

TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS BAJO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ALEMÁN

Roland Bank (*)

RESUMEN

En el presente artículo el autor analiza la posición de los tratados internacionales en general, como asimismo, los tratados de derechos humanos y de integración en el sistema jurídico alemán, considerando la posición de la doctrina y la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional Alemana.

Derecho Público. Derecho Constitucional. Derecho Internacional Público. Derecho Comparado. Derechos Fundamentales. Derechos Humanos. Jurisdicción Constitucional.

ABSTRACT

The article analyzes the status in the German legal system of international treaties in general, and treaties on human rights and integration in particular, from the point of view of legal scholarship and the decisions of the German Constitutional Court.

Germany. Constitutional Law. Human Rights. Fundamental Rights. International Law. Comparative Constitutional Law. Constitutional Courts.

(*) Principal Consejo de la Fundación Federal para la Compensación del Trabajo Forzado en Berlín. Director de la Sección Convención Europea de Derechos Humanos del Instituto Max Planck para el Derecho Público Extranjero e Internacional de Heidelberg, Alemania.

Artículo recibido el 13 de mayo de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 27 de mayo de 2003.

Correo electrónico: rpkas@adinet.com.uy

I. INTRODUCCIÓN

Toda la Constitución alemana está basada en la experiencia del fracaso de la Constitución de Weimar, causa directa de la dictadura de Hitler y el nazismo. Esta experiencia inspiró, sobre todo, la elaboración y la posición de los derechos fundamentales en la Constitución de Alemania Occidental después de la Segunda Guerra Mundial. A diferencia de la Constitución de Weimar, que rigió entre 1919 y 1933, el sistema de la Constitución de 1949 —la llamada *Ley Básica*— no solamente contiene un catálogo de derechos fundamentales, sino que prevé también el control jurisdiccional de la Corte Constitucional Federal. Además, los creadores de la Ley Básica situaron estos derechos como la columna vertebral del sistema constitucional, según surge de su posición sistemática en los primeros 19 artículos de la Constitución y, sobre todo, de la declaración del respeto por la dignidad humana, el principio fundamental de la Constitución, en su artículo 1º.

Además de estas garantías nacionales de los derechos fundamentales, Alemania ratificó diversos tratados internacionales sobre los derechos humanos. El más importante de ellos es la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, que puede servir como ejemplo de todos los problemas que presenta la internalización de normas y su aplicación. Además, las experiencias con la Convención Europea pueden servir también como una referencia interesante para los problemas de internalización de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que en muchos aspectos constituye un sistema parecido al europeo.

Naturalmente, la experiencia de la dictadura nazi también inspiró la relación entre el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico internacional. En particular, la Ley Básica está construida como una Constitución en sintonía con el derecho internacional público: su artículo 25 prevé que las reglas generales del derecho internacional público automáticamente sean parte integrante del derecho federal, con primacía sobre las leyes ordinarias. Más adelante veremos las consecuencias de esta orientación.

Al mismo tiempo, la práctica alemana es sorprendentemente “introvertida”¹. A menudo las cortes federales, incluyendo la Corte Constitucional, no han tomado —ni

¹ Frowein, J.A., “Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht”, en *Die öffentliche Verwaltung* 51 (1998), pp. 806 y ss.; J. A. Frowein, “Der europäische Grundrechtsschutz und die deutsche Rechtsprechung”, en *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2002, pp. 29 y ss.

toman— en cuenta los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales.

Para examinar la situación de las obligaciones fundadas en los tratados internacionales en general, y en la Convención Europea en particular, podemos partir de los dos mayores problemas:

1. *La transferencia de las garantías internacionales:* ¿Cómo se incorporan en el derecho nacional las garantías de los tratados internacionales? ¿Cuál es la posición acordada en la jerarquía del sistema nacional? ¿Y cuál es la práctica de aplicación por los jueces?
2. *La implantación de las decisiones de instituciones internacionales:* ¿Cómo se implantan en el derecho nacional los juicios de las cortes u otras instituciones internacionales?

