

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Sibylle Kessal-Wulf* (Alemania)

El Tribunal Constitucional Federal y los tribunales supranacionales: problemas actuales de un sistema multinivel

RESUMEN

El presente artículo esboza escenarios posibles para responder a la pregunta de si se puede considerar correcta la tesis de la omnipresencia del “poder de los jueces”, teniendo en cuenta la tensión en el ámbito del derecho europeo generada en los últimos tiempos, con un alto impacto público, en especial en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el proyecto de adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la relación entre los sistemas nacionales de derechos fundamentales, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: tribunal constitucional, gobierno de los jueces, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Federal Constitucional Alemán, protección multinivel de derechos fundamentales.

ZUSAMMENFASSUNG

Im vorliegenden Beitrag sollen mögliche Szenarien zur Beantwortung der Frage dargestellt werden, ob die These von einer allgegenwärtigen „Herrschaft der Richter“

* Estudió Derecho en la Universidad Christian-Albrecht en Kiel, Alemania. Aprobó los exámenes estatales entre 1982 y 1985 e inició su carrera judicial a finales de 1985 en los tribunales de Flensburg y Kiel del estado de Schleswig-Holstein. En 1991 se vinculó al Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*) del mencionado estado federado, y en 1992 fue nombrada magistrada del mismo. En 1995 aprobó su doctorado con el profesor Dieter Reiter en Kiel. En mayo de 2001 fue nombrada magistrada del Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) de Alemania, el cual presidió en 2011. Desde ese año se desempeña como magistrada del Tribunal Constitucional de la República Federal.

zutrifft. Dabei wird von den Spannungen ausgegangen, die in jüngster Zeit im Bereich des europäischen Rechts aufgetreten sind und öffentliche Auswirkungen hatten, insbesondere hinsichtlich der Rolle des deutschen Bundesverfassungsgerichts, des geplanten Beitritts der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention und der Beziehungen zwischen den nationalen Grundrechtssystemen, der Europäischen Grundrechtscharta und der Europäischen Menschenrechtskonvention.

Schlagwörter: Supranationales Verfassungsgericht; Herrschaft der Richter; Europäischer Gerichtshof; Bundesverfassungsgericht.

ABSTRACT

This article seeks to outline possible scenarios for deciding whether the thesis of the omnipresent “power of the judges” is correct. We consider the tension generated in recent years in the field of European law, which has had a high impact on the public, especially with regard to the German Federal Constitutional Court, the Union’s draft act of accession to the European Convention on Human Rights, and the relations between national fundamental rights systems, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights.

Keywords: Supranational constitutional court, government by judges, Court of Justice of the EU, German Federal Constitutional Court.

Introducción

Gouvernement des juges (El gobierno de los jueces): en 1921, el jurista francés Edouard Lambert eligió este título para un libro¹ que se dedicó al análisis crítico de las tendencias observadas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La publicación trataba del control constitucional excesivo de la legislación y la función de “legislador sustituto” asumida por el tribunal constitucional en el proceso, con el resultado que el catedrático de teoría del Estado, filósofo del derecho y antiguo juez constitucional alemán Böckenförde² ha llamado “la transición del Estado parlamentario al Estado orientado por la jurisprudencia constitucional”.

¹ Edouard Lambert, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, M. Giard & Cie, 1921.

² E.-W. Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz* [Sobre el estado de la dogmática de los derechos fundamentales a 40 años de aprobarse la Ley Fundamental], München, Carl Friedrich von Siemens-Stiftung, 1989, pp. 61 y ss.; E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt* [El derecho y el poder legislativo], 2ª ed., Berlin, Dunker & Humblot, 1981, p. 402.

“*Gouvernement des juges*: ¿maldición o bendición?” fue también el tema de un simposio organizado por Hillgruber en abril de 2013 en la ciudad de Bonn. En la introducción del volumen de actas que acompañaba el evento³ se observa: “El ‘gobierno de los jueces’ ya no se limita al Estado-nación. También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Luxemburgo, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Estrasburgo, se han convertido en lugares en los que el poder judicial actúa con mucha confianza”. De esta manera, y a casi 100 años de su publicación, las afirmaciones de Edouard Lambert cobran una actualidad supranacional renovada y, por cierto, inesperada desde la perspectiva del autor.

Pero, ¿puede considerarse correcta la tesis de la omnipresencia del “poder de los jueces”? ¿Qué sucedería si los mencionados “lugares en los que el poder judicial actúa con mucha confianza” entraran en una relación de supuesta o efectiva competencia? Realmente, ¿se puede afirmar⁴ que “los tribunales supremos se caracterizan por establecer, en algunas ocasiones, barreras imposibles de franquear por la vía de las decisiones de las mayorías políticas ni por el arte de la diplomacia?”. Una constelación de estas características, ¿“no debería ser causa de preocupación en una Europa que ha optado por confiar sus asuntos, hasta las cuestiones existenciales, al ámbito judicial”?⁵

En los últimos tiempos se han generado varias zonas de tensión en el ámbito del derecho europeo que han causado un fuerte impacto público y, a la vez, desencadenado un debate intenso (y también crítico) a nivel de la ciencia jurídica, en el caso de:

- La primera resolución de remisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en la historia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (en adelante, BVerfG, por su sigla en alemán) sobre la base del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como parte del juicio sobre las operaciones de compra de títulos de deuda pública (OMT, por su sigla en inglés).⁶
- El proyecto de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el dictamen del TJUE sobre este asunto.
- La relación entre los catálogos nacionales de derechos fundamentales, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales y el CEDH.

