

# LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA

Una contribución desde la perspectiva alemana (\*)

DIRK EHLERS

I. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA: 1. *Los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*. 2. *Los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. 3. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*.—II. LA RECLAMACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA: 1. *Controles por parte de los tribunales alemanes*. 2. *Controles por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 3. *Controles por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*.—III. RESUMEN Y CONCLUSIONES.

Según la opinión hoy más generalmente extendida, la toma en consideración de los derechos fundamentales o humanos es una de las características irrenunciables del ejercicio legítimo del poder. Entre los derechos fundamentales se encuentran los derechos del individuo y de otras personas privadas frente a los titulares del poder que, en virtud del Derecho internacional, se encuentran vigentes o están garantizados al máximo nivel normativo en el interior del Estado, otorgan al individuo una posición jurídica fundamental frente a los titulares del poder y demandan de estos últimos una justificación para el caso de que se pretenda válida una restricción de los mismos.

El desarrollo de los derechos fundamentales y humanos ha tenido como punto de partida Europa y Norteamérica (1). Los precedentes se encuentran en

---

(\*) El presente trabajo tiene su origen en la ponencia que su autor presentó en la Jornada sobre «La relación entre tribunales nacionales y europeos en la tutela de los derechos fundamentales» organizada por el Aula de Derecho Parlamentario de la Universidad de Navarra. El título original en alemán es «*Grundrechtsschutz in Europa (ein Beitrag aus deutscher Sicht)*». Traducción de Antonio Arroyo Gil y Max Meier.

(1) Acerca del desarrollo de los derechos humanos, a nivel general, vid. OESTREICH: *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriss*, 2.<sup>a</sup> ed., 1978. Acerca de la histo-

las garantías de la *Magna Charta Libertatum* de 1215, el *Act of Habeas Corpus* de 1679 y el *Bill of Rights* de 1689 así como el *Tratado de Paz de Westfalia de Münster y Osnabrück* (2) del año 1648, que por vez primera puso bajo protección ciertas formas de ejercicio de la religión. La primera positivación completa de derechos fundamentales en sentido moderno se llevó a cabo en el *Bill of Rights* de Virginia de 1776, y la más importante en la francesa *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789.

El triunfo del desarrollo de los derechos fundamentales sólo ha llegado al plano internacional tras el fin de la II Guerra Mundial. En este sentido, hay que señalar, por un lado, a la *Declaración Universal de Derechos Humanos* aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y, por otro, los *Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos* y de *Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de 19 de diciembre de 1966.

Aunque resulta controvertido si la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, que está bajo la vigilancia de una Subcomisión de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, tiene fuerza vinculante en el ámbito del Derecho internacional, parece que finalmente la respuesta debe ser negativa (3). De todos modos, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* fomenta la construcción de un Derecho Internacional consuetudinario y constituye un barómetro del nivel de protección de los derechos humanos en los Estados y Regiones del mundo.

Los Pactos sobre Derechos Humanos vigentes desde 1976, que actualmente son válidos en aproximadamente el 75 por 100 de los Estados existentes, garantizan tanto los derechos de libertad como los sociales. Su respeto debe ser asegurado a través de un sistema periódico y obligatorio de informes de los Estados firmantes de los Tratados. Además, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos prevé tanto un recurso facultativo por parte de los Estados como otro de carácter individual, que conduce a un examen en un procedimiento similar al judicial por medio de una Comisión de Derechos Humanos integrada por miembros electos independientes (4).

Las mencionadas garantías de Derecho internacional son también aplicables en los Estados europeos. Su significado, sin embargo, no es tan importante en estos Estados porque, en todo caso, en Europa los derechos de liber-

---

ria y del desarrollo de los derechos y de las libertades fundamentales europeos, vid. WALTER, en EHLERS (ed.): *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 2.ª ed., 2005, § 1.

(2) Vid. al respecto la visión panorámica de PIEPER: *Juristische Arbeitsblätter* (JA) 1995, págs. 988 y sigs.

(3) Valga por todos K. IPSEN, en IPSEN (ed.): *Völkerrecht*, 5.ª ed., 2004, § 48 Rn. 36.

(4) Para más información, vid. K. IPSEN (n.p. 3), § 48 Rn. 49 y sigs.

tad e igualdad se encuentran, por lo general, todavía más protegidos y, sobre todo, porque la protección judicial es mucho más amplia. A esta protección de los derechos fundamentales en Europa se limita el presente artículo.

A tal efecto, primero se presentarán las garantías de los derechos fundamentales en Europa, es decir, los contenidos materiales y los ámbitos de aplicación de los derechos fundamentales (I.). Hay que diferenciar entre los derechos fundamentales nacionales, tomando aquí como paradigma los derechos fundamentales en Alemania (1.), y los derechos del *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (2.), así como los derechos fundamentales de la Unión Europea (3.). Más adelante, se podrá acometer el estudio del proceso de reclamación judicial de los derechos fundamentales en Alemania y Europa (II.). Se concluirá la investigación con un breve resumen y unas conclusiones (III.).

## I. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA

### 1. *Los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania*

Como reacción a la dictadura nacional-socialista, después de la II Guerra Mundial Alemania ha otorgado la más alta prioridad a la protección de los derechos fundamentales. De este modo, los derechos fundamentales se han situado al inicio de la Constitución, denominada Ley Fundamental (5). Ya la primera disposición de la Ley Fundamental comienza con un fanal. Dice así: «La dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público».

Como Estado organizado según el principio federal, la República Federal de Alemania se divide, como es sabido, en la Federación y en Estados dotados de cualidad estatal propia, los *Länder*. Además de la Federación, y con la sola excepción de Schleswig-Holstein, los *Länder* han aprobado sus propias Constituciones con sus respectivos catálogos de derechos fundamentales (6). Puesto que la Ley Fundamental no sólo vincula a todos los poderes del Estado (es decir, Legislativo, Ejecutivo y Judicial), sino también a todos los titulares del poder público alemán, incluidos los de los *Länder*, los derechos fundamentales de *Land* no han alcanzado ni de lejos el mismo significado que los de la Ley Fundamental. En la medida en que los derechos fundamentales de un

(5) Sobre el concepto «Ley Fundamental», vid. JARASS, en: JARASS y PIEROTH (ed.): *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 7.<sup>a</sup> ed., 2004, Einl. Rn. 1.

(6) Vid. la relación en SACHS, en SACHS (ed.): *Grundgesetz*, 3.<sup>a</sup> ed., 2003, Vor Art. 1.

*Land* sean más restrictivos que los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, son de por sí inválidos. Por esa razón, no merece la pena en adelante profundizar más en ello.

Por lo que se refiere a su contenido, los derechos fundamentales de la Ley Fundamental garantizan a los ciudadanos y residentes, ante todo, una protección amplia de su libertad. No sólo son garantizadas cada una de las concretas libertades, como la libertad de religión, de opinión, de reunión, de asociación, de profesión y de propiedad, sino la libertad por antonomasia. De modo que la disposición del art. 2.1 GG, según la cual cada uno tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad, no solamente se interpreta como un derecho de la personalidad, sino como un derecho fundamental receptor (*Auffanggrundrecht*) que protege la libertad general de actuación. El Tribunal Constitucional Federal se refiere a un «derecho fundamental del ciudadano a ser solamente gravado con un perjuicio a través de aquellas prescripciones que sean adecuadas a la Constitución, tanto desde un punto de vista formal como material» (7).

