitucionales y el TEDH no deben ser necesariamente considerados como una crisis del sistema,<sup>69</sup> aquellas sentencias en que las cortes constitucionales rechazan su monopolio sobre los conflictos con el TEDH y permiten a todos los tribunales rechazar la aplicación de las sentencias del TEDH son objeto de fuertes críticas.

Esto es, en cierta medida, lo que el Tribunal alemán hizo en *Görgülü*, cuando declaró que:

---

<sup>67</sup> Ripoll Carulla, Santiago, *op. cit.*, p. 16. Conforme a Verrijdt: "If the constitutional court does not find a violation, this conclusion is presumably based on strong arguments, which might convince the ECtHR to take a more deferential approach". Verrijdt, Willen, *op. cit.*, p. 902.

<sup>68</sup> A. Alen, E. Peremans, J. Spreutels, W. Verrijdt, *op. cit.*, p. 48.

<sup>69</sup> Véase *infra*, sección 4.

Si en un procedimiento concreto de recurso en el que esté implicada la República Federal Alemana, el TEDH establece que ha habido una violación del Convenio, y dicha violación continúa, la decisión del TEDH debe ser tomada en consideración en la esfera doméstica, es decir, las autoridades o tribunales competentes deben considerar la decisión de forma perceptible y, si es necesario, justificar comprensiblemente por qué ellos sin embargo no siguen la interpretación jurídica internacional.<sup>70</sup>

En tal caso, se le permite no solo a las cortes constitucionales, sino a todos los tribunales, con el requisito de que “justifiquen comprensiblemente” su decisión, negarse a cumplir con las sentencias del TEDH.<sup>71</sup>

En la misma línea, hay que lamentar que en su sentencia 49/2015, la Corte Constitucional italiana eximió a los tribunales ordinarios de la obligación de cumplir con las sentencias de Estrasburgo cuando consideren que dichas sentencias no son derecho consolidado. De esta manera, en lugar de asegurar su monopolio sobre los conflictos con el TEDH, más bien creó las pre-condiciones para difundirlos y multiplicarlos entre los tribunales ordinarios. Más aún, a diferencia del Tribunal alemán, la Corte italiana no tiene jurisdicción sobre recursos de amparo constitucionales. Por ello, cuando una violación del Convenio tiene lugar a través de una decisión, en particular porque el órga-

<sup>70</sup> Traducción libre de BVerfG, 2 BvR 1481/04, en Gamper, Anna, *op. cit.*, párr. 50, énfasis añadido. Para críticas contundentes, véase Tomuschat, Christian, *op. cit.*, p. 523 y Cremer, Hans-Joachim, *op. cit.*, p. 694. Este último destaca correctamente que el Tribunal Constitucional Federal facilitó demasiado que los tribunales ordinarios rechazasen el cumplimiento de decisiones del TEDH. Nótese que, de hecho en el propio caso *Görgülü*, la sentencia del TEDH no fue implementada por el tribunal al cual el caso fue remitido después de la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán. Esto llevó a Mr. Görgülü a presentar dos nuevos recursos constitucionales, afirmando entre otras cosas que la sentencia del TEDH no había sido implementada. Véase la decisión final del Tribunal alemán, Order of the First Chamber of the First Senate of 10 June 2005 – 1 BvR 2790/04. Los párrs. 1-14 del auto proporcionan una explicación de este caso complejo.

<sup>71</sup> Además, tal y como explica Payandeh, la sentencia *Görgülü* no es nada clara sobre las condiciones bajo las cuales se les permite a los tribunales ordinarios no aplicar una decisión de Estrasburgo. Payandeh, Mehrdad, *op. cit.*, p. 385.

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

---

no judicial no se considera vinculado por la sentencia del TEDH al no ser esta aún “derecho consolidado”, Italia, a diferencia de Alemania,<sup>72</sup> ya no tendrá la oportunidad de repararlo.

