

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Entre cooperación y colisión

Marie-Christine Fuchs*

1. INTRODUCCIÓN

Entre cooperación y colisión: con este binomio se puede describir la compleja relación entre el Tribunal Constitucional Federal alemán (BVerfG, por sus siglas en alemán) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en las últimas décadas. Como es característico, casi natural para cada sistema regional o internacional de derechos humanos y su recepción en sus Estados miembros, siempre ha estado presente la pregunta sobre las “jerarquías” o sobre quién tiene la última palabra. La relación entre el BVerfG y el TEDH no es una excepción a esta tensión. La búsqueda de una respuesta adecuada y equilibrada a esta cuestión también describe de manera acertada la interacción que ha existido por décadas entre los jueces de Estrasburgo y Karlsruhe. Empecemos con una buena noticia: después de años de incertidumbre, conflictos y trazos de “testarudez” en lo que concierne a la posición del otro, en los últimos años ambos tribunales han encontrado su *modus vivendi*, que últimamente puede ser leído incluso como una relación armónica.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Saarbrücken, Alemania. Desde 2016 es directora del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad-Adenauer.

A continuación se expondrá la manera en la que el Sistema Europeo de Derechos Humanos —el primer orden objetivo de derechos humanos en Europa sin condición de reciprocidad, que cuenta ya casi con 70 años de vigencia—,¹ el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) y la jurisprudencia del TEDH son recibidos y adoptados por las cortes alemanas, especialmente por el BVerfG. Esto presupone unas breves reflexiones sobre la posición del CEDH en la jerarquía legal alemana para aclarar y entender mejor que el BVerfG a veces no aprueba, necesaria ni automáticamente, la jurisprudencia del TEDH.

2. MARCO LEGAL DEL ACATAMIENTO DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH POR LOS ESTADOS PARTE DESDE LA PERSPECTIVA DEL CEDH

Para entender mejor el “potencial de conflicto” entre ambos tribunales, y antes de profundizar en la perspectiva alemana hacia Estrasburgo, cabe recordar brevemente el marco legal que establece el mismo Convenio respecto a su jurisdicción y en cuanto al acatamiento de su jurisprudencia por sus Estados parte. Como la jurisprudencia del TEDH no tiene carácter de casación o de revisión, aparte de casos excepcionales en los cuales el TEDH puede concederle directamente a la víctima una “satisfacción equitativa” (art. 41 CEDH),² tradicionalmente sus sentencias tie-

¹ López Guerra, Luis, “El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos”, en Bandeira Galindo, George Rodrigo, Urueña, René y Torres Pérez, Aida (coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*, dhes, Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013, p. 165, https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.165-186.pdf

² Aunque el TEDH queda firme con el carácter declaratorio de sus decisiones, existen sentencias en las que le ordenó al Estado demandado medidas concretas de reparación. En el caso *Papamichalopoulos*, ordenó la restitución de un predio expropiado de manera contraria al CEDH. TEDH. *Papamichalopoulos y otros vs. Grecia*, sentencia de 31 de octubre de 1995 (Req. núm. 14556/89). En el caso *Assanidze* ordenó él mismo la liberación del demandante detenido de manera contraria al CEDH. TEDH. *Assanidze vs. Georgia*, sentencia de 8 de abril 2004 (Req. núm. 71503/01). Y en otros casos obligó a los Estados a trasladar a los detenidos que padecían enfermedades graves a instalaciones apropiadas para sus respectivas condiciones

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

nen un valor puramente declarativo e *inter partes*.³ Aunque las sentencias tienen fuerza vinculante para los Estados parte, no son directamente ejecutables y aplicables. En la mayoría de los casos requieren de alguna acción de un órgano nacional para tener efectividad en el orden jurídico interno.⁴ Para dar un ejemplo, las sentencias del TEDH no anulan directamente sentencias nacionales contrarias al CEDH. Sin embargo, al ser una obligación de derecho internacional público que ha pasado a ser parte del derecho interno, los Estados parte se comprometen a terminar la alegada violación de derechos humanos, a reparar los daños y a abstenerse de generar violaciones parecidas en el futuro.

Los Estados parte tienen derecho a elegir los medios con los cuales cumplen las sentencias del TEDH.⁵ Les corresponde, bajo

de salud. TEDH. *Ghavidze vs. Georgia*, sentencia de 3 de marzo 2009 (Req. núm. 23204/07), y TEDH. *Slawomir Musiał vs. Polonia*, sentencia de 20 de enero 2009 (Req. núm. 28300/06). Estas decisiones no estuvieron libres de crítica por parte de la doctrina, sobre todo porque no es evidente el sustento jurídico de la competencia del TEDH para tomar este tipo de decisiones. Véase, al respecto, Breuer, Marten, “Artikel 46”, en Karpenstein, Ulrich y Mayer, Franz (eds.), *EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar*, 2ª ed., C.H. Beck, 2015, pp. 663-691.

³ López Guerra, Luis, *op. cit.*, p. 174.

⁴ Véase García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: Valor de precedente e interpretación vinculante”, en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, 2017, Pamplona, Thomsom Reuters Aranzadi, pp. 71-74. Esto a veces es diferente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Véase artículos 1, 2 y 68 CADH. Asimismo, véase al respecto, Krsticevic, Viviana “Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en Tojo, Liliana y Krsticevic, Viviana (coords.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007, pp. 15-112; Camarillo Govea, Laura, “Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XIX, núm. 37, enero-junio 2016, p. 78, y Saavedra, Pablo, Cano Palomares, Guillem, Hernández Ramos, Mario, “Reparación y supervisión de sentencias”, en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.), *op. cit.*, pp. 212 y ss.

⁵ López Guerra, Luis, *op. cit.*, p. 174.

la supervisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa (art. 46.2 CEDH), transferir a su ordenamiento jurídico interno esa decisión, adoptando las medidas necesarias: tanto individuales, dirigidas a reparar la violación producida en el caso concreto, como de carácter general, dirigidas a la futura prevención de esas violaciones.⁶

Para resumir, aunque el escenario está cambiando con las llamadas sentencias “piloto” —práctica que introdujo el TEDH en 2014 con la idea de aunar sus decisiones sobre una gran cantidad de casos referidos a la misma violación de un derecho—,⁷ hasta el día de hoy en el Sistema Europeo la aplicación de las sentencias del TEDH, respecto de la cual los Estados parte tienen un margen de apreciación, en la mayoría de casos queda en manos de estos.⁸

3. LA RECEPCIÓN DEL CEDH Y DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO ALEMÁN POR LA CONSTITUCIÓN ALEMANA Y LA JURISPRUDENCIA DEL BVerfG

Ahora bien, analizando el mismo fenómeno desde el punto de vista de los Estados parte, en general los efectos concretos de las senten-

⁶ Polakiewicz, Jörg, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Straßburg: Council of Europe Publishing, 1999, capítulo 9, p. 154. Asimismo, López Guerra, Luis, *op. cit.*, pp. 174-175.

⁷ En dichas sentencias, el TEDH pide a los Estados parte adoptar medidas más estructurales, generales y mucho más concretas para enfrentar el problema y para prevenir futuras violaciones del mismo tipo. Breuer, Marten, *op. cit.*, p. 771.