Junto a ello la Ley Fundamental garantiza la igualdad jurídica, un derecho a la protección jurídica ante los tribunales, determinados derechos ciudadanos, así como, sobre todo, el derecho electoral y los derechos fundamentales en el ámbito de la justicia (como el derecho a ser oído ante los tribunales, el principio *nulla poena sine lege*, así como la prohibición de la doble pena y la pena de muerte). Es muy contenida, por contra, en la garantía de los originarios derechos de prestación, es decir, las reclamaciones frente al Estado que no se dirijan a la defensa de la actuación estatal o del acceso igualitario a las instituciones o prestaciones estatales ya existentes, sino a una actuación estatal nueva. Tales garantías se encuentran en la Ley Fundamental sólo de manera aislada (8). Por un lado, no se quiere obligar a la política a la mera realización de los mandatos de la Constitución. Por otro, existe el peligro de que si se prometen prestaciones que no se pueden realizar, el Derecho constitucional no sea ya tomado en serio. La Constitución de Weimar, es decir, la Constitución del Imperio Alemán de 1919, reconoció el derecho fundamental al trabajo (9), que, sin embargo, sólo existía sobre el papel. La Ley Fundamental se ha querido distanciar de manera consciente de este tipo de promesas (10).

---

(7) BVerfGE 29, 402 (408).

(8) Por ejemplo, según el art. 6.4 GG cada madre tiene derecho a la protección y a la asistencia por parte de la comunidad.

(9) Art. 163 de la Constitución de Weimar.

(10) Otro es el caso, en parte, de las Constituciones de los *Bundesländer*. Ver al respecto SACHS (n.p. 6) Vor Art. 1 Rn. 47.

Aun cuando la Ley Fundamental sea considerada, por lo general, la mejor Constitución que los alemanes hayan tenido jamás (11), esto no significa que no sea preciso mejorar nada. Así, no es pacífica la opinión aquí sostenida de que la Ley Fundamental diferencia entre los derechos de los alemanes (*Deutschenrechte*) y los derechos de todos (*Jedermannsrechte*), que corresponden a todas las personas. Dado que el Derecho de la Unión Europea, a decir verdad, no prescribe ninguna protección constitucional determinada de ámbito nacional, prohibiendo más bien las discriminaciones, no será compatible con el Derecho europeo comunitario privar de los derechos fundamentales a los extranjeros comunitarios (12). De compartirse esta opinión, la prevalencia del Derecho comunitario europeo desplaza parcialmente la reserva del Derecho alemán. Por ejemplo, todos los ciudadanos de la Unión Europea pueden apelar al derecho fundamental a la libre elección de profesión, aunque en realidad el art. 12.1 GG sólo garantice este derecho fundamental a los alemanes. Esto, sin embargo, no sirve de mucho a otros extranjeros. Para las personas naturales la privación de ciertos derechos fundamentales puede que no tenga consecuencias relevantes porque todas las personas naturales están protegidas, al menos, por la libertad general de actuación. No ocurre así en el caso de las personas jurídicas, porque —según el art. 19.3 GG— los derechos fundamentales, excepto los derechos fundamentales judiciales (13), sólo son válidos respecto de las personas jurídicas nacionales. Según la opinión aquí mantenida, esta restricción, que hoy en día se ha de considerar extemporánea, debería ser corregida a través de una modificación constitucional.

El entendimiento alemán de los derechos fundamentales ha influido de manera sustancial en el desarrollo de los derechos fundamentales en Europa y en algunos otros Estados del mundo. Cabe destacar dos singularidades al respecto.

Para poder otorgar a los derechos fundamentales la mayor eficacia posible, el Tribunal Constitucional Federal desde muy temprano les ha atribuido diferentes dimensiones. Así, ha deducido de los derechos de libertad no sólo derechos de defensa (es decir, pretensiones de omisión y de remoción o supresión), sino también derechos a la protección pública frente a intromisiones ilegales en intereses protegidos por los derechos fundamentales (14), así como

---

(11) Vid. sólo HERZOG: *Die öffentliche Verwaltung* (DOV) 1989, 465 (465).

(12) Valga por todos EHLERS: *Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts*, 1999, págs. 64 y sigs.; WERNSMANN: *JURA* 2000, págs. 657 y sigs.

(13) Vid. BVerfGE 12, 6 (8); 64, 1 (11).

(14) Vid. BVerfGE 39, 1 (42 – Interrupción del embarazo). Más en detalle ALEXY: *Theorie der Grundrechte*, 2.ª ed., 1994, págs. 410 y sigs.

medidas jurídico-procedimentales (y organizativas) (15). Pero, sobre todo, el Tribunal diferencia entre una protección subjetiva y otra objetiva de los derechos fundamentales. Muy en primer plano se encontraba, en primer lugar, el desarrollo de los derechos fundamentales como derechos subjetivos, es decir, como pretensiones judicialmente exigibles. Pero desde muy temprano el Tribunal Constitucional Federal ha dejado claro que los derechos fundamentales «también» contienen demandas objetivas de comportamientos, que se suman a las garantías jurídico-subjetivas de los derechos fundamentales y las refuerzan (16). Esta concepción causa no obstante asombro, porque los derechos subjetivos son deducibles del Derecho objetivo y no a la inversa (17). Eso muestra también, por lo demás, la génesis de los derechos fundamentales. Así, el carácter jurídico-objetivo fue reconocido en la época imperial y en la República de Weimar. La polémica solamente se desató alrededor de la cuestión de si los derechos fundamentales también contienen derechos subjetivos. Gran significado tiene la cuestión de qué alcance tiene la protección jurídico-objetiva de los derechos fundamentales y cuándo ésta es justiciable. El Tribunal Constitucional Federal habla de los derechos fundamentales como normas básicas objetivas y decisiones de valor, aplicables en todos los ámbitos del Derecho y de los cuales la legislación, la administración y la judicatura reciben sus directrices e impulsos (18). De esta forma, los derechos fundamentales deben desplegar su eficacia en el tráfico jurídico-privado como decisiones de valor jurídico-constitucional por medio de las disposiciones que dominan directamente el respectivo campo jurídico. El Estado, en esa medida, también tiene que proteger los derechos fundamentales del individuo y garantizarlos frente a las violaciones por parte de terceros (19). El Tribunal Constitucional Federal tiende a convertir, en gran parte, el contenido objetivo de los derechos fundamentales en objeto de la reclamación jurídico-subjetiva de tales derechos. De esta forma incumbe a los tribunales civiles garantizar y concretar en cada caso la protección jurídico-fundamental en el Derecho privado a través de la interpretación y aplicación del Derecho ordinario. La tarea del Tribunal Constitucional Federal es, según esta interpretación, controlar las decisiones

---

(15) Vid., por ejemplo, BVerfGE 65, 1 (44 – medidas jurídico-procedimentales que contrarrestan el peligro de una lesión del derecho a la autodeterminación informativa).