Por tanto, parece deseable, en beneficio del diálogo judicial que, en la medida de lo posible, las discrepancias con Estrasburgo sean expresadas por una única corte —la corte constitucional— y detalladas con claridad. Esto es imposible, a no ser que la corte constitucional interactúe directamente con el CEDH y con la jurisprudencia del TEDH. Desde esta perspectiva, el *dialogue sans parole* del Consejo Constitucional francés es objeto de críticas. Mientras que, en términos de cumplimiento con el CEDH, el Consejo puede contribuir adecuadamente considerando la jurisprudencia del TEDH sin mencionarla expresamente, este enfoque ciertamente no facilita el diálogo con Estrasburgo.<sup>73</sup> Si el tribunal constitucional no interactúa con la jurisprudencia del TEDH, se le impide a este último comprender en su totalidad las razones concretas del conflicto, por ejemplo, si se trata de un rechazo abierto a la jurisprudencia de Estrasburgo o más bien un malentendido de la misma.

### 4. ALIADOS Y CONTRAPESOS DEL TEDH

Este trabajo se ha centrado en la contribución específica que las cortes constitucionales pueden realizar en favor de la aplicación interna de la jurisprudencia de Estrasburgo. En particular, se ha demostrado que la falta de rango constitucional del CEDH no ha impedido a las cortes constitucionales aquí consideradas integrarlo en el baremo constitucional y usarlo, junto con la jurisprudencia del TEDH, como criterio de análisis. De esta manera, las cortes constitucionales han aceptado su papel como guardianes del CEDH, desempeñando un rol fundamental a la hora de asegurar su respeto en el ordenamiento jurídico interno. Destaca, en particular, que gracias a sus competencias y posición particular en el ordenamiento jurídico, las cortes constitucionales pueden

---

<sup>72</sup> A. Alen, E. Peremans, J. Spreutels, W. Verrijdt, *op. cit.*, p. 48.

<sup>73</sup> Szymczak, David, *op. cit.*, pp. 14-15 y 22-23; Andriantsimbazovina, Joël, *op. cit.*, p. 78.

contribuir a la aplicación del CEDH de un modo que no se encuentra disponible para otros tribunales. Desde esta perspectiva, las cortes constitucionales deben considerarse como valiosos aliados del TEDH y asumir su tarea común de asegurar la protección efectiva de los derechos consagrados en el Convenio.

No obstante, las cortes constitucionales también son responsables del desarrollo de excepciones y límites al deber de las autoridades estatales de cumplir con las sentencias de Estrasburgo. En este artículo ha sido sugerido que dichas excepciones no son necesariamente una amenaza para el sistema: bajo ciertas condiciones también pueden fomentar su legitimidad y funcionamiento en general. Esta afirmación merece un mayor desarrollo, a lo cual se dedican los siguientes párrafos.

Una cierta tensión entre derechos y democracia es intrínseca a todas las formas de control jurisdiccional, sea este ejercido por los tribunales domésticos, las cortes constitucionales o por una corte supranacional o internacional. Sin embargo, se ha indicado con razón que, en vista de la dificultad contramayoritaria, la legitimidad de las cortes internacionales es mucho menor que la de las cortes constitucionales domésticas.<sup>74</sup> A nivel interno, algunos mecanismos constitucionales específicos están pensados para encontrar un equilibrio justo entre la efectividad de la evaluación judicial llevada a cabo por la corte constitucional y el respeto a la voluntad del parlamento democráticamente legitimado. Estos incluyen, en particular, la participación del parlamento en la composición de la corte constitucional y la posibilidad, de acuerdo a procedimientos especiales, de reformar la Constitución, que proporciona los parámetros de evaluación en las decisiones de la corte constitucional.<sup>75</sup> Estos contrapesos son ciertamente más débiles a nivel supranacional, donde ningún Estado por sí mis-

<sup>74</sup> Véase Føllesdal, Andreas, *op. cit.*, pp. 276 y 277.

<sup>75</sup> En su contundente respuesta a la dificultad contramayoritaria de Bickel, Ferreres Comella destaca la importancia de estos dos elementos —la participación de los órganos democráticos en la selección de los jueces de las cortes constitucionales y la reforma constitucional— para garantizar los controles democráticos sobre las cortes constitucionales. Véase Ferreres Comella, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009, pp. 98 y ss.

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

---

mo puede influenciar la composición del TEDH, ni reformar el CEDH y sus protocolos.