II. LA TRANSFERENCIA DE LAS GARANTÍAS INTERNACIONALES

1. El acto de incorporación y sus consecuencias

La incorporación de tratados del derecho internacional en el orden jurídico nacional llega a hacerse realidad con el artículo 59 § 2 de la Ley Básica. Según este artículo, algunos tratados de derecho internacional son transferidos mediante una ley federal:

“Los tratados que regulen las relaciones políticas de la Federación o se refieran a materias de la legislación federal requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal”².

Si bien los tratados de derechos humanos no son de gran importancia para las relaciones políticas del Estado federal, la incorporación necesita de una ley federal porque estos tratados normalmente están relacionados con los sujetos de la legislación federal. Con la ley de incorporación el Parlamento expresa su consentimiento con el

² Traducido por el Departamento de Prensa e Información del Gobierno Federal alemán, Ley Fundamental para la República Federal de Alemania.

tratado. A partir de este consentimiento el presidente de la República está autorizado a ratificar el tratado y el texto de éste se publica entonces como una ley nacional.

Aunque el texto de un tratado internacional llegue a convertirse en una ley federal, depende de otros factores la factibilidad de su aplicación inmediata (*a*). Además, hay otros conceptos de aplicación: la aplicación indirecta (*b*) y su repetición en una ley especial (*c*).

a) La aplicación inmediata

Si se aprueba una ley de incorporación y el tratado internacional entra en vigor, la aplicación inmediata de las reglas de dicho tratado depende de otro factor: solamente las reglas calificadas como *self-executing* son aplicables directamente.

Una regla puede ser calificada como *self-executing*, en el sentido objetivo, si sus condiciones y consecuencias jurídicas están claramente definidas y, en el sentido subjetivo, si las partes del tratado intentaron la aplicación inmediata cuando culminaron su redacción. En el ejemplo de la Convención Europea de Derechos Humanos, sólo son *self-executing* las garantías materiales —sea de la propia Convención o sea de los protocolos adicionales—, mientras que otras reglas, como aquellas sobre la formación de la Corte Europea de los Derechos Humanos, no se pretende que sean aplicadas en los Estados miembros de la Convención; están dirigidas a los propios Estados miembros y no a personas naturales ni a los órganos ejecutivos o jurídicos de esos Estados.

Otro ejemplo de aplicación inmediata de normas *self-executing* son las garantías a los derechos individuales en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Más difícil es la determinación en el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Por lo general, estos derechos no son lo suficientemente concretos; pero, según un comentario general de la institución responsable para la interpretación de dicho pacto, algunos de estos derechos se aplican inmediatamente —por ejemplo, la igualdad entre hombres y mujeres³.

³ “[...] there are a number of other provisions in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, including articles 3, 7(a), 8, 10(3), 13(2)(a), (3) and (4) and 15(3) which would seem to be capable of immediate application by judicial and other organs in many national legal systems”. UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment n° 3 (on Art. 2 § 1 of the Covenant), E/1991/23. Véase también McGregor, G., “The International Covenant on Civil and Political Rights: Will it get its day in Court?”, *Manitoba Law Journal* 28 (2002), pp. 321 y ss.

En la práctica, las garantías de aplicación directa más importantes de la Convención Europea parecen ser aquellas que no corresponden a una garantía en el catálogo de derechos fundamentales presentes en la Constitución. Por ejemplo, la protección contra la tortura no se incluye en la Constitución de manera explícita, lo que conduce, en el ámbito de la protección contra la expulsión en una situación de peligro, a que con frecuencia los juzgados recurran a la garantía de la Convención Europea. Asimismo, como la compensación por una detención ilegal no está prescrita explícitamente por la Constitución, la Convención Europea es citada a menudo en torno a este derecho⁴.

b) La aplicación indirecta

Sin embargo, en la práctica se observa que la aplicación inmediata constituye la excepción. En particular, si se excluye la Convención Europea de Derechos Humanos, rara vez se presentan casos de aplicación inmediata de otros tratados. Pero también en el ejemplo de la Convención Europea la aplicación indirecta parece constituir la regla. Para entender mejor la aplicación indirecta en el sistema alemán se pueden diferenciar las siguientes funciones del concepto⁵:

- *La función de confirmación o de control.* El caso concluye aplicando solamente el derecho nacional (sean las leyes ordinarias o sea la Constitución) y después el fallo se confirma o controla por medio de un análisis de la Convención Europea. La función de confirmación no es muy importante cuando los resultados coinciden, porque las garantías internacionales parecen servir solamente de ornamento. En cambio, si hay diferencias en los resultados, la función de control puede establecer un conflicto entre el derecho nacional y la aplicación de las garantías internacionales sin proponer una solución.
- *La función de concretar.* Si una garantía del derecho nacional es muy general y en el nivel internacional hay una garantía más concreta, el juez recurre a la segunda para interpretar la primera. El ejemplo más importante en el derecho alemán no se deriva de la aplicación de la Convención Europea sino de la aplicación de la Convención de Ginebra sobre la protección a los refugiados. En efecto, la garantía de conceder asilo en el artículo 16 a §1 de la Constitución es muy general: “Los perseguidos políticos gozan del derecho de asilo”. El alcance exacto de esta garantía está definido a través de la Convención sobre los

⁴ Ejemplos de la práctica están citados por Uerpmann, Robert, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung*, 1993, pp. 47 y ss.

⁵ Un sistema parecido fue desarrollado por Uerpmann, Op. cit., pp. 48 y ss.

Refugiados, que contiene una definición más precisa.

- *La interpretación en conformidad con la Convención.* Entre diversas posibilidades de interpretación de una norma del derecho nacional, el juez aplica aquella que esté en conformidad con la Convención.
- *La interpretación más ventajosa de la garantía de la Convención.* Si todas las posibles interpretaciones de una norma están en conformidad con la Convención, el juez elige aquella que implante la garantía de la Convención de la manera más efectiva.

c) *La implantación mediante una norma que repite el texto de la Convención*

De vez en cuando, una garantía de un tratado internacional, además de haber sido incorporada como una garantía general, está implementada en una ley especial. Hay algunos ejemplos en la Ley del Proceso Penal alemana que repiten el texto de la garantía de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por ejemplo, la garantía de obtener la decisión de un juez sobre la detención sin dilación de la aprehensión, del artículo 5 § 3 de la Convención Europea, se repite en el § 121 de la Ley del Proceso Penal. Aplicando el método de la interpretación histórica, el juez interpretará la norma respetando su origen en la Convención⁶.

2. La posición jerárquica de los tratados internacionales de derechos humanos

a) *La situación general*

He explicado que, después de la transformación de un tratado internacional de derechos humanos en una ley, los derechos individuales contenidos en dicho tratado — por lo menos en teoría— se aplican directamente en el sistema nacional si son lo suficientemente concretos. Según el artículo 59 de la Ley Básica, todos los tratados internacionales transformados en derecho nacional tienen la validez de una ley federal ordinaria. De este modo, dentro de la jerarquía jurídica alemana tienen primacía tanto sobre todas las normas inferiores como sobre todo derecho del ámbito de los estados federados y sobre los decretos del gobierno federal. Pero los tratados internacionales no están en el nivel del derecho constitucional. Esto significa que no solamente tiene primacía sobre ellos la Constitución alemana, sino también las leyes ordinarias

⁶ Para otros ejemplos, véase *ibídem*, pp. 57 y ss.

federales aprobadas después de la ley de internalización del tratado: *lex posterior derogat legi priori*. Claro que este criterio no garantiza la mayor efectividad de los derechos protegidos por los tratados internacionales⁷.

b) La discusión sobre la posición de la Convención Europea de Derechos Humanos

En el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos, hay ejemplos de aplicación de otras reglas para las situaciones de colisión, particularmente la preeminencia de las leyes especiales por sobre las leyes generales. Así, algunas leyes especiales citan explícitamente la Convención. Por ejemplo, el § 53 (4) de la Ley de Extranjería prohíbe la expulsión de extranjeros si existe el peligro de que en el país de destino sean tratados en contradicción con el artículo 3 de la Convención Europea (prohibición de la tortura y otros tratamientos inhumanos o degradantes). Además, algunas garantías de la Convención Europea son muy especiales, como es el caso del artículo 6 § 3 literal e, que contiene el derecho de todo acusado a ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia. Como este derecho no existía hace algunos años en el sistema de derecho penal alemán, era posible aplicar la Convención como ley especial⁸.