(16) Con carácter básico, BVerfGE 7, 198 (205). Vid. además, por ejemplo, BVerfGE 50, 290 (337).

(17) Vid. EHLERS, en LESSMANN (entre otros) (ed.): *Festschrift für Rudolf Lukes*, 1989, pág. 337 (339).

(18) BVerfGE 7, 198 (205).

(19) Vid. BVerfGE 103, 89 (100).

de los tribunales especializados para ver si estos han pasado por alto la protección jurídico-fundamental (déficit en la aplicación) o si han ignorado claramente el significado de un derecho fundamental (20). De esta forma, se ha dado lugar a una protección de los derechos fundamentales tanto jurídico-objetiva como subjetiva que en esta densidad de control probablemente no tiene parangón a nivel mundial. Pero, por otro lado, la comprensión expansiva de los derechos fundamentales también tiene su precio (21). A éste se le puede describir con las palabras clave «juridificación de la política y politización de la judicatura, desplazamiento del orden democrático hacia un Estado jurisdiccional, restricción del significado del “Derecho ordinario”, en especial, del Derecho privado, inflación de derechos fundamentales y perpetuación de todo ello a través de la creciente eficacia vinculante de las decisiones del Tribunal Constitucional» (22).

Además, el tratamiento de los derechos fundamentales en Alemania ha sido estructurado y moldeado desde un punto de vista dogmático de manera extremadamente sutil. Se diferencia entre tres distintos niveles de derechos fundamentales, en concreto, el ámbito de protección (contenido garantizado) de un derecho fundamental, la intromisión en un derecho fundamental y la justificación (23). Es cierto que las intromisiones en los derechos fundamentales son válidas conforme a las regulaciones limitativas (*Schrankenregelungen*) así como al derecho constitucional colutorio, pero siempre y cuando sean proporcionadas. La proporcionalidad, según el entendimiento alemán de los derechos fundamentales, presupone, en primer lugar, que se estén persiguiendo finalidades legítimas. Después, que las medidas puedan ser como tales aplicadas. Por último, la aplicación de la medida tiene que ser adecuada, necesaria y proporcionada en sentido estricto, es decir, adecuada para alcanzar el fin. Que sea adecuada significa que, al menos, ayude a la consecución del fin. Una medida es necesaria cuando la finalidad no puede ser alcanzada por medio de una carga más reducida que tenga la misma eficacia. Se considera proporcionada una medida si está en una relación debidamente sopesada y bien ponderada con el peso y la importancia del derecho fundamental (24). En resumen,

---

(20) Vid. recientemente, con numerosas referencias nuevas, BVerfG, *Deutsche Verwaltungsblätter* (DVBL.) 2005, 106 (107).

(21) Con carácter básico, vid. la crítica del miembro del Tribunal Constitucional BÖCKENFÖRDE: *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, 1990, passim.

(22) HESSE: *Juristenzeitung* (JZ) 1995, 265 (273).

(23) Valga por todos, PIEROTH y SCHLINK: *Grundrechte*, Staatsrecht II, 20.ª ed., 2004, § 6; HOFFMANN-RIEM: *Der Staat* 2004, 203 (215 y sigs.).

(24) Vid. BVerfGE 67, 157 (173).

lo que casi siempre importa de manera decisiva en el enjuiciamiento de las medidas restrictivas estatales es la proporcionalidad.

Como es conocido, también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales de los demás Estados europeos llevan a cabo un examen de la proporcionalidad, si bien en muchas ocasiones no de forma tan rigurosa como el Tribunal Constitucional Federal (25). La generalización de la noción alemana de proporcionalidad probablemente se ha de considerar como una de las más importantes aportaciones de la reciente cultura jurídica alemana a los ordenamientos jurídicos europeos.

## 2. *Los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*

En el seno de Europa al *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, que representa el convenio regional de derechos humanos más antiguo en sentido moderno, le corresponde un papel muy importante. El CEDH, que debe garantizar un estándar mínimo de derechos fundamentales en Europa, fue aprobado por el Consejo de Europa, constituido como organización internacional en 1949 (26). Hasta el comienzo del año 2005 son 46 los Estados de Europa (incluidos países tan extensos como la Federación Rusa y Turquía, situados en la periferia) que han entrado a formar parte de esta organización. De acuerdo con el art. 3 de los Estatutos del Consejo de Europa cada miembro debe reconocer el principio de la supremacía del Derecho así como el principio de que todo aquel que se encuentre sometido al poder soberano de un Estado miembro debe disfrutar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. A fin de fortalecer estos principios y dotarles de vida fue firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 el CEDH, fuertemente influenciado por la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de las Naciones Unidas, que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Hoy en día el Convenio es aplicable a alrededor de 800 millones de personas desde Islandia hasta Wladiwostok.

El Convenio ha sido completado y actualizado hasta hoy por medio de 14 Protocolos adicionales, de los cuales dos (en concreto, los Protocolos 12.º y

---

(25) Sobre la densidad de control del examen de proporcionalidad por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, vid. EHLERS, en EHLERS, (n.p. 1) § 14 Rn. 50.

(26) Sobre los detalles de su génesis, vid. GRABENWARTER: *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2.ª ed., 2005, § 1 Rn. 2 ss.



14.º) aún no han entrado en vigor. Los Protocolos adicionales tienen en parte un significado jurídico-material, en tanto que amplían o desarrollan la protección de los derechos fundamentales (27), y en parte afectan al examen procedimental de las lesiones del Convenio. La cuestión central consiste en la protección de la libertad del individuo frente al Estado. Sin embargo, esa tutela no es completa, pues, por ejemplo, falta una protección de la libertad de elección de profesión así como del derecho de asilo. Asimismo, el CEDH no se refiere hasta ahora a ningún principio general de igualdad. Más bien las discriminaciones quedan prohibidas tan sólo en relación con el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio (art. 14 CEDH). A favor de una prohibición general de discriminación se pronuncia el art. 1 del Protocolo adicional 12.º del CEDH, que, sin embargo, hasta el momento no ha sido ratificado por un número suficiente de Estados. De modo similar a la Ley Fundamental, el CEDH se muestra muy tímido en relación con la concesión de derechos de prestación. Con todo, sí quedan reconocidas las reclamaciones de los particulares de una protección pública frente a las intromisiones ilegales de terceros (28). Más allá, las partes contratantes se han obligado a llevar a efecto elecciones libres y secretas en los plazos correspondientes (art. 3.1 CEDH).