En el sistema europeo de protección de los derechos humanos, el respeto por la autonomía de los Estados depende esencialmente de la doctrina del margen de apreciación, es decir, de la propia voluntad del TEDH de no inmiscuirse en asuntos que considera que los Estados legítimamente pueden regular de manera diferente sin violar su obligación internacional de cumplir con el CEDH. Pero es el propio TEDH quien decide qué margen de apreciación permite a cierto Estado en determinada materia: los Estados pueden hacer poco cuando consideren que este margen de apreciación no es respetado. En ese contexto, las cortes constitucionales pueden servir como un contrapeso adecuado, en caso de que el TEDH no respete el margen de apreciación de los Estados. Un uso prudente y cuidadoso por parte de las cortes constitucionales de la mencionada resistencia a las sentencias del TEDH puede contribuir a mejorar el equilibrio entre derechos y democracia, y evitar la prevalencia incondicional de los primeros sobre la última. Con ciertos límites, el desacuerdo de las cortes constitucionales puede ser entendido no como una amenaza para el sistema de la convención, sino como una contribución a su equilibrio.

Ciertamente, trazar una línea precisa entre el disenso legítimo y la erosión de la efectividad del sistema no es fácil. Cinco condiciones, sin embargo, pueden ser formuladas para delimitar el ámbito del disenso legítimo de las cortes constitucionales frente al TEDH.

Primero, el disenso judicial debería ser canalizado a través de una única corte. Como se mencionó, si una corte específica es la encargada de expresar las discrepancias de todo el ordenamiento jurídico a Estrasburgo, dichas discrepancias serán entendidas con mayor probabilidad como parte de un diálogo judicial destinado a mejorar y refinar la protección de los derechos humanos. Por el contrario, si se le permite a todos los tribunales ignorar las sentencias del TEDH se vuelve más difícil gestionar el conflicto, y su disenso puede, posiblemente, volverse un desafío para el sistema. Por esta razón, las decisiones de las cortes constitucionales que permiten a todos los tribunales negarse a cumplir con

la jurisprudencia del TEDH en lugar de concentrar dicha competencia en sus propias manos han sido fuertemente criticadas.

Segundo, la resistencia constitucional debe ser tratada con cuidado. Para que el disenso judicial sea una contribución positiva para una mejor protección de los derechos humanos, las cortes constitucionales solo deben oponerse a una sentencia del TEDH en casos muy excepcionales. Sus determinaciones deberían gozar de una presunción de conformidad que las cortes constitucionales solo puedan rechazar bajo circunstancias excepcionales.<sup>76</sup> De manera diferente, las cortes constitucionales deben ser conscientes de que oponerse frecuentemente al TEDH compromete la efectividad de las sentencias de este último en todo el ordenamiento jurídico e incluso más allá, por lo que deberían ejercer ese poder con extrema cautela.

Tercero, en la medida de lo posible, las cortes constitucionales deben evitar negarse abiertamente a implementar una sentencia del TEDH dirigida contra su Estado, es decir, una sentencia cuya fuerza vinculante esté determinada por el artículo 46.1 del Convenio. Más bien deberían ejercer su resistencia de una forma más matizada, oponiéndose a una cierta línea jurisprudencial del TEDH para influir en su desarrollo y prevenir su consolidación y aplicación a sus ordenamientos jurídicos. En resumen, la oposición de las cortes constitucionales debería dirigirse a la *res interpretata*, demostrando respeto por la *res judicata*.

Cuarto, a la hora de expresar su disconformidad, las cortes constitucionales deberían, al mismo tiempo, sostener el compro-

<sup>76</sup> Mi perspectiva es muy similar a la de Başak Çali, quien argumenta en favor de una presunción de deferencia de las autoridades internas respecto a los órganos interpretativos internacionales, pero también admite que esta presunción puede ser impugnada en casos de “malas interpretaciones”. Çali, Başak, “The legitimacy of international interpretative authorities for human rights treaties: an indirect-instrumentalist defence”, en Føllesdal, Andreas; Schaffer, Johan y Ulfstein, Geir (eds.), *op. cit.*, pp. 141 y ss. Çali subraya, en particular, que tanto la deferencia como la impugnación promueven un diálogo constructivo sobre la mejor interpretación de los tratados de derechos humanos y que, en casos de desacuerdo, los Estados deberían expresarlo “con espíritu de mejorar la interpretación global del derecho de los derechos humanos” (“in the spirit of improving global interpretation of human rights law”). Çali, Başak, *op. cit.*, p. 162.