⁸ Hasta el día de hoy el alcance y las características del margen de apreciación de los Estados parte son objeto de fuerte y constante debate. Últimamente la discusión se centró alrededor de una decisión del TEDH vinculada con migrantes que provocó una petición de algunos Estados miembros del Consejo de Europa, sobre todo de Dinamarca, en la dirección de un margen de apreciación mucho más amplio frente a sentencias del TEDH. Sin embargo, al final la Declaración de Copenhague respecto a este punto quedó mucho menos restrictiva de lo que los Estados lo habían pedido. Véase la declaración en http://www.justitsministeriet.dk/sites/default/files/media/Forsidebilleder_2018/copenhagen_declaration.pdf; véase al respecto también <https://www.ejiltalk.org/copenhagen-much-ado-about-little/>.

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

cias del Tribunal Europeo en el ordenamiento jurídico interno de uno de estos Estados dependen del posicionamiento y de la jerarquía del Convenio en dicho orden. Cabe mencionar que la posibilidad de tramitar un recurso individual ante el Sistema Europeo⁹ está sujeta a la condición de que se hayan agotado todos los recursos internos.¹⁰ En el caso de Alemania ello significa que el demandante debe haber agotado las dos o tres instancias judiciales ordinarias¹¹ de una de las cinco jurisdicciones en ese país,¹² y que después del agotamiento de una de estas debe haber adelantado una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.¹³

3.1. El rango del CEDH en el ordenamiento legal alemán

Según el artículo 32 de la Constitución alemana, la Federación alemana tiene la competencia de vincular al país en tratados, convenios y acuerdos internacionales. Mientras el CEDH y la adhesión de Alemania a dicho Convenio constituyen tratados de derecho internacional público, una vez concluido, con el objetivo de incorporarlos al derecho interno, el artículo 59 párrafo 2 de la Constitución estipula que “los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal requieren la aprobación o la participación,

⁹ Así, el Sistema Europeo, según la perspectiva de los ciudadanos, es bastante accesible y por ende visible. Sin embargo, este sistema conlleva el riesgo de una ocupación excesiva del TEDH con recursos individuales, por verse los ciudadanos ante una instancia adicional en materia de derechos humanos. En 2017 fueron presentadas 63 350 demandas ante el Tribunal, quien emitió un total de 1 068 sentencias, resolviendo 15 595 casos. 70 356 demandas fueron declaradas inadmisibles. Al final del año quedaron pendientes de estudio judicial 56 250 demandas. Consejo de Europa, *Annual Report 2017 of the European Court of Human Rights*, 2018, p. 163, https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf.

¹⁰ Arts. 34 y 35.1 del CEDH.

¹¹ En casos excepcionales son solo una, dos o cuatro instancias.

¹² Las cinco jurisdicciones en Alemania son la civil/penal, administrativa, laboral, tributaria y social.

¹³ Art. 93, párr. 1, núm. 4a de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.

bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal.” Como los derechos consagrados en el CEDH se refieren a materias de la legislación federal, para que el Convenio tuviera efecto jurídico en Alemania fue necesaria la aprobación del *Bundestag* (Parlamento alemán) en forma de una ley formal ordinaria.¹⁴ Con esta ley de ratificación¹⁵ se incorporaron las normas del Convenio Europeo en el ordenamiento jurídico interno y, al mismo tiempo, estas adquirieron validez interna. El BVerfG habla en este contexto de un “orden de aplicación de la ley” (*Rechtsanwendungsbefehl*) frente a todos los órganos del poder público.¹⁶

El Tribunal Constitucional y las opiniones mayoritarias en la doctrina jurídica alemana han confirmado varias veces que el Convenio, como cualquier otro tratado internacional ordina-

¹⁴ Parlamento alemán, servicio académico, Transformación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y ejecución y cumplimiento de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en Alemania, Francia, Italia, Rusia, Reino Unido y Turquía, (Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste (WD 3), (2016) Zur innerstaatlichen Umsetzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie zur Durchsetzung und Wirkung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Deutschland, Frankreich, Italien und Russland, im Vereinigten Königreich und in der Türkei); WD 2 - 3000 - 104/16, p. 13, <https://www.bundestag.de/blob/482672/f9ace5e6e53fc37be870a3bbccbb85ed/wd-2-104-16-pdf-data.pdf>. Asimismo, Klein, Eckart, “Germany”, en Gerards, Janneke y Fleuren, Joseph (eds.), *Implementation of the European Convention of Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2014, p. 189.

¹⁵ Publicado en BGBl. II, 1954, p. 14.

¹⁶ BVerfG, 111, 307, nota al pie 34, cdo. 30 y ss. Véase Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 190, y Haug, Thomas, “Die Bedeutung der EMRK in Deutschland und ihre Auslegung durch den EGMR”, *AfP*, 2016, p. 25. El BVerfG defiende un dualismo moderado. Hay opiniones disidentes respecto a la adopción de tratados internacionales en el derecho alemán, entre teorías de un dualismo radical hasta ideas más de tendencia monista. Véase, al respecto, Giegerich, Thomas, “Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten”, en Dörr, Oliver; Grote, Rainer y Marauhn, Thilo (eds.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2ª. ed., t. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 81, considerando 45; Geiger, Rudolf, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 3a. ed., Munich, pp. 163, y Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 193.

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

rio, tiene el rango de una ley federal ordinaria¹⁷ y, por tanto, se encuentra en el orden jurídico interno en un rango jerárquico inferior al de la Constitución. Dentro de la jerarquía normativa alemana y desde la perspectiva del BVerfG, el Convenio comparte la misma calidad jurídica y tiene el mismo nivel que su ley de aprobación.¹⁸ Solo algunas opiniones minoritarias en la doctrina jurídica han señalado que, dada la naturaleza e importancia del Convenio Europeo, este mismo debería tener un rango al menos supralegal, constitucional o —según algunos— incluso supraconstitucional.¹⁹ Sin embargo, estas opiniones contradicen el texto de la Constitución y la jurisprudencia establecida del Tribunal Constitucional y, por ende, deben ser descartados.

3.2. Las maneras de impugnar el CEDH ante el Tribunal Constitucional Federal

En principio, esta equiparación del CEDH a una ley ordinaria por debajo de la Constitución significa que una violación de los derechos humanos consagrados en el Convenio no puede ser denunciada directamente con una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.²⁰ Según la Constitución, solo se permite al demandante la invocación de una violación de sus derechos fundamentales consagrados en la misma (véase art. 93 párr. 1, núm. 4a).²¹ Sin embargo, aunque el Convenio escapa a su exa-

¹⁷ Decisiones del BVerfG 74, 358, 370; 82, 106, 120; 111, 307, 317; 128, 326, 367. Véase, al respecto, Giegerich, Thomas, *op. cit.*, p. 82, cdos. 46 y ss., y Polakiewicz, Jörg y Kessler, Adriana, “Das Streikverbot für deutsche Beamten. Die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR für deutsche Gerichte”, *NVwZ*, 2012, p. 843.

¹⁸ Streinz, Rudolf, “Artikel 59”, en Sachs, Michael (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, 2014, pp. 1363-1387.

¹⁹ Parlamento alemán, servicio académico, *op. cit.*, p. 13; Giegerich, Thomas, *op. cit.*, p. 82, cdos. 51 y ss.

²⁰ BVerfGE 111, 307, 317, 319 s.; 128, 326, 367. Véase Mayer, Franz, “Einleitung”, en Karpenstein, Ulrich y Mayer, Franz (eds.), *EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2012, p. 17.