Como singularmente trascendentales se han manifestado los derechos procedimentales garantizados en el CEDH (29). Así, de acuerdo con el art. 6.1 CEDH, y por lo que se refiere a las disputas que surjan en relación con sus derechos y obligaciones civiles o con una denuncia penal dirigida contra ella, toda persona tiene derecho a que su causa sea tramitada a través de un procedimiento justo, público y en un plazo adecuado ante un tribunal independiente e imparcial legalmente establecido. La sentencia ha de ser pronunciada públicamente. Entre las reclamaciones jurídico-civiles se comprenden también en gran medida aquellas que, por ejemplo, de acuerdo con el ordenamiento jurídico alemán caen bajo la competencia de la jurisdicción administrativa (30).

---

(27) Por ejemplo, el 6.º Protocolo regula la supresión de la pena de muerte en tiempos de paz. El Protocolo 13.º extiende esta prohibición también a los tiempos de guerra.

(28) En detalle, SZCZEKALLA: *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, 2002, págs. 712 y sigs.; STREUER: *Die positiven Verpflichtungen des Staates*, 2003, págs. 191 y sigs.

(29) Que parcialmente van mucho más allá que los reconocidos en la Ley Fundamental alemana. Vid. GRABENWARTER: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)* 60 (2001), 290 (312).

(30) Vid. a título de ejemplo, la sentencia del TEDH, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2001, 2694 – Kudla.

EL CEDH constituye una obra contractual de carácter jurídico-internacional. El Convenio deja en manos de los Estados miembros la determinación del modo en que estos cumplen su obligación de observar las disposiciones del Tratado (31). En Alemania, por ejemplo, el Convenio y sus Protocolos adicionales tienen el valor de ley federal ordinaria (32). En realidad, ello tendría como consecuencia que el legislador federal por medio de una *lex posterior* puede desviarse del CEDH. No obstante, el respeto al Derecho internacional que se deriva expresamente de los arts. 23 y siguientes de la Ley Fundamental, conlleva que las leyes hayan de ser interpretadas y aplicadas tomando en cuenta las obligaciones jurídico-internacionales de la República Federal de Alemania, incluso cuando más tarde las mismas hayan sido aprobadas como un Tratado internacional (33). Además, de acuerdo con el Tribunal Constitucional Federal, el contenido y el grado de desarrollo del CEDH también se ha de tomar en consideración a la hora de interpretar la Ley Fundamental, en la medida en que ello no conduzca a una limitación o minoración de la protección que de tales derechos fundamentales garantiza la Ley Fundamental (34). De manera indirecta y por este medio, el CEDH tiene en Alemania, finalmente, un rango *quasi* constitucional.

### 3. *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*

Con motivo de la transferencia de numerosos derechos soberanos a las Comunidades Europeas, los Estados en Europa han perdido entretanto en gran parte su soberanía. El Derecho comunitario representa un ordenamiento jurídico independiente de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros con validez inmediata en estos últimos. Sin embargo, los actos jurídicos de las Comunidades precisan en parte de la transposición al Derecho nacional. En el caso de que colisionen el Derecho comunitario y el Derecho nacional, este último, en todo caso y por principio (35), no es aplicable (36).

---

(31) Sentencia del TEDH, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (EuGRZ) 1976, 62 – Asociación sueca de maquinistas; Series A, No 98, Nr. 84 – James.

(32) Vid. BVerfGE 74, 358 (370); 82, 106 (120); BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2004, 3407 (3408).

(33) Con carácter fundamental, BVerfGE 74, 358 (370).

(34) Vid. recientemente BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2004, 3407.

(35) Vid. las explicaciones en II 1.

(36) Vid. sobre la prevalencia básicamente *Colección de decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 1964, 1251 (1270 y sigs.) – Costa/ENEL. Sobre la mera prevalencia aplicativa en lugar de una prevalencia (jerárquico-normativa) de validez, *Colección de*

Como es sabido, el *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea* garantiza determinadas libertades fundamentales, en concreto, la libertad de circulación de mercancías, de personas, que incluye el libre movimiento de trabajadores y la libertad de elección de domicilio, la libertad de circulación de servicios y la libertad de circulación de capital y de pagos. Las libertades fundamentales han sido interpretadas, en un principio, sólo como prohibiciones de discriminación más allá de las fronteras. Pero como la libre circulación de productos y personas protegida por las libertades fundamentales puede ser impedida o imposibilitada no sólo por medio de regulaciones discriminatorias sino también por medio de otras regulaciones de los Estados miembros que tengan una validez indiferenciada que afecte en igual medida a los nacionales o a los extranjeros, el TJCE ha derivado también de las libertades fundamentales prohibiciones de limitación (37). Sin embargo, esto significa, con otras palabras, que las libertades fundamentales también representan derechos de libertad (38) que, no obstante, sólo son aplicables en circunstancias extrafronterizas.

Por el contrario, los Tratados comunitarios no conocen hasta ahora ningún catálogo escrito de derechos fundamentales. En un principio, no se le consideraba necesario porque los Tratados comunitarios fueron entendidos como clásicos Tratados internacionales. Enseguida se demostró, sin embargo, que esta calificación no era correcta. Por un lado, los Tratados comunitarios no sólo se dirigen a los Estados miembros de las Comunidades, sino también de manera directa a personas privadas. Por otro, a las Comunidades se les ha concedido de manera muy generosa la competencia de dictar Derecho vinculante a favor y en contra de todas las personas. Por lo tanto, era inevitable la restricción del poder comunitario a través de derechos fundamentales que protejan la libertad e igualdad del individuo. Eso impulsó al TJCE —incentivado por medio de una jurisprudencia crítica de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros, por ejemplo, del Tribunal Constitucional Federal (39)— a desarrollar derechos fundamentales por la vía de la evolución

---

*decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 1991, I-297, Rn. 19 – Nimz; 1998, I-6307, Rn. 20 ss. – IN.CO.GE.'90.

(37) Con carácter básico, en relación con la libertad de circulación de mercancías, *Colección de decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 1974, 837, Rn. 5 – Dassonville.

(38) Vid. por ejemplo, GEBAUER: *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages und Gemeinschaftsgrundrechte*, 2004, págs. 346 y sigs. Para un entendimiento jurídico igualitario de las libertades fundamentales, vid., por ejemplo, KINGREEN: *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1999, págs. 115 y sigs.

(39) Vid. BVerfGE 37, 271 – Solange I.

jurídica (40). El Tribunal deriva los derechos fundamentales básicamente de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros (41), así como del Convenio Europeo de Derechos Humanos (42), en tanto que fuentes de conocimiento jurídico. Desde el *Tratado de Amsterdam* se encuentra una normativa explícita sobre este asunto en el *Tratado de la Unión* (art. 6.2 TUE). Dado que a partir de este momento, tanto la Unión Europea como la Comunidad Europea tienen que respetar los derechos fundamentales tal y como están garantizados en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, se puede hablar también de derechos fundamentales de la Unión en vez de derechos fundamentales de la Comunidad (europea).