³ Christian Hillgruber (comp.), *Gouvernement des juges - Fluch oder Segen* [Gouvernement des juges: ¿maldición o bendición?], t. 4, Paderborn, Schönburger Schriften zu Recht und Staat, 2014.

⁴ Christian Tomuschat, “Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral – Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2015, p. 133.

⁵ *Idem*.

⁶ Resolución del 14 de enero de 2014 - 2 BvR 2728, 2729, 2731/13 - 2 BvE 13/13.

Analicemos los temas en debate que se acaban de nombrar desde diferentes ángulos: el lugar que ocupan por principio los tres tribunales –BVerfG, TJUE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)– en el llamado sistema multi-nivel, la imperiosa necesidad de cooperar de la manera más fructífera y armoniosa posible en una Europa cada vez más integrada, y la voluntad permanente de cooperar. Tampoco se pasarán por alto los posibles conflictos que puedan surgir en las intersecciones de las respectivas competencias.

1. Competencias del BVerfG a nivel interno

1.1. El BVerfG tiene un mandato claramente definido a nivel nacional que puede ser resumido en una frase: es el garante del cumplimiento de la Ley Fundamental (en adelante, LF) de la República Federal de Alemania. Esto vale especialmente para la implementación de los derechos fundamentales de los ciudadanos individuales; su componente fundamental es el recurso de amparo constitucional individual, a disposición de todos los ciudadanos que consideran que sus derechos fundamentales fueron conculcados por el poder público.⁷ No menos importante es la función del tribunal de solucionar las controversias en torno a los derechos y obligaciones constitucionales que surjan entre los órganos constitucionales (conflictos entre organismos estatales), así como las controversias vinculadas al funcionamiento del sistema federal, es decir entre la federación y los Estados federados, los *Länder*.⁸

1.2. El BVerfG es un órgano constitucional. De esta manera se reconoce que el tribunal constitucional debe ser efectivamente independiente para poder cumplir las tareas que se le han encomendado; solo así sus decisiones recibirán el necesario grado de aceptación. La limitación del poder estatal –más específicamente, aquel que ejerce el Poder Ejecutivo– por un tribunal independiente con rango de órgano constitucional, y que justamente por esto está en condiciones de relacionarse “de igual a igual” con los otros órganos constitucionales, es un elemento relevante, constitutivo e indispensable del Estado de derecho.

Sobre esta base, la relación entre los órganos constitucionales nacionales se caracteriza por el respeto mutuo. No obstante, y sin poner en duda este respeto, en el pasado algunas decisiones fueron objeto de cuestionamientos, sobre todo desde filas políticas. Una institución como el BVerfG debe vivir con los cuestionamientos –en tanto expresión de un diálogo jurídico-constitucional crítico, aunque siempre centrado en los hechos– y tenerlos en cuenta, en la medida que corresponda.

⁷ Cabe agregar la acción de inconstitucionalidad abstracta (a instancias del Gobierno federal, el gobierno de un estado federado o la cuarta parte de los integrantes del *Bundestag*) y concreta a partir de la remisión de un tribunal de instancia.

⁸ Los conflictos entre organismos estatales competen exclusivamente a la Segunda Sala, que actúa como tribunal de Estado.

2. Las relaciones del BVerfG frente a los tribunales europeos

Sin embargo, en todo momento, el BVerfG debe tener presente la posición y la jurisprudencia de los “tribunales constitucionales europeos”. Esto nos lleva al tema del lugar del tribunal en el entramado institucional supranacional. En la actualidad, se suele hablar de la *interacción* de los tribunales europeos. El término mismo de “interacción” hace referencia a la existencia de cierta interrelación o interconexión entre los tribunales, es decir su *colaboración recíproca*, a diferencia de una relación de coexistencia o antagonismo. Hace algunos años se podría haber hablado, en términos más neutros, de una simple comunidad de derecho⁹ y de una “relación” entre la jurisdicción (constitucional) europea y nacional. Han quedado definitivamente atrás los tiempos en que un juez europeo de origen alemán, quien más adelante se convirtiera en presidente del Tribunal Federal de Justicia alemán, caracterizara como “triángulo jurídico de las Bermudas”¹⁰ lo que –desde nuestra perspectiva actual– constituye un escenario de “interacción”. Sin embargo, la expresión “triángulo de las Bermudas” deja en claro que se trata de tres tribunales, dado que nuestro sistema legal está expuesto a la influencia, no solo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su jurisprudencia. Solemos referirnos a esta totalidad como una red interconectada de tribunales constitucionales. Sus actores, al igual que los órganos constitucionales a nivel nacional, deben relacionarse sobre la base del respeto mutuo y del reconocimiento de las particularidades de sus respectivos sistemas legales, para colaborar en la creación de la Europa unificada. Esto se desprende también del artículo 4, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea de Lisboa, donde se formula: “La Unión respeta la igualdad de los Estados miembros [...], así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos”.

2.1. En este contexto, veamos primero la relación entre el TJUE y nuestro tribunal constitucional. Al respecto, el BVerfG entiende su papel como el de un mediador que debe hacer justicia a dos máximas, con el fin de establecer un equilibrio entre ambas. Como lo ha manifestado el presidente del tribunal, Voßkuhle,¹¹ podríamos hablar de las dos caras de la misma moneda, o más bien –como me gusta expresarlo

⁹ Walter Hallstein, “Die EWG-Eine Rechtsgemeinschaft” [La CEE: una comunidad de derecho], *Europäische Reden*, 1979, pp. 341 y ss.