²¹ En general, el BVerfG es competente únicamente para la interpretación y la aplicación de la Constitución alemana.

men directo, el Tribunal Federal ha elaborado las dos siguientes maneras “indirectas” de hacer del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo su objeto de revisión:

3.2.1. La interpretación de la Constitución alemana conforme al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH

a. Principio

La Constitución alemana asigna una protección especial al “núcleo” de los derechos humanos internacionales. El Tribunal Constitucional reconoce esta posición y la importancia histórica y preponderante que tiene el CEDH para la protección de derechos humanos en Europa. Por ende, aplicando el artículo 1, párrafo 2 de la Constitución alemana, el BVerfG ha impuesto la obligación de considerar en igual medida al CEDH a la jurisprudencia del TEDH, la cual, según aquel, refleja el “contenido y el estado de desarrollo”²² del Convenio en la aplicación de los derechos fundamentales previstos en la Constitución alemana, para conocer el contenido y el marco de protección y aplicación de estos derechos fundamentales.²³ Es decir, el BVerfG se ha “arrogado” un deber de interpretar los derechos humanos en la Constitución “a la luz” del Convenio y de la jurisprudencia del TEDH²⁴ como parte de su doctrina general de interpretación de la Constitución conforme al derecho internacional público.

b. Limitaciones

No obstante, si según los principios de interpretación jurídica establecidos se deriva una incompatibilidad o conflicto entre la solución del mismo caso según la Constitución nacional y el Convenio Eu-

²² BVerfGE 128, 316, cdo. 90, sentencia de 4 de mayo de 2011 (respecto a la detención preventiva).

²³ Para otros países europeos véase García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pp. 71-95.

²⁴ BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 120; 111, 307, 317; 128, 326, 367.

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

ropeo, porque la aplicación de este último conllevaría “una infracción de un principio fundamental de la Constitución”,²⁵ el BVerfG hace prevalecer la interpretación concordante con la Constitución nacional, a fin de que la protección de aquella no se vea socavada.²⁶ Es decir, el BVerfG reconoce un deber de tener en cuenta al CEDH y a la jurisprudencia del TEDH, pero en casos de conflicto que no se puedan solucionar con medidas hermenéuticas, le da preponderancia a la propia Constitución por encima del Convenio.²⁷

Esto significa que, particularmente en casos de conflicto entre dos derechos humanos que requieren una ponderación, la interpretación de la Constitución alemana “a la luz” del Convenio encuentra sus límites.²⁸ El BVerfG insiste en que en estos casos el nivel de protección de derechos humanos consagrado en la Constitución no puede ser disminuido por el CEDH o la jurisprudencia del TEDH.²⁹ El CEDH no puede tener una normativa o interpretación más restrictiva que la Constitución o su interpretación. Sin embargo, en estos casos “multipolares”, que son analizados con más profundidad más adelante, una mayor protección de un derecho conlleva una menor protección del derecho que entra en colisión y al revés.

3.2.2. Examen de la observancia del Convenio y de la jurisprudencia del TEDH por parte de las cortes internas ordinarias: el caso Görgülü

Aparte de la interpretación conforme al Convenio, el BVerfG ha “inventado” otro camino aún más importante para introducir el

²⁵ BVerfGE 111, 307, cdo. 34.

²⁶ BVerfGE 111, 307, cdo. 35. Véase Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 203.

²⁷ Haug, Thomas, *op. cit.*, p. 225.

²⁸ BVerfGE 111, 307, cdo. 50. Nussberger, Angelika, *Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht*, Ponencia para el simposio europeo del Tribunal Federal de Trabajo de Alemania en Erfurt, 26 y 27 de abril de 2012, p. 18, https://www.bundesarbeitsgericht.de/symposion/rev_nussberger.pdf

²⁹ BVerfGE 128, 316, 370 y siguientes, sentencia de 4 de mayo de 2011 (respecto a la detención preventiva).

contenido del CEDH y las sentencias del TEDH en su jurisprudencia. Dado que el Convenio Europeo tiene rango de ley ordinaria en Alemania, como tal, evidentemente no solo debe ser respetado por el juez ordinario sino por toda autoridad administrativa y pública.³⁰ En consecuencia, una violación al CEDH puede ser invocada en todos los niveles de la administración pública y ante las cortes ordinarias y administrativas. A pesar de ello, como el Convenio tiene en principio rango de ley ordinaria, no puede ser invocado ante el BVerfG.

Ante la imposibilidad de revisar directamente un fallo de un juez ordinario en un caso en el cual el demandante invocó ante el Tribunal Constitucional una violación del Convenio Europeo, porque este mismo no tiene rango constitucional, para que el BVerfG pueda supervisar la ejecución del deber del juez ordinario de considerar el Convenio, en su conocida decisión de principio *Görgülü* (correspondiente al apellido del demandante) se “inventó” un recurso especial para integrar el CEDH a su examen jurisprudencial: la posibilidad de presentar una acción de inconstitucionalidad a través de la invocación de una violación del principio de Estado de derecho, el cual tiene rango constitucional en Alemania.³¹ El BVerfG argumentó que la inobservancia de la ley ordinaria, en este caso del Convenio Europeo, por el juez ordinario constituyó una infracción al principio constitucional de Estado de derecho.³²

En el caso, el señor *Görgülü* reclamó la custodia de su hijo. La madre, con quien el demandante no estaba casado, había entregado al niño en adopción sin informar al padre, por lo cual el niño creció con una familia adoptiva. Después de un fallo civil de primera instancia a favor del padre, el tribunal civil de segunda instancia anuló la sentencia argumentando que el niño había establecido una unión estrecha con la familia adoptiva y que la separación de esta familia afectaría su bienestar.

³⁰ Art. 20, párr. 3, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, según el cual los poderes judiciales están sometidos a la ley y al Derecho; BVerfGE 111, 307, 323 s.; 128, 326, 369; 131, 268, 295 s.

³¹ Art. 20, párr. 3, de la Ley Fundamental de Alemania.

³² Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 199.

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

Mediante decisión dictada el 31 de julio de 2001,³³ el BVerfG rechazó la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el demandante.

En consecuencia el señor Görgülü presentó una acción ante el TEDH por violación de sus derechos paternales protegidos por el artículo 8 del CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar). El Tribunal Europeo consideró que cada Estado parte debía vigilar y garantizar la unión entre un niño y sus padres biológicos.

Así, por el hecho de que el tribunal ordinario de segunda instancia había ignorado totalmente el artículo 8 del CEDH y la jurisprudencia del TEDH en la justificación de su decisión, declaró que —solo por maldefinición del marco de protección aplicable y sin entrar en la ponderación de derechos— había una violación del Convenio.³⁴ El caso fue reenviado al tribunal de segunda instancia, que nuevamente ignoró la decisión del TEDH al considerar que el CEDH solamente vincularía al Estado alemán como objeto del derecho internacional público, pero que no supondría obligación directa alguna para las cortes alemanas. A continuación, el señor Görgülü presentó una segunda acción de inconstitucionalidad ante el BVerfG que dio lugar a la jurisprudencia arriba mencionada. Por primera vez, el BVerfG utilizó este recurso novedoso de control indirecto de la aplicación del Convenio Europeo por la vía de una violación del principio de Estado de derecho.³⁵

Sin embargo, hay que considerar que según la jurisprudencia *Görgülü*, solo se presenta una violación de la Constitución alemana si el juez ordinario ha ignorado por completo la aplicabilidad del CEDH y/o una sentencia del Tribunal Europeo en el caso concreto. Por el contrario, puede ser compatible con la Constitución alemana un fallo de un juez ordinario que considere de manera suficiente las previsiones del Convenio y la jurisprudencia del TEDH aplicable a su caso y las tenga en cuenta en el marco

³³ BVerfG, resolución de 31 de octubre de 2001 - 1 BvR 1720/01.