Fuera de estas excepciones, la situación es la misma tanto respecto a la Convención Europea como respecto a otros tratados internacionales: si hay algún conflicto, las leyes federales adoptadas después de agosto de 1952 tienen, en teoría, preferencia. Una posición superior a las leyes ordinarias no está prevista explícitamente en la Constitución alemana, así como tampoco en el texto de la Convención Europea. Como esta Convención forma parte de un proceso de constitucionalización en Europa, ha habido algunos intentos de situarla por encima de las leyes ordinarias, otorgándole una posición constitucional.

aa) Intentos académicos para lograr un nivel constitucional

En la literatura jurídica alemana, los ensayos tendientes a dar jerarquía constitucio-

⁷ Crítico también, Kleeberger, W., *Die Stellung der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland – Versuch einer Neubestimmung*, 1992, pp. 12 y ss.

⁸ En realidad, se necesitó un juicio de la Corte Europea de Derechos Humanos y la introducción de una ley federal para aceptar efectivamente el derecho a un intérprete gratuito en el proceso penal. Véase el dictamen de la Corte Europea de Derechos Humanos del 21 de febrero de 1984 (Öztürk contra Alemania) y la ley federal del 15 de junio de 1989 (BGBl I 1980, p. 1082).

nal a la Convención Europea de Derechos Humanos se fundaron en los siguientes argumentos:

- A través de la definición de la Convención como un sistema constitucional europeo de derechos fundamentales, hay una proposición de reflexionar sistemáticamente sobre las garantías de la Convención en el proceso de interpretación de las garantías fundamentales de la Ley Básica. El argumento en la Ley Básica es que el artículo 1 § 2 y 3 es expresión de la voluntad del pueblo alemán sobre los derechos fundamentales inviolables, tal como están contenidos no solamente en el catálogo de la Ley Básica sino también en otros catálogos:

“(2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

“(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como derecho directamente aplicable”.

Estos párrafos están formulados así porque los catálogos de derechos fundamentales de la Convención Europea y la Ley Básica tienen los mismos fundamentos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948⁹.

- Otro argumento es el de equiparar las garantías de la Convención Europea con la protección del artículo 2 § 1 de la Constitución¹⁰. Éste constituye la libertad de las acciones personales dentro del “orden constitucional”. Según esta perspectiva, el “orden constitucional” mencionado en el artículo no se limita a las normas explícitamente contenidas en la Constitución —el derecho constitucional formal— sino que incluye también las normas del derecho constitucional material fuera de las reglas explícitas de la Constitución. Cuando una decisión de un juzgado o un acto de un órgano ejecutivo viola una de las garantías de la Convención, necesariamente viola también “el orden constitucional”.
- Como tercer enfoque, hay otros autores que proponen la aplicación de todos los derechos de la Convención Europea como reglas generales del derecho interna-

⁹ Hoffmeister, Frank, “Völkerrechtlicher Vertrag oder europäische Grundrechtsverfassung? = Die Europäische Menschenrechtskonvention im Wandel”, *Humboldt Forum Recht* 1999, Beitrag 5 (<www.humboldt-forum-recht.de>).