¹⁰ Günter Hirsch, “Schutz der Grundrechte im ‘Bermuda-Dreieck’ zwischen Karlsruhe, Straßburg und Luxemburg” [La protección de los derechos fundamentales en el ‘triángulo jurídico de las Bermudas’ entre Karlsruhe, Estrasburgo y Luxemburgo], suplemento de *EuR* 1/2006, p. 718.

¹¹ Cf., entre otros, Andreas Voßkuhle, “Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund” [La interconexión de los tribunales constitucionales europeos], discurso pronunciado el 3 de noviembre de 2009, versión publicada en *Staatlichkeit im Wandel* [El Estado en transformación], núm. 106, 2009; además, *NVwZ* 2010, pp. 1 y ss.

a mí– de un sistema especial de vasos comunicantes. Por un lado, está la apertura hacia el derecho europeo de la LF con la responsabilidad concomitante de la integración, por la cual el BVerfG se debe orientar; a ella corresponde, por el otro lado, la identidad constitucional nacional, cuya salvaguardia también forma parte de las responsabilidades del BVerfG, y cuyo respeto por la Unión quedó consagrado en los tratados, como acabamos de observar.

2.1.1. El preámbulo de la LF alemana establece, en el artículo 23, apartado 1, el mandato constitucional de hacer realidad la Europa unida. No solo permite la integración europea, sino que debe ser entendido como un *mandato* constitucional expreso, tal como lo ha decidido la Segunda Sala en su sentencia sobre Lisboa,¹² que debe ser cumplida por el BVerfG, al igual que todos los órganos constitucionales.¹³

2.1.2. Por otra parte, existe el *núcleo identitario* material de nuestra Constitución que se desprende del artículo 79, apartado 3, de la LF, y cuya protección compete muy especialmente al BVerfG. Este núcleo identitario, que ni siquiera admite la injerencia del legislador constituyente, pone límites a la autorización, en términos generales, de la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea conforme al artículo 5, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE); en este sentido, es resistente a la integración. El núcleo identitario de nuestra constitución exige sobre todo que el proceso de integración europea cuente con la legitimación democrática suficiente. En otras palabras: algunas decisiones deben seguir siendo responsabilidad del parlamento alemán, el *Bundestag*; entre esas decisiones, se destaca su responsabilidad presupuestaria.¹⁴ Por lo tanto, el *Bundestag* alemán no está facultado a someterse a mecanismos con incidencia financiera que podrían conllevar cargas imprevisibles para el presupuesto sin su previa autorización constitutiva.

2.1.3. Hasta este punto solo se han descrito los dos polos (constitucionales) a nivel *nacional*, sin que esto implique un posicionamiento certero en el sistema multinivel europeo. Para esto, primero habrá que repasar las diferencias que existen entre las perspectivas y las áreas de competencia de los tribunales europeos y nacionales. El TUE cumple su mandato jurisprudencial mediante el examen que se orienta por el derecho comunitario; de esta manera, se hace responsable de la aplicación uniforme del derecho comunitario en los Estados miembros y ejerce la competencia de decisión de última instancia. A diferencia de la posición bastante cómoda del TJUE –por principio, este tribunal no se ocupa de cuestiones que pertenecen a la órbita del derecho nacional–, el BVerfG, actuando a nivel nacional, debe poner en práctica el acto de malabarismo ya descrito: si bien, por un lado, acompaña el proceso de integración, por el otro, puede verse en la situación de tener que ponerle límites a este mismo proceso de integración. Como parte del ejercicio de su función de contralor, el BVerfG evalúa en este contexto si los actos de los órganos e instituciones

¹² Sentencia del 30 de junio de 2009 - 2 BvE 2/08 *et al.*, BVerfGE 123, 267 ss.

¹³ BVerfGE 123, 267, 346 s.

¹⁴ Cf. BVerfG 129, 124, 177 ss.; 132, 195, 269 ss.; BVerfG 134, 366, 396 s.

de la Unión Europea afectan el área no transferible de la identidad constitucional protegida por el artículo 79, apartado 3, de la Ley Fundamental –por lo que no se tendrían que haber transferido– o si extralimitan de manera evidente el marco del área correctamente transferida: a partir de la decisión del BVerfG en la causa Honeywell,¹⁵ para que exista un acto *ultra vires* debe determinarse si se produjo una infracción *suficientemente verificada*. Tal infracción presupone –en breves palabras– que la extralimitación de lo actuado por el poder de la Unión sea evidente y que el acto recurrido conlleve un traslado de competencias con incidencia estructural en detrimento de los Estados miembros.¹⁶

2.1.4. La función de contralor del BVerfG que acabamos de esbozar quedó patente en el auto de remisión de la Segunda Sala relativo a la llamada *Resolución OMT*¹⁷ del consejo de gobierno del Banco Central Europeo (BCE) del 6 de septiembre de 2012. La importancia de la resolución se debe también a otro aspecto: se trata del primer auto de remisión del BVerfG con fundamento en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). El artículo 267, apartado 3, del TFUE es un instrumento importante y eficaz en el ámbito de la *ingeniería jurídica de la integración* europea; a partir de la remisión *obligatoria* (no solo *opcional*) se asegura que las cuestiones importantes de derecho comunitario que incidan en litigios a nivel nacional, sean efectivamente elevadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.1.4.1. A nivel de los tribunales de instancia, las remisiones de este tipo al TJUE forman parte de la cotidianeidad jurídica. Si no se cumple la obligación de remitir y la causa no se eleva a los jueces (europeos) que en realidad deberían conocer de ella, según la jurisprudencia del BVerfG¹⁸ se podría incluso estar ante la violación del derecho de las partes al juez natural –un derecho equivalente a un derecho fundamental–, de conformidad con la segunda frase del artículo 101, apartado 1, de la LF, lo que constituiría una violación de la Constitución, por lo menos en aquellos casos en que la omisión de la remisión *ya no parece justificable y resulta evidentemente insostenible*.¹⁹ Partiendo de la aplicación e interpretación del derecho material de la Unión, el tribunal de instancia debe llegar a la justificada opinión de que la situación jurídica, o resulta inequívoca a priori (“*acte clair*”), o fue aclarada por la jurisprudencia europea de manera tal que no subsisten dudas razonables (“*acte éclairé*”), por lo que queda sin efecto la obligación de remitir.²⁰