³⁴ TEDH. *Görgülü vs. Alemania*, sentencia de 26 de febrero de 2004 (Req. núm. 74969/01).

³⁵ BVerfGE 111, 307 ss. Véase, al respecto, Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 203.

del test de proporcionalidad, aun si al final decide no ajustarse a ellas en su decisión.³⁶ Es decir, el juez ordinario está solamente obligado a reconocer la jurisprudencia del Tribunal Europeo, a considerar su argumentación jurídica y los resultados de su ponderación en relaciones de derechos humanos multipolares, así como a interpretar la ley alemana a la luz de aquella jurisprudencia, pero no hay una obligación absoluta de seguirla o reiterarla, sobre todo si aquella entra en conflicto con la propia Constitución alemana y la jurisprudencia del BVerfG.³⁷

3.3. Después de *Görgülü*: consecuencias y dificultades para el BVerfG en la aplicación del CEDH y su interpretación por el TEDH. De un diálogo denso a un diálogo cooperativo

A pesar de esto, hoy en día las cortes alemanas siguen la jurisprudencia del TEDH en la mayoría de los casos. Esto siempre se da en relaciones singulares jurídicas en las cuales los derechos invocados por el actor no entran en conflicto con los derechos fundamentales del demandado. Si el marco previsto por el Convenio para el derecho invocado garantiza un nivel de protección más amplio que el previsto por la Constitución alemana, el juez siempre aplicará el nivel de protección más amplio, interpretando el derecho federal de Alemania a la luz del CEDH, siguiendo el principio *pro persona*.

Sin embargo, como se mencionó, el caso se muestra más complejo en los litigios en los cuales se abordan casos “bipolares o multipolares” de derechos, es decir, en los cuales dos o varios derechos humanos entran en conflicto y demandan del Tribunal una ponderación entre ellos.³⁸ En estas situaciones, la mejor protección de un derecho humano puede ir de la mano de una “peor protección” del otro. Son aquellos casos que causan más complicaciones en la aplicación del Convenio Europeo y su interpretación por el TEDH, sobre todo en cuanto a la definición de los

³⁶ BVerfGE 111, 307, cdo. 50. Véase Haug, Thomas, *op. cit.*, p. 226.

³⁷ Mayer, Franz, *op. cit.*, p. 17.

³⁸ Nussberger, Angelika, *op. cit.*, p. 171.

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

marcos de protección aplicables y en lo relativo a la ponderación de estos derechos, con la posibilidad de resultados diferentes según los diversos tribunales. Ejemplos famosos de este conflicto, que suelen ser resueltos siguiendo el principio de proporcionalidad, son el conflicto entre la libertad de prensa (art. 10 CEDH), por un lado, y la protección de la reputación de la persona cuya vida privada es objeto de cubrimiento de reportajes de prensa (art. 8 CEDH), por el otro.³⁹

3.3.1. El caso “Carolina de Mónaco”

Uno de los casos más conocidos del BVerfG, que muestra de manera muy emblemática el potencial conflicto entre el sistema alemán y el Sistema Europeo de Derechos Humanos, y la manera en la que el BVerfG aplica la jurisprudencia del TEDH en casos de conflicto entre varios derechos, es el de las tres famosas sentencias respecto a la vida privada de la princesa Carolina de Mónaco.⁴⁰ La princesa fue blanco permanente de la prensa amarillista y de *paparazzis* que tomaban fotos de ella incluso en situaciones informales o íntimas. De manera reiterada demandó ante las cortes alemanas por la violación de su derecho general a la personalidad, derecho a la propia imagen, a la honra y a la intimidad. Sin embargo, por la importancia preponderante e histórica de la libertad de prensa en Alemania, la demandante solía perder todos estos procesos e incluso una acción por inconstitucionalidad ante el BVerfG.⁴¹

El argumento de las cortes alemanas era que, ponderando por un lado el derecho general a la personalidad y a la propia imagen y, por el otro, el derecho de libertad de la prensa y de los redactores, así como el derecho de la ciudadanía a ser y estar informada,

³⁹ Nussberger, Angélica, *op. cit.*, p. 172, y Haug, Thomas, *op. cit.*, p. 226.

⁴⁰ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania*, sentencia de 24 de junio de 2004 (Req. núm. 59320/00); *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 2) sentencia (GS) de 7 de febrero de 2012 (Reqs. núms. 40660/08 & 60641/08), y *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 3), sentencia de 19 de septiembre de 2013 (Req. núm. 8772/10).

⁴¹ BVerfG, 1 BvR 653/96, 15 de diciembre de 1999.

prevalecen de manera general los últimos, sobre todo frente a los llamados “personajes absolutos de la historia contemporánea” (*absolute Person der Zeitgeschichte*),⁴² como lo es Carolina de Mónaco. Todo ello siempre que no se afecte la “esfera íntima” de la persona.⁴³

Carolina demandó ante el TEDH, el cual decidió en su primera sentencia, *Von Hannover vs. Alemania*, que los tribunales alemanes no habían considerado de manera suficiente el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) de la princesa y que tampoco habían tratado de establecer un equilibrio entre aquel derecho y el derecho a la libertad de prensa previsto en el artículo 10 del Convenio: una argumentación de las cortes basada solamente en la consideración de que en el caso de personajes absolutos de la historia contemporánea, el derecho de libertad de prensa siempre prevalecerá, no era suficiente. Ambos derechos merecen “igual respeto”. Por ende, aunque el TEDH nunca ordenó a las cortes alemanas cuál debería ser el resultado “correcto” de la ponderación, dejándoles un margen amplio de apreciación al respecto,⁴⁴ al inicio de las ponderaciones de las dos cortes, estas básicamente difirieron respecto a la contribución de las fotos y los artículos de prensa al debate público en una sociedad definida.

Mientras que en el concepto alemán era suficiente probar el interés público por conocer el estilo de vida de la persona famosa por su posición de líder o su influencia, el TEDH defendió que el mero deseo de satisfacer la curiosidad pública no justificaba la in-

⁴² Según la jurisprudencia alemana, apoyada por la jurisprudencia del BVerfG y la Corte Federal (*Bundesgerichtshof*, BGH), el derecho a la privacidad de personas de historia contemporánea sufre más limitaciones que para individuos “normales”. Si una persona tiene un significado en la historia por sí misma, por ejemplo, por su papel político, económico o también civil, cualificaba como “persona absoluta” de la historia contemporánea. Si esa persona solo tiene un significado en un definido contexto histórico o por su conexión con una persona absoluta de historia contemporánea, solo califica como persona relativa de historia contemporánea y tiene un nivel más bajo de protección de su derecho a la privacidad solo en este contexto históricamente importante.

⁴³ Véase, al respecto, Nussberger, Angelika, *cit.*, p. 175.

⁴⁴ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania*, *cit.*

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

tromisión en la vida privada de la persona en juego. Era necesaria la existencia de una “contribución al debate público”.