¹⁰ Frowein, Jochen A., “Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention”, *Festschrift Zeidler* 1987, II. Band, pp. 1763 (1770).

cional público a través del artículo 25 de la Constitución alemana¹¹. Dicho artículo no se aplica directamente a la Convención, porque no contiene una referencia a los tratados internacionales. La Convención Europea solamente puede tener un efecto en el sentido del artículo 25 si es posible interpretarla como una expresión de normas del derecho consuetudinario internacional. Por ejemplo, en el contexto de la protección contra la expulsión se discutió si el protocolo n° 6 sobre la abolición de la pena de muerte podía ser interpretado como una norma del derecho consuetudinario¹². Pero la Convención solamente puede ser una indicación entre varias (como otras convenciones internacionales de derechos humanos y otras constituciones) para tal tipo de normas. Claramente, debido a que el protocolo n° 6 sobre la abolición de la pena de muerte todavía no está ratificado por todos los miembros de la Convención Europea, es difícil constatar por lo menos una regla del derecho consuetudinario *regional*. En cambio, según esta opinión, todas las garantías del propio texto de la Convención Europea pueden constituir un derecho regional porque están ratificadas por todos los miembros¹³.

bb) La práctica de la Corte Constitucional

No obstante la fuerza de algunos de estos argumentos, la Corte Constitucional no aplica estas interpretaciones, o lo hace de una manera muy restrictiva.

En particular, la aplicación a través del artículo 2 § 1 está muy limitada porque la Corte Constitucional circunscribe el concepto de “orden constitucional” a aquellas reglas que forman parte del derecho internacional consuetudinario¹⁴. A través del artículo 25 de la Constitución estas reglas también forman parte del derecho constitucional formal.

Este camino también deja muy poco margen de maniobra, porque la Corte Constitucional sólo acepta una norma como regla general del derecho internacional en

¹¹ Véase por ejemplo Bleckmann, A., “Verfassungsrang der EMRK?”, *EuGRZ* 1994, pp. 149 y ss.

¹² Véase la sentencia de la corte regional Oberlandesgericht Karlsruhe, publicada en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1990, pp. 2208 (2211).

¹³ Por ejemplo, en favor del derecho consuetudinario regional, Pernice, I., “Kommentar Artikel 25”, en: Dreier, H., *Grundgesetz: Kommentar*, Band II, 1998, § 20 y ss.; De Quadros, F., “La Convention Européenne des Droits de l’Homme: un cas de ius cogens régional-?”, en: *Festschrift Bernhardt*, 1995, pp. 555 y ss.

¹⁴ Véanse los ejemplos en Uerpman, Op. cit., p. 100.

el sentido del artículo 25 si esa norma tiene aplicación *universal* y no se limita a una aplicación *regional*¹⁵. Así, pocas normas contenidas en la Convención Europea tienen una posición de ley constitucional a través del artículo 25. Por ejemplo, la prohibición de la tortura, tal como está garantizada en el artículo 3 de la Convención Europea, constituye también una norma del derecho consuetudinario internacional¹⁶. Sin embargo, en este sentido hay una discusión sobre si solamente integran el derecho consuetudinario las normas tal como están formuladas en la Convención o también una cierta interpretación que de ellas se haga.

La Convención Europea, como otros tratados internacionales de derechos humanos, no sirve de base para una queja constitucional: según la Constitución, existe la posibilidad de una queja constitucional si alguien reclama una violación a sus derechos fundamentales garantizados en la Constitución (artículo 93 § 1 n° 4 a de la Ley Básica). En consecuencia, la Corte Constitucional siempre ha desestimado las quejas basadas solamente en la reclamación de una violación de derechos según la Convención Europea.

Sin embargo, de vez en cuando ha incluido un examen de la Convención Europea en su jurisprudencia. Por eso, la Corte ha aplicado dos enfoques doctrinales.

El primer enfoque es el artículo 3 § 1 de la Ley Básica, que contiene el derecho a un tratamiento igual y así la protección contra un trato arbitrario por parte de los órganos estatales. La Corte ha examinado bajo este título si la interpretación de la Convención Europea por los juzgados alemanes involucrados en el caso es justificable¹⁷.

Según un enfoque diferente, la Corte formalmente considera a la Convención Europea como una ley ordinaria en el sistema alemán. El único aspecto de diferenciación entre las leyes ordinarias y una ley que incorpora una convención internacional es el enfoque de interpretación favorable a las obligaciones del derecho internacional. En palabras de la Corte Constitucional:

¹⁵ Colección oficial de sentencias de la Corte Constitucional, BVerfGE 75, 1 (26).