2.1.4.2. Volvamos a la *Resolución OMT*. Esta prevé que el sistema europeo de bancos centrales puede comprar sin límites títulos de deuda pública de determina-

¹⁵ BVerfGE 126, 286 ss.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 304 y s.

¹⁷ Resolución relativa a *Technical features of Outright Monetary Transactions*; cf. Actas de la 340ª reunión del consejo de gobierno del Banco Central Europeo, celebrada el 5 y 6 de septiembre de 2012, y el comunicado de prensa del 6 de septiembre de 2012.

¹⁸ BVerfGE 73, 339, 366 ss.; 126, 286, 315; 135, 155, 230 ss.

¹⁹ BVerfGE 135, 155, 232 punto 18o.

²⁰ BVerfGE 135, 155, 233 punto 183.

dos Estados miembros.²¹ En opinión de la Segunda Sala, se podría estar ante un acto *ultra vires*,²² si la *Resolución OMT* violara el mandato del Banco Central Europeo y su limitación a la *política cambiaria* o constituyera una infracción de la prohibición del financiamiento de los presupuestos a través de la política monetaria, porque, de conformidad con los tratados europeos, el BCE no tiene el mandato de llevar adelante una política económica independiente, sino, por el contrario, está limitado a *apoyar* la política económica de la Unión. Si se considerase que la *Resolución OMT* debe ser calificada como una medida *independiente* de política económica, dicha resolución atentaría evidentemente contra la asignación de competencias. Este traslado de competencias tendría asimismo un impacto estructural, porque la *Resolución OMT* podría superponerse a las medidas de asistencia en el marco de las “políticas de rescate del euro”, que forman parte de las áreas centrales de la competencia económica de los Estados miembros (cf. artículo 136, apartado 3, del TFUE).

Además, las transacciones podrían resultar en una redistribución considerable entre los Estados miembros y, de esta manera, adquirir rasgos de un sistema de compensación financiera que no está previsto en los tratados europeos. De la misma manera, si la *Resolución OMT* violara la prohibición del financiamiento monetario de los presupuestos (artículo 123, apartado 1, del TFUE), este hecho constituiría una extralimitación evidente y estructuralmente significativa de las competencias. La violación sería evidente, porque el derecho primario de la Unión establece la prohibición en una norma explícita, excluyendo de esta forma, y sin lugar a dudas, cualquier competencia del Banco Central Europeo al respecto. La prohibición del financiamiento monetario de los presupuestos establece asimismo la responsabilidad presupuestaria global del *Bundestag* alemán sobre una base firme. La posibilidad de una violación de la identidad constitucional de la Ley Fundamental por la *Resolución OMT* y su puesta en práctica depende, entre otros aspectos, del contenido y el alcance de la resolución en la interpretación del TUE. El TJUE ya ha dictado su sentencia relativa a las cuestiones prejudiciales que habíamos remitido, a lo cual no me referiré debido a que, desde nuestro punto de vista, el proceso aún no ha concluido. Desde la perspectiva del derecho del proceso constitucional alemán, la remisión es un procedimiento intermedio; aclaradas las cuestiones prejudiciales, se retoma el proceso original, hasta su terminación con la sentencia final por parte del BVerfG.

2.2. A continuación, me referiré a la tensión entre los derechos fundamentales nacionales y la protección de estos a nivel de la Unión (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

2.2.1. Hasta hoy, el BVerfG no ha renunciado a su pretensión de tener competencia para examinar la conformidad constitucional de los actos jurídicos de la Unión.

²¹ En tanto que dichos Estados miembros participen simultáneamente en un programa de reformas acordado con el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF) o el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE).

²² BVerfGE 134, 366, 392 ss.

Sin embargo, no ejerce su jurisdicción, en tanto que en el área de la jurisdicción europea estén dadas las garantías para una protección de los derechos fundamentales que sea comparable *en lo esencial* con los estándares asegurados por la LF (la llamada jurisprudencia “*solange*” o “en tanto que”²³). El BVerfG ha confirmado esta opinión en varias oportunidades, por ejemplo, en la sentencia sobre Maastricht²⁴ o, últimamente, en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa.²⁵ En consecuencia, la intervención del BVerfG no estaría indicada, en tanto no se produzca un desfasaje *generalizado* en el desarrollo del derecho europeo en comparación con los estándares (nacionales) irrenunciables de los derechos fundamentales. Esta “subsidiariedad voluntaria” puede ser interpretada como otro instrumento del ámbito de la *ingeniería jurídica de la integración*, con el objetivo de garantizar la convivencia sin interferencias en el sistema europeo, sin tener que hacer concesiones con respecto a los estándares nacionales de los derechos fundamentales.