La corte civil más alta (*Bundesgerichtshof*, BGH, por sus siglas en alemán), reaccionando al fallo del TEDH, tuvo que nivelar el concepto de los “personajes absolutos de la historia contemporánea” y bajar el estándar de protección de la libertad de prensa realizando una mejor ponderación de los derechos en juego e introduciendo un modelo de protección gradual: el concepto de los “personajes absolutos de la historia contemporánea” no justifica de manera general la prevalencia de la libertad de prensa.⁴⁵ Más bien, se requiere una ponderación de cada caso teniendo en cuenta los hechos específicos del mismo y viendo la contribución del artículo al debate público.⁴⁶ A continuación, el BVerfG declaró compatible esta sentencia con la Constitución.⁴⁷ Por su parte, unos años más tarde el TEDH se acercó a la posición alemana y confirmó los resultados de la jurisprudencia alemana al respecto, después de su primera decisión en el caso *Carolina de Mónaco*.⁴⁸

Además de la “histórica contienda” entre el BVerfG y el TEDH en los casos de la princesa Carolina, hay otros ejemplos de que, en el pasado, las divergencias jurisprudenciales entre la jurisprudencia de ambos tribunales perduraron al menos durante algunos años. Sobre todo dos casos conocidos, uno sobre detención preventiva y otro sobre agentes encubiertos, ambos de derecho procesal penal, que han marcado el debate público durante años en Alemania y con los cuales el poder público tuvo muchos problemas para cumplir sus obligaciones estipuladas en el CEDH, demuestran a modo de ejemplo que la relación entre los dos tribunales no siempre ha sido armónica. Sin embargo, incluso en estos dos “notorios” casos de conflicto durante años, los dos tribunales recientemente han logrado un acercamiento recíproco.⁴⁹

⁴⁵ Véase, al respecto, Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 210.

⁴⁶ BGH, sentencia de 6 de marzo de 2007, VI ZR 51/06.

⁴⁷ BVerfG, 1 BvR 1602/07.

⁴⁸ TEDH. *Von Hannover vs. Alemania* (núm. 2), *cit.*

⁴⁹ Klein, Eckart, *op. cit.*, pp. 211 y 212.

3.3.2. *El caso de la detención preventiva*

En primer lugar cabe mencionar el caso de la detención preventiva ilimitada aplicada de manera retroactiva. El derecho penal de Alemania prevé la posibilidad de retener a una persona durante toda su vida, incluso después del cumplimiento de la pena más larga de privación de libertad que existe en el país (15 años). Si el delincuente todavía parece ser un peligro para la sociedad después del cumplimiento de la pena privativa de 15 años, el Estado puede ordenar su reclusión preventiva atendiendo al interés superior de proteger a la generalidad. Esta forma de reclusión o detención⁵⁰ —que según el entendimiento alemán no es una pena en sentido estricto, sino una medida de corrección y prevención— se puede aplicar incluso de manera retroactiva a la condena original.⁵¹

En una sentencia de 2004, sin tener en cuenta al CEDH en su fallo, el BVerfG confirmó la constitucionalidad de la aplicación retroactiva de la detención preventiva. A su juicio, la prohibición absoluta de retroactividad del derecho penal no aplicaba en este caso, porque la detención preventiva no califica como pena.⁵² En 2009 el TEDH, en el famoso caso *M. vs. Alemania*,⁵³ consideró la legislación alemana en casos de detención preventiva como una violación del artículo 5 (derecho a la libertad y a la seguridad), interpretando el catálogo exhaustivo de razones lícitas de detención previsto en este artículo de manera rígida,⁵⁴ y del artículo 7

⁵⁰ Este tipo de medida de seguridad ha sido argumentada en distintos escenarios como la más importante contribución a la relativamente baja tasa de encarcelamiento observada en Alemania. Para conocer en mayor detalle las aproximaciones a las sanciones y las tensiones entre el derecho penal alemán y la política de seguridad, véase Albrecht, Hans-Jörg, “Sentencing in Germany: Explaining Long-Term Stability in the Structure of Criminal Sanctions And Sentencing”, *76 Law and Contemporary Problems*, 2013, pp. 211-236.

⁵¹ Véase, al respecto, Giegerich, Thomas, *op. cit.*, p. 218.

⁵² BVerfGE 109, 133, sentencia de 5 de febrero de 2004.

⁵³ TEDH. *M. vs. Alemania*, sentencia de 17 de diciembre de 2009 (Req. núm. 19359/04).

⁵⁴ Giegerich, Thomas, *op. cit.*, p. 212.

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

del CEDH, entre otros, por violación al principio *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley) y la aplicación de una pena de manera retroactiva.⁵⁵ Al respecto destacó que incluso esta forma de detención preventiva es una forma de pena por la manera en que se realiza.

Aunque los alemanes liberaron al detenido, acatando el fallo del Tribunal de Estrasburgo, durante años tuvieron grandes problemas para alinear el sistema alemán de detención preventiva con el Convenio, porque no estuvieron dispuestos a abandonar su concepto tradicional de medidas de prevención. Pero finalmente, gracias a un diálogo jurisdiccional entre ambos, marcado por la buena voluntad de hacer compatible el derecho procesal penal alemán en este punto con los requisitos de los artículos 5 y 7 del Convenio, en una sentencia de 2011,⁵⁶ el BVerfG declaró inconstitucional la aplicación retroactiva de la detención preventiva; aunque lo hizo sin adoptar la calificación de la detención preventiva como pena, como lo ha hecho el TEDH. El BVerfG modificó así su interpretación del fallo de 2004 sin adoptar por completo la posición del TEDH en la sentencia de 2009.

En noviembre de 2011, reaccionando a las concesiones hechas por Karlsruhe, el Tribunal Europeo consideró que el BVerfG había adecuado la sentencia del TEDH a la ley alemana en el caso *M*.⁵⁷ Además, con el objetivo de alinear la ley alemana al Convenio, el legislador alemán revisó por completo su legislación en materia de detención preventiva. En 2016, la nueva versión de la misma fue aprobada por el Comité de Ministros, órgano encargado de la supervisión del cumplimiento de las sentencias del TEDH.

⁵⁵ TEDH. *M. vs. Alemania*, cit. Esta sentencia fue confirmada, entre otras, por tres sentencias de 13 de enero de 2011: *Kallweit vs. Alemania*, sentencia de 13 de enero de 2011 (Req. núm. 17792/07); *Mautes vs. Alemania*, sentencia de 13 de enero de 2011 (Req. núm. 20008/07), y *Schummer vs. Alemania*, sentencia de 13 de enero de 2011 (Req. núm. 27360/04).

⁵⁶ BVerfGE 128, 326, sentencia de 4 de mayo de 2011 (detención preventiva II).

⁵⁷ TEDH. *O.H. vs. Alemania*, sentencia de 24 de noviembre de 2011 (Req. núm. 4646/08).

3.3.3. *El caso de provocación de un crimen por un agente encubierto*

En segundo lugar hay que mencionar el conflictivo caso de la legislación alemana frente a la provocación ilícita de un crimen por un agente estatal encubierto. Según el artículo 6 del Convenio Europeo y según el principio de Estado de derecho consagrado en la Constitución alemana, la provocación de un crimen por un agente estatal es ilícita si el agente encubierto va más allá de la investigación “pasiva” del delito, y además trata de alentar o inducir a la persona a cometer un crimen, el cual no hubiera cometido sin la provocación del agente, incluso si este último actúa con el solo objetivo de probar el delito para iniciar un proceso penal.

Cuando un crimen es cometido después de esta provocación ilícita por parte de un agente encubierto (agente “provocador”), el TEDH, en varios fallos contra otros Estados parte, ha manifestado que, de acuerdo con el Convenio, dicha provocación excluye totalmente la aplicación de cualquier tipo de condena criminal, aun cuando el delincuente realmente haya sido culpable.⁵⁸ Las cortes penales alemanas, al contrario, poco impresionadas por lo que ha dicho el Tribunal de Estrasburgo, durante muchos años han opinado que la provocación ilícita por un “agente provocador” resulta en una reducción de la pena, pero nunca puede llegar a una exención total de la misma, siendo el delincuente autor del crimen alegado.⁵⁹

Las tensiones empeoraron cuando, en octubre de 2014, el Tribunal Europeo tuvo que solucionar un caso de este tipo contra Alemania y constató que la solución alemana de reducir la pena en casos de crímenes provocados por un agente encubierto no era suficiente para predicar la violación de los derechos del culpable, a quien el Estado había instrumentalizado como herramienta de su política criminal.⁶⁰ Sin embargo, pocos meses

⁵⁸ TEDH. *Teixeira de Castro vs. Portugal*, sentencia de 9 de junio de 1998 (Req. núm. 25829/94).