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

---

miso del Estado tanto hacia su obligación general de respetar el CEDH como hacia los valores del Convenio. Las cortes constitucionales tienen que dejar claro que su oposición no cuestiona la obligación general del Estado de cumplir con la jurisprudencia del TEDH, sino que está limitada únicamente a una interpretación específica dada por el mismo.<sup>77</sup> Además, deben indicar que no se oponen a los valores fundamentales del Convenio, sino a ciertas interpretaciones de estos en una situación particular. Esto es esencial para restringir el desacuerdo a un único episodio que no afecte al compromiso constante con el sistema del Convenio, así como para demostrar que esta oposición excepcional tiene intención de apoyar al sistema a largo plazo, no menoscabarlo.

Y quinto, a la hora de oponerse al TEDH, las cortes constitucionales deberían indicar claramente las razones de su desacuerdo. Deben permitir al TEDH entender que su discrepancia no conlleva una negación de los valores fundamentales del Convenio, sino que está basada en una ponderación divergente entre dichos valores. Si el desacuerdo se desprende de la creencia de que el TEDH no percibió adecuadamente las peculiaridades del contexto interno y el impacto que la sentencia iba a tener sobre el mismo, se le deben otorgar todos los medios al TEDH para evaluar dichos elementos.

Si las cortes constitucionales cumplen con estas condiciones, incluso su desacuerdo puede beneficiar al sistema a largo plazo. Si los Estados perciben que no hay ningún diálogo posible con el TEDH y que no poseen los medios para reaccionar a las sentencias que limitan indebidamente su margen de apreciación, ello podría llevarlos, a largo plazo, a considerar la posibilidad de abandonar el sistema, al no haber otras opciones disponibles.

Por el contrario, si un canal de diálogo se mantiene abierto, el sistema en general tendrá más posibilidades de ser aceptado.

---

<sup>77</sup> Desde esta perspectiva, la comparación entre la actitud de las cortes constitucionales en Rusia y Lituania en caso de desacuerdo con el TEDH es muy interesante. Véase sobre este asunto Padsokocimaite, Ausra, “Constitutional Courts and (Non)execution of Judgments of the European court of Human Rights: A Comparison of Cases from Russia and Lithuania”, *ZaöRV* 77, 2017, p. 651.

Para esta tarea judicial de mediación entre la esfera nacional y supranacional, las cortes constitucionales parecen ser los tribunales mejor equipados, gracias a su particular composición y competencias. Además de contribuir a la efectividad del sistema como aliadas del TEDH, las cortes constitucionales pueden también perseguir los mismos objetivos, desde una perspectiva diferente, actuando como contrapesos del Tribunal de Estrasburgo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, “Unité et divergences de jurisprudences constitutionnelles et supranationales : Respect du droit, irrégularité, dialogue – L'exemple des rapports du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne de droits de l'homme”, en Magnon, Xavier *et al.* (eds.), *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruselas, Bruylant, 2015.
- DE BÉCHILLON, Denys, “Synthèse”, en Magnon, Xavier *et al.* (eds.), *L'office du juge constitutionnel face aux exigences supranationales*, Bruselas, Bruylant, 2015.
- BOGDANDY, Armin von, GRABENWARTER, Christoph, HUBER, Peter, “Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Rechtsraum”, en BOGDANDY, Armin von; GRABENWARTER, Christoph y HUBER, Peter (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band VI. Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*, 2016.
- ÇALI, Başak, “The legitimacy of international interpretative authorities for human rights treaties: an indirect-instrumentalist defence”, en FØLLESDAL, Andreas; SCHAFFER, Johan y ULFSTEIN, Geir (eds.), *The legitimacy of International Human Rights Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- CREMER, Hans-Hoachim, “Zum Bindungswirkung von EGMR-Urteilen”, *EuGRZ* 31, 2004.
- DUTHEILLET DE LAMOTHE, Olivier, “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité”, en AA.VV., *Juger*

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

---

*l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, París, Dalloz, 2007.

- , “Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme: un dialogue sans paroles”, en AA.VV., *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, París, Dalloz, 2009.

FERRERES COMELLA, Víctor, *Constitutional Courts and Democratic Values. A European Perspective*, New Haven, Yale University Press, 2009.

FØLLESDAL, Andreas, “Much ado about nothing? International Judicial Review of Human Rights in Well Functioning Democracies”, en FØLLESDAL, Andreas; SCHAFFER, Johan y ULFSTEIN, Geir (eds.), *The legitimacy of International Human Rights Regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

GAMPER, Anna, “Austria: Endorsing the Convention System, Endorsing the Constitution”, en POPELIER, Patricia; LAMBRECHT, Sarah y LEMMENS, Koen (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge, Intersentia, 2016.