2.2.2. Ante este trasfondo, causaron sorpresa las sentencias en las causas *Åkerberg/Fransson*²⁶ y *Melloni*,²⁷ dictadas por el TUE en 2013. El tribunal sueco remitente en la *Causa Åkerberg/Fransson* había consultado al tribunal europeo si era compatible con el derecho comunitario, la práctica judicial nacional que instruí a los tribunales a seguir aplicando disposiciones que violan un derecho fundamental garantizado por la Carta, cuando la violación no resulta *evidente*. El tribunal rechazó esta interpretación porque una práctica judicial de estas características despojaría al tribunal nacional de su derecho de realizar una valoración *exhaustiva* de la compatibilidad de la disposición en cuestión con la Carta. Agregó que el tribunal nacional que debía conocer de una causa sobre derecho comunitario, y que tenía dudas con respecto al sentido o al alcance de ese derecho, tenía el derecho y, llegado el caso, también la *obligación*, conforme al artículo 267 del TFUE, de remitir sus preguntas relativas a la interpretación de las disposiciones aplicables del derecho comunitario al tribunal de justicia.²⁸ En este contexto –al igual que en la decisión *Melloni*–,²⁹ el tribunal postuló, casi sin excepciones, la primacía de la normativa comunitaria sobre el de-

²³ BVerfGE 37, 271, 285; 73, 339, 376, 387.

²⁴ Sentencia del 12 de octubre de 1993 - 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92 - BVerfGE 89, 155, 174 s.

²⁵ BVerfGE 123, 267, 335.

²⁶ TJUE, Gran Sala, Sentencia del 26 de febrero de 2013 C-617/10, ABL EU 2013 núm. C 114, 7 s.; *EuZW* 2013, 302 ss.

²⁷ TJUE, Gran Sala, Sentencia del 26 de febrero de 2013 C-399/11, ABL EU 2013 núm. C 114, 127; *EuZW* 2013, 305 ss.

²⁸ Cf. TJUE [nota al pie 26] punto 48.

²⁹ Cf. TJUE [nota al pie 27] punto 60: “[Si bien] el artículo 53 de la Carta confirma que, al exigir un acto jurídico de la Unión la adopción de medidas nacionales de implementación, las autoridades y los tribunales nacionales continúan teniendo el derecho de aplicar la normativa nacional relativa a los derechos humanos, en la medida en que dicha aplicación no implique un perjuicio al nivel de protección de la Carta en la interpretación del Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la eficacia del derecho comunitario”.

recho constitucional nacional “en cuestiones relativas al derecho comunitario”. Al adoptar una postura tan rigurosa se ha creado una tensión –hasta ahora no resuelta por el tribunal– con el trato preferencial dispuesto por el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales que prohíbe expresamente el uso de los derechos fundamentales de la Unión como referencia para menoscabar los niveles de protección alcanzados a nivel nacional.

Poco tiempo después, en la decisión del 24 de abril de 2013,³⁰ la Primera Sala del BVerfG consideró oportuna la siguiente aclaración: para lograr una relación cooperativa entre el BVerfG y el TJUE, la referida jurisprudencia de este último no debe ser interpretada como un acto evidentemente *ultra vires* o que pondría en peligro la protección o la aplicación de los derechos fundamentales de los Estados miembros en un grado tal que cuestione la identidad del orden constitucional instituido por la LF (primera frase del artículo 23, apartado 1). Por lo tanto, la decisión en la *Causa Åkerberg/Fransson no debe ser interpretada ni aplicada como si cualquier* relación material entre una disposición y el área de aplicación abstracto del derecho comunitario, o meros efectos reales de una disposición sobre este derecho constituyeran una causa suficiente para sujetar los Estados miembros a los derechos fundamentales de la Unión Europea consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales.³¹

En una sentencia dictada el 6 de marzo de 2014,³² el Tribunal de Justicia de la Unión Europea flexibilizó, hasta cierto punto, su jurisprudencia y adoptó una postura –quizás– más conciliadora. Alegó que el concepto de “aplicación del derecho comunitario” con arreglo al artículo 51 de la Carta exige un “vínculo suficiente”, más allá de la cercanía de las áreas materiales en cuestión o de la posibilidad de que una de ellas pueda ejercer una influencia indirecta sobre la otra. No obstante, el debate no está concluido, y el futuro dirá si los tribunales constitucionales de los Estados miembros están dispuestos a aceptar esta postura del TJUE.

2.3. Centremos ahora nuestra atención en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Así como el Tribunal Constitucional Federal es el garante de la LF, el TEDH lo es del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por lo general, esta “doble” protección de los derechos fundamentales y humanos opera en sintonía; sin embargo, en algunos casos puede producir resultados divergentes. Un proceso ante el TEDH implica que todas las instancias judiciales a nivel nacional estén agotadas; esto incluye la interposición del recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal. Por consiguiente, el TEDH está facultado para examinar las decisiones del BVerfG y denunciar como contrario al Convenio cualquier acto de soberanía cuya conformidad con la LF haya sido reconocida por el BVerfG. En el pasado reciente se han dado situaciones como la expuesta.

³⁰ Sentencia del 24 de abril de 2014 “Antiterrordatei” [Base de datos para la lucha contra el terrorismo] - 1 BvR 1215/07 - BVerfGE 133, 277 ss.

³¹ BVerfGE 133, 277, 316 punto 91.

³² Decisión de la 10ª Sala en la causa C-206/13, NVwZ 2014, 575.