Con independencia de la obligación de garantizar los derechos fundamentales, la ausencia de un catálogo expreso de tales derechos continuó siendo percibida como una carencia. Por ello, y como es sabido, el Consejo Europeo encargó que una Convención, bajo la presidencia del ex-presidente alemán Herzog, elaborara un catálogo de derechos fundamentales. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión que se presentó (43) fue anexada casi sin cambios al aún no vigente *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. Que este Tratado llegue a ser ratificado alguna vez es algo muy dudoso después de los referendos negativos en Francia y los Países Bajos. Sin embargo, parece muy probable que por lo menos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión entre en vigor. En el marco del debate desarrollado hasta ahora sobre la ratificación de este Tratado, la Carta no ha jugado ningún papel. No hubo ninguna crítica al respecto. Los ciudadanos celebrarán que sus derechos sean reforzados. Además, un cambio a este respecto del Derecho primario europeo no tiene ningún coste. De esta forma, es de suponer que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión entrará a formar parte del texto del Tratado. Ahora mismo la Carta despliega ya una preeficacia jurídica, porque resume el creciente acervo de derechos fundamentales en los Estados miembros, pudiendo ser vista, por tanto, como un concentrado de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros (44). También han

---

(40) Vid. *Colección de decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 1969, 419 – Stauder; 1970, 1125 – Internationale Handelsgesellschaft; 1974, 491 – Nold.

(41) Por vez primera, *Colección de decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 1970, 1125, Rn. 4 – Internationale Handelsgesellschaft.

(42) Por vez primera, *Colección de decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 1974, 491, Rn. 13 – Nold.

(43) DOCE 2001 Nr. C 364/1.

(44) Vid. también KINGREEN, en CALLIESS y RUFFERT (eds.): *Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 2.<sup>a</sup> ed., 2002, Art. 6 EUV Rn. 40 b.

acudido ya a la Carta en múltiples ocasiones tanto el Tribunal de Primera Instancia (45) y los Abogados Generales (46) como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si entrara en vigor la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, en el ámbito de la Unión Europea (que será la sucesora de la vieja Unión Europea así como de la Comunidad Europea) se dará una muy amplia gama de protección a los derechos fundamentales. Desde el punto de vista del contenido, la totalidad de los 54 artículos de la Carta se divide en siete títulos que tienen por encabezamiento dignidad de la persona, libertad, igualdad, solidaridad, derechos civiles, derechos procesales y disposiciones generales. Si se toma en cuenta la totalidad de las fuentes jurídicas, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión no crea, prescindiendo de las excepciones, nuevos derechos fundamentales sino que únicamente los hace visibles y los sistematiza. Si se comparan estas garantías con las de las fuentes jurídicas individuales (por ejemplo, las del CEDH o las de la Ley Fundamental) aquellas van más allá de modo no despreciable (47). En la medida en que la Carta contenga derechos en el sentido del Convenio Europeo de Derechos Humanos, estos deben de tener el mismo significado y alcance, si bien no puede ser excluida una protección más amplia (art. II-112.3 del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*). Tampoco debe ser interpretada ninguna determinación de la Carta como limitación o lesión de los derechos integrantes del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. II-113 *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*). Por consiguiente, el estándar del Convenio constituye siempre un límite de mínimos (48). Por lo demás, el art. 17 del Protocolo adicional del CEDH (todavía no ratificado) prevé que la (nueva) Unión Europea pueda adherirse al CEDH. Incluso, de acuerdo con el art. I-9.2 *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, la Unión adopta el CEDH. Si tuviere lugar una tal adhesión, se conseguiría con ello una vinculación inmediata al Convenio. Sin embargo, al mismo tiempo, se cuestionaría de manera aún más grave que hasta ahora, a qué instancia judicial le ha de corres-

---

(45) Vid. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW) 2002, 186, Rn. 57 – max mobil.

(46) Vid., por ejemplo, Conclusiones GA Alber, *Colección de decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. 2001, I-4109, Rn. 94 – TNT; Conclusiones GA Tizzano, 2001, I-4881, Rn. 26 ss. – BECTU.

(47) Por ejemplo, la prohibición de clones reproductivos según el Art. II-63.2.d) del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*.

(48) Vid. GRABENWARTER: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (EuGRZ) 2004, 563 (566).

ponder a nivel europeo la última decisión en cuestiones atinentes a los derechos fundamentales.

Las libertades fundamentales vinculan, en primer lugar, a los Estados miembros de la Comunidad Europea, pero también a la Comunidad misma (49). Por el contrario, los derechos fundamentales de la Unión se dirigen de manera primordial a la Comunidad Europea. Pero, al mismo tiempo, también los Estados miembros estarán vinculados en la ejecución del Derecho de la Comunidad a esos derechos fundamentales de la Unión (50). De ejecución se puede hablar cuando los Estados transponen el Derecho comunitario al Derecho nacional (por ejemplo, las directivas o decisiones), cuando hacen efectivo el Derecho comunitario o cuando limitan las libertades fundamentales del Derecho comunitario por medio de medidas nacionales (51). En el último caso mencionado, los derechos fundamentales de la Unión fortalecen por regla general la protección de las libertades fundamentales, porque limitan el margen dejado a los Estados miembros de la Comunidad para la restricción de las libertades fundamentales. Desarrollan entonces una eficacia que favorece la demandada integración del mercado interior. Por otro lado, los derechos de la Unión y las libertades fundamentales pueden también encontrarse en colisión entre sí. Esto sucede cuando y en la medida en que protejan bienes jurídicos diferentes. Por ejemplo, el TJCE ha considerado lícita la no intervención estatal frente a los bloqueos de una autopista austriaca por parte de defensores del medio ambiente a pesar de las limitaciones de la libertad de circulación de mercancías a ello asociada, porque los defensores del medio ambiente que se manifiestan pueden apelar a los derechos fundamentales, en concreto a la libertad de expresión de opiniones y a la libertad de reunión (52).

---

(49) Vid. *Colección de decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 1984, 1229, Rn. 18 – REWE; 1994, I-3879, Rn. 11 – Meyhui; JARASS: *Europarecht* (EuR), 1995, 202 (211); SCHWEMER: *Die Bindung des Gemeinschaftsgesetzgebers an die Grundfreiheiten*, 1995, S. 45; KINGREEN y STÖRMER: *Europarecht*, 1998, 263 (277).

(50) Vid. Art. II-111 párrafo 1 del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*.

(51) TRIDIMAS: *The General Principles of EC Law*, 1999, págs. 225 y sigs. Acerca de ambas constelaciones anteriormente mencionadas vid. WEILER, en NEUWAHL (e.a.) (ed.): *The European Union and Human Rights*, 1995, pág. 51 (67 y sigs. – agency situation).

(52) Vid. *Colección de decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 2003, I-5659 – Schmidberger.