⁵⁹ BGHSt 45, 321, 333 ss.; 47, 44, 47.

⁶⁰ TEDH. *Furcht vs. Alemania*, sentencia de 23 de octubre de 2014 (Req. núm. 54648/09).

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

después, en 2015, la Corte Suprema de Alemania (*Bundesgerichtshof*), en un fallo muy llamativo, cambió su jurisprudencia y reconoció —siguiendo lo que había dicho Estrasburgo y citando su jurisprudencia— en los casos más graves de provocación de un crimen por un agente encubierto, la inaplicabilidad total de una pena. Esto representó un hito para el Estado de derecho en Alemania y una afirmación de la tesis de que la efectividad de la investigación penal no justifica todos los medios.⁶¹ El caso es otro ejemplo del acercamiento mutuo entre Alemania y Estrasburgo en los últimos años.

3.4. Diferenciación entre sentencias contra Alemania y sentencias contra otros Estados parte

En los tres casos arriba mencionados hubo un fallo condenatorio contra Alemania como demandado. El derecho internacional público y el artículo 46 del CEDH prescriben que el Estado parte condenado por un fallo definitivo del TEDH debe acatarlo (efecto de cosa juzgada) y reparar los daños a la víctima (*restitutio in integrum*).⁶² Sin embargo, aunque todos los fallos del Tribunal Europeo reflejan el entendimiento contemporáneo del Convenio y tienen la misma función central de proveer orientación y guiar la interpretación del CEDH, es necesario diferenciar entre las sentencias del TEDH contra Alemania y los fallos contra otros Estados parte en términos legales de sus efectos y en lo que concierne a su “valor interpretativo”.⁶³ Es más compleja la evaluación de los efectos en el orden jurídico interno de precedentes condenatorios contra otros Estados parte.

⁶¹ BGH, sentencia de 10 de junio de 2015, 2 StR 97/14. Véase, al respecto, Esser, Robert, “BGH zu Agent Provocateur, Hindernis für Verfahren”, *Legal Tribune Online*, de 11 de junio de 2015, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-urteil-2-str-97-14-lockspitzel-agent-provocateur-verfahrenseinstellung/>

⁶² García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pp. 71-95.

⁶³ Klein, Eckart, *op. cit.*, pp. 204-208, y Polakiewicz, Jörg y Kessler, Adriana, *op. cit.*, p. 841.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania testifica esta diferenciación. Según el BVerfG, las sentencias condenatorias contra otros Estados parte no tienen fuerza de cosa juzgada en Alemania, esto es, no tienen efecto vinculante por ser solo *inter partes*. De esta manera, las sentencias contra otros Estados parte no pueden, por ejemplo, servir de base legal para reabrir una sentencia de una corte nacional que ha pasado a ser cosa juzgada y que contradice una eventual sentencia del TEDH.⁶⁴ Si fuera de otra manera, ello conllevaría una inseguridad jurídica para el ciudadano y una debilitación del principio de cosa juzgada. Por ende, según el BVerfG, los precedentes contra otros Estados solo pueden tener un “efecto orientador” (*Orientations und Leitfunktion*)⁶⁵ para el juez alemán. Solo en casos de precedentes en los cuales el TEDH ha condenado al mismo Estado, es decir, a Alemania, por una práctica o situación legal en un caso con hechos semejantes, el “efecto orientador” puede convertirse en un verdadero “deber para terminar” la práctica o la situación legal.⁶⁶

Esta posición del Tribunal Constitucional no ha estado exenta de críticas.⁶⁷ Según la jurisprudencia del TEDH, los Estados parte están obligados a adecuar su derecho interno a las disposiciones del CEDH y a las interpretaciones que le ha dado el TEDH, independientemente de que se trate de un fallo condenatorio contra el Estado en cuestión.⁶⁸ Este “efecto de cosa interpretada” es *erga*

⁶⁴ Véase la reciente sentencia del BVerfG 2 BvR 2136/17 de 13 de febrero de 2019. Nota de prensa disponible en inglés en https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2019/bvg19-016.html;jsessionid=D838B51D4A31721ACEB6D450069F374B.2_cid39. Véase también Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁵ BVerfGE 111, cdos. 39 y ss.

⁶⁶ Grabenwarter, Christoph y Pabel, Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4a. ed., Munich, C.H. Beck, 2009, §16, cdo. 9 f.

⁶⁷ Polakiewicz, Jörg y Kessler, Adriana, *op. cit.*, p. 843.

⁶⁸ Véase, TEDH. *Marckx vs. Bélgica*, sentencia de 13 de junio de 1979 (Req. núm. 6833/74). Véase, al respecto, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Queralt Jiménez, Argelia, “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europea ¿dos caras de una misma moneda?”, en García Roca, Francisco Javier y Carmona Cuenca, Encarnación (coords.), *op. cit.*, pp. 138 y ss.

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

omnes.⁶⁹ Se trata de una obligación de modificación y no de un “pronunciamiento constitutivo de una nulidad”.⁷⁰ Más allá de la discusión respecto al efecto de cosa juzgada o no de los precedentes contra otros Estados —algunos, para explicar la diferenciación, hablan de cosa juzgada *formal* y *material* al respecto—⁷¹ frente a la necesidad de evitar una futura condena por el TEDH, los Estados deberían tener en cuenta sus precedentes *ex officio*, de antemano y de manera vinculante, y deberían interpretar el derecho nacional de manera compatible con la jurisprudencia del TEDH.⁷²

Sin embargo, pese a esto y como quedó demostrado más arriba, con la jurisprudencia *Görgülü*, el BVerfG obliga al juez ordinario a aplicar y a tomar en cuenta tanto a la Constitución como al Convenio Europeo. Según el párrafo 31 de la Ley del BVerfG (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), para el juez ordinario los precedentes de dicho Tribunal son vinculantes, siendo interpretaciones de la Constitución incluso si van en contravía de la jurisprudencia del TEDH.⁷³ El Tribunal Constitucional de Alemania les pide a las cortes nacionales hacer prevalecer la Constitución en casos de conflicto entre la misma y el Convenio Europeo, conflictos insolubles con principios hermenéuticos constitucionales reconocidos, incluso si las cortes arriesgan una futura condena de Alemania por violación del Convenio. Es importante seguir teniendo presente que el Convenio Europeo solo tiene valor de ley ordinaria en Alemania. ¿Qué hacer entonces? Al ponerse “en los zapatos” del juez ordinario se podría pensar que los jueces alemanes se encuentran frente a un dilema.

⁶⁹ Queralt Jiménez, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en García Roca, Francisco Javier y Fernández, Pablo Antonio (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, 2009, pp. 229-256. Asimismo, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Queralt Jiménez, Argelia, *op. cit.*, pp. 138 y ss.

⁷⁰ García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, p. 103.

⁷¹ Queralt Jiménez, Argelia, *op. cit.*, pp. 229-256, y García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

⁷² Grabenwarter, Christoph y Pabel, Katharina, *op. cit.*, §16, cdo. 8 f., y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Queralt Jiménez, Argelia, *op. cit.*, p. 136.