Inicialmente, el Tribunal Constitucional Federal clasificó el Convenio –y su consolidación concreta por el TEDH– como una simple ayuda de interpretación para “la determinación del contenido y del alcance de los derechos fundamentales y los principios conformes al Estado de derecho [a nivel nacional]”, sin que esa interpretación tuviera rango constitucional.³³ Esta visión partía del carácter jurídico formal del Convenio, dado que, desde la perspectiva de nuestra LF, los acuerdos celebrados con arreglo al derecho internacional contractual, que se incorporan a la legislación nacional mediante una ley aprobatoria del *Bundestag* alemán, revisten por principio el rango de una ley (federal) común.³⁴

En una decisión de principio (*Görgülü*³⁵) del año 2004, que hacía referencia a la apertura del orden jurídico alemán al derecho internacional, el BVerfG modificó esta jurisprudencia, por lo menos para el ámbito del CEDH. La decisión se originó en un litigio sobre la custodia de un hijo natural entre su padre biológico y sus padres de acogida, a cuyo cuidado el niño fue entregado pocos días después de nacer. A juicio del TEDH, la negación del derecho de contacto y de la custodia del padre de un hijo natural por los juzgados de familia alemanes constituía una violación del derecho del padre al respeto de su vida familiar (CEDH, art. 8, ap. 1), por lo que dio lugar a su recurso de amparo.³⁶ Seguidamente, el juzgado de familia competente de Alemania de segunda instancia se negó nuevamente a dictar una sentencia cautelar que permitiera el contacto del padre con el niño, aduciendo que el carácter vinculante de la decisión del TEDH alcanzaría solamente a la República Federal de Alemania como sujeto de derecho internacional, sin incluir sus órganos de jurisprudencia. Otro recurso de amparo constitucional del padre, repudiando la implementación deficiente de la sentencia por los juzgados de familia, fue exitoso. El BVerfG fundamentó su decisión en la violación del derecho fundamental del padre conforme al artículo 6 de la LF, en conjunción con la vulneración del principio del Estado de derecho: el juzgado de familia no había respetado plenamente la decisión del TEDH que constataba la violación del Convenio, dado que –y este es el elemento novedoso– los tribunales nacionales tenían la obligación, más allá del principio constitucionalmente fundado de la apertura al derecho internacional, de tomarlo en cuenta para la aplicación e interpretación del derecho común.³⁷

De esta manera, el BVerfG fortalece el Convenio al integrarlo al principio de sometimiento de la justicia a la ley, de conformidad con el artículo 20, apartado 3 de la LF, y lo eleva, por lo menos indirectamente, al rango de estándar jurídico-constitucional, en los términos de interpretación y concreción desarrollados por el TEDH. Por lo tanto, su violación puede ser repudiada por la vía del recurso de am-

³³ BVerfGE 74, 358, 370.

³⁴ BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 120; 111, 307, 316 s., 128, 326, 367.

³⁵ BVerfGE 111, 307 ss.

³⁶ Sentencia del 26 de febrero de 2004, TEDH, núm. 74969/01.

³⁷ BVerfGE 111, 307, 323 s.

paro constitucional contra actos de soberanía alemanes, con referencia al principio de Estado de derecho, y en conjunción con el derecho fundamental en cuestión. Esta profundización de la jurisprudencia ha generado otras consecuencias: en virtud de las diferencias jurisprudenciales entre el BVerfG y el TEDH en torno a la valoración de la detención por seguridad retrospectiva a continuación del cumplimiento de la pena, que el derecho penal alemán prevé para delincuentes reincidentes que cometieron delitos gravísimos, en 2011 el BVerfG dictó otra sentencia en la materia, en la cual incluso concede, en atención a los principios establecidos en la *Resolución Görgülü*, que la fuerza de cosa juzgada de sus propias decisiones es susceptible de revisión en la medida que una decisión *posterior* del TEDH aporte aspectos novedosos a la interpretación de la Ley Fundamental.³⁸

3. La relación entre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y el Catálogo de Derechos Fundamentales del Consejo Europeo en el CEDH

3.1. Hasta el momento, me he limitado a la consideración de las relaciones bilaterales: por un lado, entre el BVerfG en tanto garante de la constitución nacional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y, por el otro, entre el BVerfG y el TEDH. Pero con ello no se agota el tema porque existe también un vínculo entre la Carta de los Derechos Humanos de la Unión y el sistema de derechos fundamentales del Consejo de Europa, establecido en su Convenio de Derechos Humanos: un vínculo de hecho, por el artículo 6, apartados 1 y 3 del TEU, pero también otro, a partir de la previsión expresa de la adhesión de la Unión al CEDH, conforme al artículo 6, apartado 2 del TEU. Esto conlleva dificultades serias en materia de delimitación jurídica, porque si bien las áreas de aplicación e influencia del derecho comunitario y del Convenio se superponen, no son idénticas. Como es sabido, el Consejo de Europa tiene 47 Estados afiliados, no solo los 28 Estados miembros de la Unión Europea.