## II. LA RECLAMACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA

### 1. *Controles por parte de los tribunales alemanes*

Puesto que las llamadas garantías de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* y el Derecho comunitario son aplicables en el círculo jurídico nacional, y al tratarse de derechos subjetivos, es decir, de pretensiones realizables judicialmente, en el caso del ejercicio del poder público alemán pueden hacerse valer ante todos los tribunales alemanes en el marco de sus competencias. Por ejemplo, el destinatario de un acto administrativo gravoso proveniente de una autoridad alemana puede dirigirse ante el Tribunal administrativo alemán contra ese acto con el argumento de que los derechos fundamentales de la Ley Fundamental, el CEDH, las libertades fundamentales del Tratado de la CE o los derechos fundamentales de la Unión han sido vulnerados. Más allá de esto, los tribunales administrativos deben probar de oficio si los mencionados derechos fundamentales han sido observados. Si quien busca la protección de sus derechos es de la opinión de que la decisión del tribunal correspondiente lesiona derechos fundamentales de la Ley Fundamental, puede, tras agotar la vía judicial, acudir ante el Tribunal Constitucional Federal.

El Derecho europeo demanda una interpretación del Derecho alemán conforme al Convenio o al Derecho comunitario. No obstante, el CEDH y los derechos fundamentales de la Unión por sí mismos pueden ser fundamento de pretensiones jurídicas. Si recae una decisión del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, la misma despliega una eficacia vinculante básica para todos los titulares del poder público y, por consiguiente, también para los tribunales (53). Los límites de ésta se derivan de la vinculación de los órganos estatales al Derecho y a la ley (art. 20.3 GG); dado que el CEDH sólo tiene la validez de una ley federal ordinaria, tampoco las sentencias dictadas para su interpretación por parte del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* pueden, por ejemplo, desplazar a la Constitución. Mientras el procedimiento ante los tribunales alemanes no esté aún concluido, estos más bien tienen la obligación, en el marco de una interpretación de la ley justificable desde un punto de vista metodológico, de dar prevalencia a una interpretación adecuada al Convenio (54). Si el procedimiento judicial nacional concluyera de manera

---

(53) BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2004, 3407 (3409).

(54) BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2004, 3407 (3411).

firme, cabría una reapertura de un proceso penal cuando el tribunal hubiera determinado la existencia de una violación del CEDH o de sus Protocolos adicionales y la sentencia alemana se hubiera basado en tal vulneración (§ 359 Nr. 6 StPO). Para los demás procedimientos judiciales no hay previsto nada similar. Una obligación de introducir, en ese sentido, un procedimiento de apelación (55) no se deduce del CEDH, toda vez que el principio de la seguridad jurídica también se ha de observar en el Derecho del Convenio (56). En el supuesto de que el correspondiente tribunal alemán desconozca el significado del CEDH o no observe suficientemente la jurisprudencia del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, se puede recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional Federal. Puesto que éste sólo es competente para la observación de los derechos fundamentales alemanes, el recurso de amparo si bien no puede fundamentarse directamente en la violación de uno de los derechos humanos contenidos en el Convenio sí puede hacerlo en relación con el correspondiente derecho fundamental de la Ley Fundamental, con el argumento de que los órganos estatales habrían ignorado a causa de la inobservancia del CEDH y de la respectiva decisión del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* el significado de este derecho fundamental (57). La influencia del CEDH en el Derecho constitucional nacional no cambia nada el dato de que en la interpretación y aplicación de la Ley Fundamental sólo decide en última instancia el Tribunal Constitucional Federal.

Si se trata de la aplicación del Derecho comunitario europeo, la prevalencia en la aplicación obliga a no tomar en consideración al Derecho nacional contradictorio. Esto tiene como consecuencia que los reglamentos de la CE, las directivas de la CE o las decisiones de la Comisión de la Comunidad Europea prevalecen sobre la Ley Fundamental. Según el *Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* la prevalencia del Derecho comunitario es válida de manera ilimitada (58). El Tribunal Constitucional Federal ve esto de manera distinta (59). La República Federal de Alemania sólo puede transferir derechos

---

(55) Vid. Ress: *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (EuGR), 1996, 350 (352), así como la recomendación no vinculante del Comité de Ministros, Recommendation Nr. R (2000) 2; ver también el art. 139.a) de la Ley reguladora de la Administración Federal de Justicia de Suiza (*Bundesrechtspflegegesetz*).

(56) H.M. Vid. BFH, *Deutsche Verwaltungsblatt* (DVBL.), 1978, 501 y sigs.; BVerwG, *Die öffentliche Verwaltung* (DÖV), 1998, 924 y sigs.; BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2004, 3407 (3410).

(57) Vid. BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2004, 3407 (3408, 3411).

(58) Vid. N.p. 36.

(59) Vid. BVerfGE 37, 271 (277 y sigs.); 73, 339 (375 y sigs.); 89, 155 (174 y sigs.); 102, 147 (161 y sigs.).



soberanos a la Unión Europea dentro de determinados límites, que se encuentran descritos en el art. 23.1 GG. En el caso de que las Comunidades desempeñen competencias que no les han sido transferidas (límite de lo no transferido), o de que el Derecho comunitario lesione el estándar indisponible de la Ley Fundamental a que se refiere el art. 23.1 GG en relación con el art. 79.2 y 3 GG (límite de lo no transferible), éste (el Derecho comunitario) no es aplicable de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

Como ejemplo de ello, en repetidas ocasiones se establece la metáfora de un puente hacia Europa, en el cual el Tribunal Constitucional Federal se encuentra como guardián que ha de garantizar el cumplimiento de los mencionados requisitos (60). Al estándar indisponible e integrador de la identidad del orden constitucional vigente de la Ley Fundamental le corresponde una protección de los derechos fundamentales que no quede esencialmente por detrás de las exigencias de la Ley Fundamental. Mientras que el *Tribunal Constitucional Federal* echó en falta muy temprano una tal protección de los derechos fundamentales a nivel comunitario (61), desde hace tiempo está claro que los derechos fundamentales de la Unión desarrollados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas garantizan una protección adecuada (62). Por eso el Tribunal no examina ya la adecuación jurídica de los actos comunitarios con la vara de medir de los derechos fundamentales alemanes. Por el contrario, los actos alemanes de transposición o ejecución del Derecho comunitario se han de medir a la luz de los derechos fundamentales alemanes. Sin embargo, en la medida en que los actos de transposición o ejecución se refieran a Derecho comunitario vinculante, actúa la prevalencia del Derecho comunitario con la consecuencia de que el Derecho nacional que colisione con él, incluidos los derechos fundamentales, no puede ser aplicado. La protección jurídica nacional y la propia del Derecho comunitario son aseguradas por medio de la cuestión prejudicial del art. 234 TCE. Si se trata de la interpretación del Derecho comunitario, los tribunales nacionales pueden, como sabemos, elevar una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; por su parte, los tribunales de última instancia están incluso obligados a elevar tal cuestión, a no ser que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ya haya respondido la cuestión interpretativa o que la correcta aplicación del Derecho comunitario sea evidente (63). Si el Derecho

---

(60) Vid. KIRCHHOF, en ISENSEE y KIRCHHOF (eds.): *Handbuch des Staatsrechts*, vol. VII, 1992, § 183 Rn. 65.

(61) BVerfGE 37, 271, 277 y sigs. – Solange I.

(62) BVerfGE 73, 339, 375 y sigs. – Solange II.