⁷³ Véase, al respecto, Nussberger, Angelika, *op. cit.*, p. 9.

En el pasado, en casos de precedentes del TEDH contra otros Estados, la mayoría de los jueces alemanes solían resolver estos conflictos acatando su propia normativa y la interpretación de la misma por el BVerfG. Como hemos visto en el caso del “agente provocador”, aunque hubo varias sentencias del TEDH contra otros Estados parte al constatar una infracción del artículo 6 del CEDH en casos de aplicación de una pena después de la provocación de un crimen por un agente encubierto, la Corte Suprema de Alemania se negó durante varios años a interpretar el derecho procesal penal alemán según esta jurisprudencia del TEDH. Solo la condena directa a Alemania por el TEDH en 2014 desató el descrito cambio en la jurisprudencia de la Corte Suprema alemana. Esta reacción diferenciada ya demuestra de manera empírica que para el juez alemán el valor jurídico de las condenas contra su país parece ser diferente del valor de los precedentes contra otros Estados.

Recientemente, el marco de aplicación de la “función orientadora” de los precedentes del TEDH en contra de otros Estados para la interpretación de la ley alemana y la situación de “dilema” del juez alemán han sido altamente discutidos frente a una cuestión de derecho laboral: la de la prohibición de huelga para funcionarios públicos.⁷⁴ En Alemania, esta prohibición es un principio constitucional tradicional de los funcionarios de carrera,⁷⁵ relicto de la concepción prusiana de *law and order* y de sumisión a la idea del Estado omnipotente, según la cual los funcionarios públicos de carrera entran en una banda de lealtad tan intensa con el Estado, que se les hace imposible oponerse públicamente al mismo en forma de huelga.

Esta prohibición histórica de huelga “a la alemana” contradice varias sentencias del TEDH respecto de Turquía, en las

⁷⁴ *Ibidem*, pp. 1-21.

⁷⁵ La prohibición de huelga para funcionarios públicos se deduce de la interpretación del art. 33 apdo. 5 de la Constitución alemana. Aunque no hay ninguna norma legal que prevea de manera explícita el derecho a la huelga para funcionarios públicos, la prohibición es el resultado de una línea de jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional alemán durante décadas.

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

cuales el TEDH redefinió el marco del artículo 11 del CEDH sobre la libertad de asociación. Según esta nueva jurisprudencia, funcionarios o servidores públicos no pueden ser excluidos del derecho a la huelga, al menos no en términos generales.⁷⁶ Las cortes administrativas alemanas confrontadas con el problema jurídico en los últimos años llegaron a conclusiones diferentes aplicando en unos casos y en otros no los precedentes del TEDH respecto al artículo 11 del Convenio contra otros Estados.⁷⁷

Si las cortes nacionales en este caso siguieran la jurisprudencia del TEDH, tendrían que dejar de lado el principio constitucional y la jurisprudencia consolidada del BVerfG respecto a la prohibición de huelga para funcionarios públicos. ¿Cómo harán las cortes nacionales para resolver este dilema? Otra vez se plantea la pregunta de si la última palabra la tiene el Tribunal alemán o el europeo. Aunque en una decisión de junio de 2018 el BVerfG confirmó su línea jurisprudencial establecida de que los funcionarios públicos no gozan del derecho a la huelga,⁷⁸ sería deseable que este y el TEDH entablaran un diálogo judicial para encontrar un compromiso en la materia, dado que la Constitución alemana no prevé de manera directa la prohibición absoluta del derecho a la huelga y el Convenio generalmente abre la puerta a limitaciones a este derecho.

⁷⁶ TEDH. *Demir y Baykara vs. Turquía*, sentencia de 12 de noviembre de 2008 (Req. núm. 34503/97); TEDH. *Enerji Yapi-Yol Sen vs. Turquía*, sentencia de 21 de abril de 2009 (Req. núm. 68959/01); TEDH. *Karaçay vs. Turquía*, sentencia de 27 de marzo de 2007 (Req. núm. 6615/03); TEDH, *Çerikci vs. Turquía*, sentencia de 13 de julio de 2010 (Req. núm. 33322/07), y TEDH. *Kaya y Seyhan vs. Turquía*, sentencia de 15 de septiembre de 2009 (Req. núm. 30946/04).

⁷⁷ Véase un buen resumen de estas sentencias en Polakiewicz, Jörg y Kessler, Adriana, *op. cit.*, pp. 841-845, y Nussberger, Angelika, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁸ BVerfG, sentencia del 12 de junio de 2018, BvR 1738/12. En esta sentencia el Tribunal alemán descartó la acción de inconstitucionalidad de cuatro profesoras escolares. En Alemania, la mayoría de los profesores son servidores públicos. Con esta sentencia se opone a un fallo anterior del Tribunal Federal Administrativo del mismo año en el cual este último reconoció un conflicto de la jurisprudencia alemana con el CEDH y dijo que este conflicto debía ser resuelto por el legislador (sentencia de 7 de marzo de 2014, núm. 3d A 317/11).

4. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta las dificultades en el cumplimiento de las sentencias del TEDH durante la primera década del siglo XXI, sobre todo en los casos mencionados, en cuanto a la relación entre el TEDH y el BVerfG, se habló de una relación de tensión, competencia o confrontación,⁷⁹ a veces incluso de un conflicto abierto.⁸⁰ Aunque nunca se puso en duda el efecto vinculante de los fallos del TEDH como tal, sobre todo el juego de *ping-pong* en los casos de la princesa Carolina de Mónaco y los fallos respecto a la detención preventiva desataron un debate público muy crítico sobre el “valor añadido” por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, y sobre la manera de ejecución y de cumplimiento de esta jurisprudencia. Cada vez fueron más numerosas las voces que invocaron un margen de apreciación amplio de los Estados parte respecto a las sentencias de Estrasburgo, destacando el principio de subsidiariedad.

En esta situación más o menos tensa, los acercamientos mutuos en los casos de la detención preventiva y del agente “provocador”, en 2015, fueron recibidos con gran alivio. Los casos prueban que hoy nadie pone en duda que generalmente Estrasburgo y Karlsruhe tienen una relación de cooperación y diálogo en relación con el cumplimiento de las decisiones.⁸¹

Afortunadamente, en los últimos años, los pocos casos en los que Karlsruhe y Estrasburgo entraron en conflicto la mayoría de las veces se resolvieron con un acercamiento mutuo, lo que algunos incluso han cualificado como una “fertilización recíproca entre los derechos convencionales y constitucionales”.⁸² En términos generales, el impacto de las sentencias del TEDH respecto

⁷⁹ Giegerich, Thomas, *op. cit.*, p. 221.

⁸⁰ Pabel, Katharina, “Germany: The Long Way of Integrating the Strasbourg Perspectives into the Protection of Fundamental Rights”, 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, pp. 169 f.

⁸¹ *Ibidem*, p. 174.

⁸² García Roca, Francisco Javier y Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pp. 72-95.

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

a los fallos nacionales es cada día más evidente.⁸³ Parece adecuada la conclusión de que las dos cortes han encontrado su *modus vivendi*: aunque Karlsruhe no siempre adopta al pie de la letra la argumentación de Estrasburgo, aquella busca adaptar de buena fe el orden legal interno y las situaciones fácticas y legales de cada caso individual a la jurisprudencia del TEDH y, por ende, a la Convención. El TEDH, a su vez, premia los esfuerzos de Alemania y muestra su disposición a aceptar un margen de apreciación del BVerfG.⁸⁴ En otras palabras, se trata de una situación recíproca de dar y recibir.