GONZÁLEZ ALONSO, Alicia y RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, Francisco, “El nuevo recurso de amparo constitucional a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (A propósito de la reciente sentencia del TEDH Arribas Antón c. España)”, *Revista española de derecho europeo*, núm. 54, 2015.

GRABENWARTER, Christoph, “Zur Bedeutung der Entscheidungen des EGMR in der Praxis des VfGH”, *Österreichische Richterzeitung*, 2007.

- , “European Fundamental Human Rights in the Case Law of the Austrian Constitutional Court”, en WEITZEL, Luc (ed.), *L'Europe des droits fondamentaux. Mélanges en hommage à Albert Weitzel*, 2013.

—, “Der österreichische Verfassungsgerichtshof”, en BOGDANDY, Armin von; GRABENWARTER, Christoph y HUBER, Peter (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum. Band VI. Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen*, 2016.

- GUILLAME, Marc, “Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l’homme”, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, núm 32, jul 2011.
- KOSAŘ, David y PETROV, Jan, “The Architecture of the Strasbourg System of Human Rights: The Crucial Role of the Domestic Level and the Constitutional Courts in Particular”, *ZaöRV* 77, 2017.
- LAVRYSEN, Luc y THEUNIS, Jan, “The Belgian Constitutional Court: a satellite of the ECtHR?”, en AA.VV., *Liberæ Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, Intersentia, 2013.
- PADSKOCIMAITE, Ausra, “Constitutional Courts and (Non)execution of Judgments of the European court of Human Rights: A Comparison of Cases from Russia and Lithuania”, *ZaöRV* 77, 2017.
- PARIS, Davide y OELLERS-FRAHM, Karin, “Zwei weitere völkerrechts ‘unfreundliche’ Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichtshof aus dem Jahr 2015 (Nr. 49 und 50)/Zur Frage der Rechtsprechung des EGMR”, *EuGRZ* 44, 2016.
- PAYANDEH, Mehrdad, “Konventionswidrige Gesetze vor deutschen Gerichten”, *Die Öffentliche Verwaltung*, 2011.
- POPELIER, Patricia, “Belgium: Faithful, Obedient, and Just a Little Irritated”, en POPELIER, Patricia; LAMBRECHT, Sarah y LEMMENS, Koen (eds.), *Criticism of the European Court of Human Rights. Shifting the Convention System: Counter-Dynamics at the National and EU Level*, Cambridge, Intersentia, 2016.
- RANDAZZO, Barbara, “Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tema di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le ‘sentenze gemelle’ (e la sentenza n. 49 del 2015)”, *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2015.
- RIPOLL CARULLA, Santiago, “Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 66, núm. 1, 2014.

## Aliados y contrapesos. Las cortes constitucionales y el TEDH...

---

- RUGGERI, Antonio, “La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d’inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)”, *Forum di Quaderni costituzionali*, 2007, <http://www.forumcostituzionale.it>
- ROUX, Jérôme, “L’abandon de la jurisprudence IVG: une question d’opportunité ou de logique?”, *Revue du Droit Public*, 2009.
- SÁIZ ARNAIZ, Alejandro, “Artículo 10.2: La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en PÉREZ MANZANO, Mercedes *et al.* (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, vol. 1, t. 1, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2018.
- SZYMCZAK, David, “Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l’homme: L’eupéanisation ‘heurtée’ du Conseil constitutionnel français”, *Jus Politicum*, 2012, núm 7, <http://juspoliticum.com>
- TEGA, Diletta, “The Italian Way: A Blend of Cooperation and Hubris”, *ZaöRV* 77, 2017.
- TOMUSCHAT, Christian, “The Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights According to the German Constitutional Court”, *German Law Journal*, vol. 11, núm. 5, 2010.
- VERRIJDT, Willem, “The Belgian Constitutional Court as a Domestic Remedy for ECHR Violations”, en AA.VV., *Liberæ Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, Intersentia, 2013.
- VERDUSSEN, Marc, *Justice constitutionnelle*, Bruselas, Larcier, 2012.
- , “The Belgian experience of rights-based review: has the Constitutional Court become a body subordinated to the European Court of Human Rights?”, en BELL, John y PARIS, Marie Luce (eds.), *Rights-Based Constitutional Review. Constitutional Courts in a Changing Landscape*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016.