(63) Básicamente, *Colección de decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 1982, 3415, Rn. 14 ss. – CILFIT.

nacional deriva de la invalidez del Derecho secundario a causa de la vulneración (por parte de éste) del Derecho primario europeo (Derecho de los Tratados), debe ser en todo caso requerida una decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dado que sólo a éste le corresponde la competencia de juzgar sobre la validez del Derecho comunitario (64). Si un tribunal alemán no cumple con su obligación del art. 234 TCE, lesiona igualmente la prescripción constitucional nacional del juez legal (art. 101.1 GG) (65). Puesto que el Tribunal Constitucional Federal no es ninguna instancia de superrevisión, en el caso del control de las disposiciones legales sobre el procedimiento judicial se limita solamente a un examen de mera arbitrariedad (66). En cambio, si hubiera venido impuesto al tribunal (nacional) elevar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el control es mucho más estricto. Tal es el caso cuando el tribunal de última instancia ha desconocido de manera fundamental su obligación de elevar la cuestión, cuando todavía no existe una jurisprudencia clara del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre una cuestión determinante para la toma de la decisión basada en el Derecho comunitario, cuando esa jurisprudencia, aún existiendo, tal vez no ha respondido de manera completa a la cuestión determinante para la toma de la decisión, o cuando un ulterior desarrollo de esa jurisprudencia no aparece únicamente como una remota posibilidad (67).

Si los tribunales nacionales han lesionado el Derecho comunitario y como consecuencia de ello a los afectados se les ha causado un daño, se plantea la cuestión de si el Estado está obligado a reparar ese daño. El Derecho alemán reconoce sólo en muy escasos supuestos la responsabilidad por las injusticias causadas por parte de los jueces y tribunales (68). Si se hubiera infringido el Derecho comunitario, serían de aplicación otras medidas. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al afectado se le ha de conceder el derecho a una reparación sustitutiva, incluso en el caso de que un tribunal de última instancia ya haya tomado una decisión, cuando la norma de Derecho comunitario lesionada tenga como finalidad

---

(64) Vid. básicamente *Colección de decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 1987, 4199, Rn. 12 ss. – Foto-Fr.

(65) Vid. BVerfG-K, *Deutsche Verwaltungsblätter* (DVBl.) 2001, 720 y sigs.; Hoffmann-Riem, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (EuGRZ) 2002, 473 (477); EHLERS: *Deutsche Verwaltungsblatt* (DVBl.) 2004, 1444 (1448).

(66) Vid. BVerfGE 3, 359 (365); 82, 286 (299); 87, 282 (285).

(67) BVerfG-K, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 2001, 1267 (1268).

(68) Vid. § 839 Abs. 2 Código Civil alemán (BGB).

conceder derechos al particular, cuando la lesión sea suficientemente relevante y cuando entre la violación y el daño ocasionado exista una relación causal directa (69). Una lesión sólo se entiende como suficientemente relevante, también en el caso de una injusticia causada por los jueces y tribunales, cuando la decisión haya vulnerado de manera notoria el Derecho vigente (70).

## 2. *Controles por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Los derechos del CEDH sólo pueden desplegar plena eficacia cuando su observación puede ser impuesta por una jurisdicción internacional independiente. Esta tarea le corresponde al *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, que actúa como «Tribunal permanente» (71). El CEDH prevé dos formas de protección jurídica, en concreto, la reclamación de los Estados y la reclamación de los particulares. En el futuro está previsto que también el Comité de Ministros (compuesto por los representantes de los Estados) pueda dirigirse al Tribunal (72). La forma de protección jurídica de una reclamación de los Estados, que posibilita a cada uno de los Estados miembros del Convenio acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como consecuencia de cualquier vulneración firme del Convenio y de los Protocolos por parte de algún otro Estado del Convenio, se ha utilizado escasamente. Por contra, las reclamaciones individuales son extremadamente frecuentes. Por ejemplo, en el año 2004 entraron casi 41.000 reclamaciones en el Tribunal. La validez de una reclamación individual presupone en particular que todos los recursos jurídicos nacionales fueron agotados. Entre ellos se cuentan también los recursos de amparo constitucional y, bajo determinadas circunstancias, los propios recursos jurídicos conforme al Derecho comunitario europeo (73).

Desde el punto de vista del contenido, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* reclama para sí el derecho a la decisión última en todas las cuestiones relativas a derechos fundamentales, en la medida en que se vea afectado un derecho del Convenio. Así, la República Federal de Alemania ha sido

---

(69) Vid. *Colección de decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 1996, I-1029, Rn. 51 – *Brasserie du Pecheur*.

(70) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* (NVwZ), 2004, 79, Rn. 53 – Köbler.

(71) Vid. Art. 19.2 CEDH.

(72) Vid. Art. 16 del 14.º Protocolo adicional de la CEDH.

(73) Vid. EHLERS, en EHLERS (n.p. 1), § 2 Rn. 63.

condenada ya en diversas ocasiones a causa de una duración excesiva del procedimiento ante el Tribunal Constitucional Federal (74). Por lo demás, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* en diversas ocasiones se ha desviado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. Así, recientemente, en el caso *Caroline von Hannover*, en el que se trataba de ver la compatibilidad de un reportaje periodístico sobre la hermana del actual Príncipe de Mónaco en la llamada «prensa amarilla» con su derecho a la protección de la personalidad, decidió de manera distinta al Tribunal Constitucional Federal, atribuyendo al derecho a la protección de la personalidad en ponderación con la libertad de prensa un mayor peso que el Tribunal Constitucional Federal (75). Finalmente, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* considera que los Estados del Convenio también están vinculados al CEDH cuando estos derechos soberanos son transferidos a organizaciones internacionales o supranacionales como la Unión Europea. Así, el Reino Unido fue condenado porque una ciudadana británica con residencia en Gibraltar no pudo participar en las elecciones al Parlamento Europeo (76). La excusa de que el Derecho comunitario europeo ha excluido el derecho electoral no fue aceptada por el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Dado que la Comunidad Europea no es miembro del Consejo de Europa y, por consiguiente, tampoco está sujeta a las obligaciones que derivan del CEDH, los actos comunitarios no están sometidos al control del *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Sin embargo, los Estados del Convenio por medio de la transferencia de derechos soberanos a comunidades internacionales o supranacionales no podrían eximirse de la responsabilidad de observación de los ámbitos protegidos por el Convenio. El *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, al examinar la responsabilidad de los Estados miembros de la Comunidad Europea de salvaguardar los derechos del CEDH, indirectamente también revisa los actos de la Comunidad Europea (77). Al igual que el Tribunal Constitucional Federal, también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha de procurar seguir al *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* en las cuestiones atinentes a los derechos fundamentales. No

---

(74) Vid. sentencias del TEDH, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1997, 2809 – Probstmeier; *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (EuGRZ) 1997, 310 – Pammel; *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (EuGRZ) 2003, 228, Rn. 51 – Norbert Kind.

(75) Vid., por un lado, BVerfGE 101, 361; por el otro, sentencia del TEDH, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2004, 2648 – Caroline von Hannover.