Al final del día, pese a que la aplicación del CEDH por cortes nacionales en los últimos años ha aumentado significativamente, cabe constatar que los derechos fundamentales consagrados en la ley fundamental de Alemania todavía juegan un rol preponderante en los casos nacionales que involucran derechos humanos.⁸⁵ Esto significa que en la realidad alemana, la jurisprudencia del TEDH solo juega un papel concreto si la interpretación según el CEDH modifica o amplía el contenido del marco de protección de un derecho fundamental consagrado en la Constitución alemana.

Pero, ¿qué “valor agregado” conlleva la jurisprudencia del TEDH para Alemania? Indudablemente, en el caso concreto tiene una función de corrección, de confirmación y de armonización. Una función de corrección respecto a decisiones que desde una perspectiva externa pueden ser criticables y —tal vez más importante— una función de confirmación, si reglas que a nivel nacional provocaron grandes controversias reciben el “sello” de convencionalidad por parte de Estrasburgo.⁸⁶ Y una función de armonización entre los diferentes estándares constitucionales europeos.

Siendo el Tribunal Europeo una corte regional, sus sentencias no pueden ser más que especies de compromisos que median en-

⁸³ Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 203.

⁸⁴ Giegerich, Thomas, *op. cit.*, pp. 233 y 234.

⁸⁵ Klein, Eckart, *op. cit.*, p. 214.

⁸⁶ Véase Nussberger, Angelika, *op. cit.*, p. 20.

tre las heterogeneidades y peculiaridades de los Estados. Esto ya debe ser la consecuencia de la composición multinacional de sus órganos. Como actualmente nos muestra el caso de la prohibición del derecho a la huelga de los funcionarios públicos en Alemania, es evidente que estos actos de vez en cuando entran en conflicto con las características normativas, históricas, culturales y éticas propias y particulares de los Estados parte. En este caso, más allá de las constantes discusiones entre los Estados parte y Estrasburgo sobre el alcance de la doctrina del margen de apreciación y el principio de subsidiaridad, todo dependerá de un entendimiento mutuo y de un verdadero diálogo jurisprudencial.

Aparte de esto, queda la función más digna del Tribunal Europeo de ser el guardián del cumplimiento de los derechos humanos consagrados en el Convenio, lo que lo pone en una posición de *watchdog* del Estado de derecho en los países miembros del Consejo de Europa. Aprendimos de nuestra historia que la garantía de un nivel de protección alto de los derechos humanos es y debería ser una tarea regional e internacional. Y ahí se encuentra la justificación más importante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, Hans-Jörg, “Sentencing in Germany: Explaining Long-Term Stability in the Structure of Criminal Sanctions And Sentencing”, 76 *Law and Contemporary Problems*, 2013.
- BREUER, Marten, “Artikel 46”, en KARPENSTEIN, Ulrich y MAYER, Franz (eds.), *EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar*, 2a. ed., C.H. Beck, 2015.
- CAMARILLO GOVEA, Laura, “Convergencias y divergencias entre los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XIX, núm. 37, enero-junio 2016.
- DÖRR, Oliver; GROTE, Rainer y MARAUHN, Thilo (eds.), *EMRK/ GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2ª. ed., t. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

- ESSER, Robert, “BGH zu Agent Provocateur, Hindernis für Verfahren”, *Legal Tribune Online*, 11 de junio de 2015, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-urteil-2-str-97-14-lockspitzel-agent-provocateur-verfahrenseinstellung/>
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y QUERALT Jiménez, Argelia, “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europea, ¿dos caras de una misma moneda?”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y CARMONA CUENCA, Encarnación (coords.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Thonsom Reuters Aranzadi, 2017.
- GARCÍA ROCA, Francisco Javier y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: Valor de precedente e interpretación vinculante”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y CARMONA CUENCA, Encarnación (coords.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Thonsom Reuters Aranzadi, 2017.
- GIEGERICH, Thomas, “Wirkung und Rang der EMRK in den Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten”, en DÖRR, Oliver; GROTE, Rainer y MARAUHN, Thilo (eds.), *EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, 2a. ed., t. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.
- , “The Struggle by the German Courts and Legislature to Transpose the Strasbourg Case Law on Preventive Detention into German Law”, en SEIBERT-FOHR, Anja y VILLIGER, Mark (eds.), *Judgments of the European Court of Human Rights. Effects and Implementation*, Nomos, 2014.
- GEIGER, Rudolf, *Grundgesetz und Völkerrecht*, 3ª. ed., Munich, 2010.
- GRABENWARTER, Christoph y PABEL, Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4a. ed., Munich, C.H. Beck, 2009.
- HAUG, Thomas, “Die Bedeutung der EMRK in Deutschland und ihre Auslegung durch den EGMR”, *AfP*, 2016.
- KLEIN, Eckart, “Germany”, en GERARDS, Janneke y FLEUREN, Joseph (eds.), *Implementation of the European Convention of*

Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law. A comparative analysis, Cambridge–Antwerp–Portland, Intersentia, 2014.

KRSTICEVIC, Viviana, “Reflexiones sobre la ejecución de sentencias de las decisiones del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, en TOJO, Liliana y KRSTICEVIC, Viviana (coords.), *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*, Buenos Aires, CEJIL, 2007.

LÓPEZ GUERRA, Luis, “El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, en: Protección Multinivel de Derechos Humanos”, en BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo, URUEÑA, René, TORRES PÉREZ, Aida (coords.), *Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual*, dhcs. Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.

MAYER, Franz, “Einleitung”, en KARPENSTEIN, Ulrich y MAYER, Franz (eds.), *EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2012.

NUSSBERGER, Angelika, *Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf das deutsche Arbeitsrecht*, Ponencia para el simposio europeo del Tribunal Federal de Trabajo de Alemania en Erfurt, 26 y 27 de abril de 2012, pp. 1-21, https://www.bundesarbeitsgericht.de/symposium/rev_nussberger.pdf

—, “Subsidiarity in the Control of Decisions Based on Proportionality: an Analysis of the Basis of the Implementation of ECtHR Judgments into German Law”, en SEIBERT-FOHR, Anja y VILLIGER, Mark (eds.), *Judgments of Human Rights. Effects and Implementation*, Nomos, 2014.

PABEL, Katharina, “Germany: The Long Way of Integrating the Strasbourg Perspectives into the Protection of Fundamental Rights”, 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.

El TEDH en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania

- POLAKIEWICZ, Jörg, *Treaty-Making in the Council of Europe*, Straßburg: Council of Europe Publishing, 1999.
- POLAKIEWICZ, Jörg y KESSLER, Adriana, “Das Streikverbot für deutsche Beamten. Die Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR für deutsche Gerichte”, *NVwZ*, 2012.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “El alcance del efecto de cosa interpretada de las sentencias del TEDH”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y FERNÁNDEZ, Pablo Antonio (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales*, 2009.
- SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo, CANO PALOMARES, Guillem, HERNÁNDEZ RAMOS, Mario, “Reparación y supervisión de sentencias”, en GARCÍA ROCA, Francisco Javier y CARMONA CUENCA, Encarnación (coords.), *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Pamplona, Thonsom Reuters Aranzadi, 2017.
- STREINZ, Rudolf, “Artikel 59”, en SACHS, Michael (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, C.H. Beck, 2014.
- WENZEL, Nicola, “Artikel 41”, en KARPENSTEIN, Ulrich y MAYER, Franz (eds.), *EMRK, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar*, Munich, C.H. Beck, 2012.