En tanto que la Unión Europea no adhiere al Convenio, este no tiene carácter de fuente directa del derecho en el área de la Unión, es decir no es un elemento directo del orden jurídico de la Unión, aunque cumple la función de una fuente del conocimiento jurídico. Esto se desprende del artículo 6, apartado 3, del TEU, según el cual los derechos fundamentales consagrados en el Convenio continúan haciendo parte del derecho comunitario en calidad de principios generales del derecho, incluso después de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales. Como indicador adicional del estrecho vínculo entre los derechos fundamentales de la Unión y del Convenio, la primera frase del artículo 52, apartado 3, de la Carta

³⁸ BVerfGE 128, 326, 365.

de los Derechos Fundamentales contiene una *cláusula de armonización*. De esta manera, se intenta asegurar la coherencia de la interpretación y aplicación de aquellos derechos fundamentales de la Carta que corresponden a los derechos consagrados en el Convenio. En ningún caso, el nivel de protección otorgado por los derechos fundamentales de la Unión debe ser inferior al de los derechos fundamentales del Convenio. En cambio, se abre la posibilidad de una protección *mayor* sobre la base de los derechos fundamentales de la Unión; la segunda frase del artículo 52, apartado 3, de la Carta contiene la correspondiente “cláusula de apertura”. Por lo tanto, los derechos fundamentales del Convenio deben ser entendidos como estándares mínimos.

La cláusula de armonización se complementa con la ya mencionada *cláusula de trato preferencial* del artículo 53 de la Carta, que corresponde al artículo 53 del Convenio. En consecuencia, los derechos fundamentales de la Unión no deben servir de base para apartarse de un estándar de protección posiblemente superior de los derechos del Convenio. La interacción entre los respectivos sistemas de derechos fundamentales mediante cláusulas de armonización y trato preferencial aporta, en principio, otro componente eficaz a la reiteradamente mencionada ingeniería jurídica de la integración de sistemas multinivel. No obstante lo anterior, la sentencia en la *Causa Åkerberg/Fransson*³⁹ –a la que me referí para ilustrar la relación entre los derechos fundamentales de la Unión y los nacionales– dejó en claro que puede ser una fuente de conflictos.

3.2. La primacía del derecho comunitario respecto del derecho nacional que postula el TJUE y su interpretación restrictiva del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales nos llevan a la consideración del dictamen del tribunal relativo al proyecto de acuerdo sobre la adhesión de la Unión al Convenio de Derechos Humanos.⁴⁰ En efecto, en lo que atañe a la relación entre el derecho *nacional* y el CEDH, los tribunales constitucionales nacionales podrían seguir refiriéndose sin problemas a un estándar de protección nacional más elevado conforme al artículo 53 del Convenio; en cambio, cuando se trata de la relación entre los derechos fundamentales nacionales y los derechos correspondientes de la Unión en los términos de la interpretación del artículo 53 de la Carta por el tribunal, y teniendo en cuenta su postura que establece la primacía del derecho comunitario, tal referencia ya no es posible sin más. En consecuencia, el dictamen del Tribunal de Justicia⁴¹ critica que el proyecto del acuerdo de adhesión no ofrece la certeza de que el TEDH opte por una interpretación igualmente restrictiva del correspondiente artículo 53 del

³⁹ TJUE, Gran Sala, Sentencia del 26 de febrero de 2013 C-617/10, ABl EU 2013 núm. C 114, 7 s.; *EuZW* 2013, pp. 302 y ss.

⁴⁰ Proyecto del 10 de junio de 2013, incluido en el informe final del comité de dirección para derechos humanos del Consejo de Europa de la misma fecha.

⁴¹ Dictamen del 18 de diciembre de 2014, “Adhesión al CEDH II”, C-2/13, Beck RS 2015, 80256.

Convenio para el área de aplicación del derecho comunitario con el fin de asegurar la coherencia de las posturas jurídicas defendidas.

3.3. Como respuesta al dictamen del 18 de diciembre de 2014 y la “pretensión de la decisión en última instancia” reiteradamente sostenida, el TJUE debió enfrentar algunas críticas, pero sobre todo la denuncia de querer impedir que los actos de la Unión –junto con sus sentencias– sean sometidos al control “externo” del cumplimiento de los derechos humanos por el TEDH.

3.3.1. Cabe dejar constancia de que la adhesión –y el control externo– constan expresamente en una disposición del derecho primario, el artículo 6, apartado 2, del TEU, aunque es de suponer que la adhesión se postergará hasta un futuro lejano como consecuencia de la claridad del dictamen y las violaciones del derecho comunitario que se detectaron; en efecto, conforme al artículo 218, apartado 11, del TFUE un dictamen negativo del Tribunal de Justicia impide la entrada en vigor de un acuerdo previsto, a menos que se introduzcan modificaciones a dicho acuerdo o a los tratados europeos.

La preparación del proyecto de acuerdo de adhesión expuso a la Comisión Europea y a los Estados miembros al desafío especial de integrar no solo un estado, sino la totalidad de una organización supranacional con sus complejas estructuras internas, a un sistema de protección de los derechos humanos que descansa en un acuerdo internacional y multilateral. En este contexto, el TJUE podrá haber pensado en la “cuadratura del círculo”, cuando asumió la tarea de examinar la conformidad del proyecto con el derecho comunitario.

3.3.2. De todos modos, es evidente que el proyecto intenta tener en cuenta las particularidades de un sistema multinivel. Su eje es el artículo 3 que introduce un “mecanismo de incorporación a las demandas”, por el cual la Unión o uno de sus Estados miembros podrán incorporarse, en calidad de parte demandada, a los procesos ante el TEDH, en los que no están involucrados directamente. La Unión está afectada en todos los casos en que la violación del Convenio por un Estado miembro que es el objeto de una demanda presentada ante el TEDH está relacionada simultáneamente con cuestiones de compatibilidad del derecho comunitario con el Convenio. Se introduce, asimismo, un “procedimiento de decisión previa”, por el cual se le concede al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la oportunidad de decidir –a menos que ya lo haya hecho– si las disposiciones del derecho comunitario que son el objeto del litigio son compatibles con el Convenio. Una vez más, nos encontramos con instrumentos de la ingeniería jurídica de la integración diseñados para asegurar la colaboración recíproca de los tribunales europeos en condiciones de interferencias mínimas. Habría que agregar que el TEDH ya tiene la posibilidad de incorporar –por la vía del artículo 36, apartado 2, del Convenio– a terceros y de recabar opiniones, por ejemplo, del TJUE.