(76) Sentencia del TEHD, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1999, 3107 – Denise Matthews.

(77) Vid., para más detalles, EHLERS, en EHLERS (n.p. 1), § 2 Rn. 31 y sigs.

obstante, los conflictos no se pueden excluir. En el caso de que la Unión Europea ratifique el CEDH prácticamente no habrá otro camino que concederle al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también en el ámbito del Derecho comunitario, la competencia sobre la decisión última acerca de si es adecuada al Convenio la ejecución del Derecho de la Unión.

El *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, como es sabido, no tiene el poder jurídico de eliminar las medidas lesivas del Convenio o de condenar a los Estados miembros al cumplimiento de sus obligaciones (78). Sus decisiones consisten en sentencias declarativas. El Estado miembro del Convenio sobre el que ha recaído la sentencia está obligado jurídico-internacionalmente a su cumplimiento. En primer lugar, debe poner fin a la lesión jurídica; en segundo término, se ha de efectuar la reparación; en tercer lugar, se debe impedir en el futuro una lesión similar. Las leyes y las medidas administrativas contrarias al Convenio, por regla general, pueden ser sin más derogadas. No obstante, y como ya se ha señalado, si existe una decisión firme de un tribunal nacional sólo es aplicable una revisión en el proceso penal. Si la decisión del tribunal nacional no ha sido todavía ejecutada, el art. 46 CEDH se opone a una ejecución favorable al Estado miembro del Convenio. Si el Derecho estatal interno sólo concede una reparación incompleta para las consecuencias de la lesión del Convenio, corresponde al *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* conceder a la parte lesionada una indemnización justa, cuando ello sea necesario (79). Junto a los daños materiales se encuentran también los daños inmateriales. Las infracciones del CEDH pueden ser por ello muy costosas.

### 3. *Controles por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

Sobre la preservación de los derechos fundamentales de la Unión en el caso de la ejecución del Derecho de la Unión deciden tanto los tribunales nacionales como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal (Europeo) de Primera Instancia. Si un particular alega que una medi-

---

(78) Vid. BVerfG, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1986, 1425 y sigs.; *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2004, 3407 (3409); UERPMANN: *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung*, 1993, págs. 172 y sigs.; DÖRR: en SODAN y ZIEKOW (eds.): *Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*, 1998, EVR Rn. 558 y sigs.; EHLERS (n. p. 12), págs. 139 y sigs.

(79) Vid. Art. 41 CEDH.

da de un Estado miembro lesiona los derechos fundamentales de la Unión ha de buscar protección jurídica ante los tribunales nacionales. Si la interpretación de los derechos fundamentales de la Unión no es clara, el tribunal nacional de última instancia, de acuerdo con el art. 234.3 TCE, debe solicitar del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la interpretación correcta en el marco del proceso de la cuestión prejudicial. Si el particular se dirige contra las decisiones de la Comunidad, puede acudir ante el Tribunal de Primera Instancia. Una protección de los derechos individuales frente a normas inherentes al Derecho comunitario sólo existe de manera indicia-ria (80). Por regla general, el afectado debe dirigirse ante el tribunal del Estado miembro que, por su parte, ha de acudir nuevamente por la vía de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. De acuerdo con el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa las personas naturales o jurídicas han de tener en el futuro la posibilidad de proceder directamente ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente a los reglamentos de la CE que les afecten directamente y que no conlleven ninguna medida de ejecución (81). Más allá de esto, los órganos comunitarios y los Estados miembros, cuando crean que la Comunidad u otros Estados miembros han lesionado los derechos fundamentales, pueden o bien elevar un recurso de nulidad ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o bien poner en marcha ante el Tribunal un procedimiento de lesión de los Tratados. Se ha de criticar que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas utilice dos varas de medir. La compatibilidad del Derecho comunitario, en su forma de reglamentos o directivas, con los derechos fundamentales de la Unión hasta el momento ha sido examinada sólo en muy escasas ocasiones. Se puede apreciar que tales medidas no han sido aún declaradas inválidas ni una sola vez a causa de la vulneración de los derechos fundamentales de la Unión. Por el contrario, la vinculación de los Estados miembros a los derechos fundamentales de la Unión ha sido tomada mucho más en serio por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia. Es de esperar que después de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión el requerido examen de los derechos fundamentales sea atendido con más intensidad también en relación con el Derecho secundario de la Unión.

---

(80) Vid. *Colección de decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas* 2002, I-6677 – Unión de Pequeños Agricultores; Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 2004, 2006 – Jégo-Quéré.

(81) Vid. Art. III-365 párrafo 4 *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*.

## III. RESUMEN Y CONCLUSIONES

De manera resumida se puede afirmar que en Europa hay una protección de los derechos fundamentales completa y asegurada de varias formas y en diferentes niveles. No obstante, esos repetidos dispositivos de seguridad originan, al mismo tiempo, problemas de delimitación jurídico-materiales y jurídico-procedimentales. Cada vez con mayor frecuencia no depende del Derecho nacional sino del Derecho europeo. La función de guardián de los derechos fundamentales europeos es desempeñada cada vez más por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mientras que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a este respecto adopta una postura más bien de contención.

*RESUMEN*

Tras realizar un sucinto recorrido por el desarrollo histórico de los derechos humanos a nivel internacional, el núcleo del presente trabajo se dedica a reflexionar sobre la protección de los derechos fundamentales en Europa. En este sentido, primero se exponen cuáles son las garantías que estos ostentan, es decir, sus contenidos materiales y sus ámbitos de aplicación, diferenciando, a este respecto, entre los derechos fundamentales nacionales (tomando como paradigma el caso alemán), los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y los derechos fundamentales en la Unión Europea. Más adelante, se somete a estudio el proceso de reclamación judicial de los derechos fundamentales tanto en Alemania como en Europa, por parte, en este último caso, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, para acabar concluyendo cómo el primero se ha ido erigiendo paulatinamente en el guardián principal de esos derechos fundamentales europeos, en perjuicio del segundo, que adopta una posición de mayor contención.

*PALABRAS CLAVE:* Derechos humanos - Derechos fundamentales - Alemania - Convenio Europeo de Derechos Humanos - Unión Europea - Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

*ABSTRACT*

After a brief look at the historical development of international human rights, this article discusses how fundamental rights are enforced in Europe. First, it considers what guarantees secure these rights, ie, their material content and their scope of application, distinguishing between national fundamental rights (using Germany as paradigm), the rights of the European Human Rights Convention and the fundamental rights of the European Union. It then studies the procedures for judicial enforcement

of fundamental rights in both Germany and Europe. In the case of Europe, it covers the work of the European Union. In the case of Europe, it covers the work of the European Court of Human Rights Court and the Court of Justice of the European Communities (ECJ). It concludes that the European Court of Human Rights has gradually established itself as the main upholder of these European rights, to the detriment of the ECJ, which is adopting an increasingly limited position.

*KEY WORDS:* Human rights - Fundamental rights - Germany - European Union - Jurisdictional enforcement of fundamental rights.