3.4. Entonces, ¿a qué aspectos se refiere la crítica del Tribunal de Justicia? Más allá de la coordinación –inexistente a criterio del tribunal– entre las dos cláusulas de trato preferencial de los respectivos artículos 53 de la Carta y del Convenio,

expresa la preocupación de que el TEDH conozca de los litigios entre los Estados miembros o entre uno de ellos y la Unión. A primera vista, el TJUE considera que las competencias de control otorgadas a un tribunal fuera de la Unión pondrían en peligro la primacía, unidad y eficacia del derecho comunitario e interferirían en el equilibrio interior de la Unión, aunque un análisis más detenido podría llegar a la conclusión de que en realidad el tribunal podría temer la reducción de su propia influencia y del impacto de su jurisprudencia. La fundamentación de la posición negativa por el Tribunal confirma esta tesis. Se critica que el derecho de incorporación a las demandas no funcione como un “mecanismo automático”, sino que esté sujeto al control de plausibilidad previo del TEDH para verificar la existencia de las condiciones para la adhesión al procedimiento conforme al artículo 3 del proyecto. Además, el Tribunal de Justicia no está de acuerdo con que el procedimiento de decisión previa como tal surja de la iniciativa del TEDH.⁴²

No se debe, ni se va a poner en tela de juicio que el TJUE detente por principio el monopolio de la interpretación y desestimación de las normas. No obstante, es de suponer que el “*leitmotiv* de la preservación de la autonomía”, como lo expresa un artículo sobre el tema,⁴³ implique también que el tribunal se preocupa por sus propios intereses y, conjuntamente con ellos, por la protección de sus competencias. Una contribución de reciente publicación⁴⁴ lo formula en estos términos: “El TJUE se esfuerza por fortalecer la UE como un espacio único de derechos humanos que esté sujeto a *su* exclusivo poder de decisión judicial”.

5. Conclusiones

Es preciso terminar volviendo a nuestra interrogante inicial sobre “el gobierno de los jueces” en el derecho constitucional nacional y supranacional. La respuesta, si se trata de una “maldición o bendición”, quedará a criterio de cada una y cada uno de ustedes. Simplemente pretendí esbozar los posibles escenarios de conflicto, así como las estrategias para su solución. Sin embargo, los actores judiciales deberían compartir el objetivo de avanzar –y voy a servirme de una imagen de uso común en el debate europeo– de una Europa con un sistema multinivel, al estilo de un “*Schichtkuchen*” (un ponqué en capas), a un perfectamente logrado “*Marmorkuchen*” (un ponqué mezclado de masa clara y oscura), es decir, un sistema interconectado con estructuras heterogéneas, cuyos componentes interactúan de manera homogénea, y cuya receta opera a entera satisfacción de todas las partes. ¡Este es el tipo de desarrollo que deberíamos deseárselo a Europa!

⁴² *Ibid.* [nota al pie 41] punto 187 ss.

⁴³ Wendel, *NJW* 2015, 921, 923.

⁴⁴ Tomuschat, *op. cit.*, pp. 133 y 139.

Bibliografía

- BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2^a ed., Berlin, Dunker & Humblot, 1981.
- _____, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens-Stiftung, 1989.
- COMITÉ PARA DERECHOS HUMANOS, Dictamen del 18 de diciembre de 2014, “Adhesión al CEDH II”, C-2/13, Beck RS 2015, 80256.
- CONSEJO DE EUROPA, COMITÉ PARA DERECHOS HUMANOS, *Informe final*, 10 de junio de 2013.
- _____, Proyecto del 10 de junio de 2013.
- CONSEJO DE GOBIERNO DEL BANCO CENTRAL EUROPEO, comunicado de prensa del 6 de septiembre de 2012.
- _____, Resolución *Technical Features of Outright Monetary Transactions*, 5 y 6 de septiembre de 2012.
- HALLSTEIN, Walter, “Die EWG-Eine Rechtsgemeinschaft”, *Europäische Reden*, 1979.
- HILLGRUBER, Christian (comp.), *Gouvernement des juges - Fluch oder Segen*, t. 4, Paderborn, Schönburger Schriften zu Recht und Staat, 2014.
- HIRSCH, Günter, “Schutz der Grundrechte im ‘Bermuda-Dreieck’ zwischen Karlsruhe, Straßburg und Luxemburg”, suplemento de *EuR* 1/2006.
- LAMBERT, Edouard, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, M. Giard & Cie, 1921.
- TOMUSCHAT, Christian, “Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral – Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EM-RK”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, Sentencia del 12 de octubre de 1993.
- _____, Sentencia del 30 de junio de 2009.
- _____, Resolución del 14 de enero de 2014.
- _____, Sentencia del 24 de abril de 2014 “Antiterrordatei”.
- _____, Decisión de la 10^a Sala en la causa C-206/13, NVwZ 2014, 575.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia del 26 de febrero de 2004, 74969/01.
- _____, Gran Sala, Sentencia del 26 de febrero de 2013.
- VOSSKUHL, Andreas, “Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund”, *Staatlichkeit im Wandel*, núm. 106, 2009.