¹⁶ Para otros ejemplos, véase Walter, C., "Nationale Durchsetzung, II.3.c", in: Grote, R. / Marauhn, Th., (editores), *Konkordanz-Kommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, en proceso de publicación, capítulo 31.

¹⁷ Véase, por ejemplo, *Colección oficial de sentencias de la Corte Constitucional*, BVerfGE 64, p. 135 (157) y 74, p. 102 (128).

“Dentro de su jurisdicción, [la Corte] [...] tiene que observar particularmente que violaciones del derecho internacional, resultantes de una aplicación errada o de una falta de aplicación de las normas del derecho internacional por los juzgados alemanes [...], sean impedidas o de ser posible eliminadas”¹⁸.

También, si se trata de una interpretación de una ley posterior a la internalización de la Convención Europea, la interpretación en conformidad con la Convención se justifica mediante la suposición de que la legislación alemana no intentará violar las obligaciones del Estado alemán según el derecho internacional. Evidentemente, este enfoque está limitado por la voluntad de la rama legislativa expresada en la ley que se está interpretando. Si la formulación de dicha ley está claramente en divergencia con la Convención Europea, la ley posterior tiene preferencia.

Sin embargo, de este enfoque doctrinal que abre la posibilidad de incluir una discusión de las garantías de la Convención Europea hay relativamente pocos casos de aplicación. Mientras la razón principal es el catálogo amplio de garantías contenido en la Ley Básica, parece que existen también otras motivaciones.

Las vacilaciones de la Corte Constitucional alemana acerca de abrir su práctica para la discusión de la Convención Europea y su interpretación por la Corte Europea de los Derechos Humanos en Estrasburgo, probablemente también está motivada por la finalidad de evitar un conflicto de intereses entre la Corte Constitucional y la Corte Europea. Si hubiera diferencias en la interpretación de la Convención Europea, la autoridad de ambas Cortes estaría en entredicho —y la Corte de Derechos Humanos sería casi la última instancia—. Por lo tanto, la Corte Constitucional mantiene una situación de competencia con pocas interferencias.

Pero, de todas formas, una persona que quiere presentar un recurso ante la Corte Europea, normalmente debe ensayar antes un recurso ante la Corte Constitucional. La situación de colocar a la Corte Europea casi en una función de última instancia no puede evitarse por completo. Además, no parece satisfactorio que la Corte Constitucional vea la Ley Básica como un sistema casi cerrado y aplique, escasamente, los métodos del derecho comparado —tanto en lo que respecta a las constituciones de otros países como a la Convención Europea de Derechos Humanos.

¹⁸ BVerfGE 74, 358 (370). Traducción del autor.

Como hemos visto, hay una gran variedad de posibilidades para un examen de la Convención Europea en la discusión de las quejas constitucionales y no existen argumentos convincentes contra tal examen para modificar la práctica, la Corte Constitucional continúa excluyendo una enorme fuente de conocimientos para la interpretación de las garantías fundamentales.

III. LA IMPLANTACIÓN DE DECISIONES DE INSTITUCIONES INTERNACIONALES

1. La situación general

Muchos tratados internacionales sobre los derechos humanos crean una institución para examinar la implantación de las obligaciones de los Estados miembros. Hay mecanismos de supervisión de la situación general en dichos Estados, como por ejemplo, solicitar informes estatales y someterlos a discusión en el Comité de Derechos Humanos del Pacto de 1966, o también el mecanismo de examinar situaciones de tortura sistemática en un país miembro de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Estos mecanismos concluyen con recomendaciones a dichos Estados para solucionar los problemas. Está claro que estas recomendaciones no se aplican directamente en los Estados miembros.

Algunos tratados también contienen la posibilidad de presentar quejas individuales por infracciones de los derechos garantizados en ellos. Las vistas de los comités responsables de examinar estas quejas claramente tampoco se aplican de manera directa en el sistema nacional.

2. La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

La posibilidad de una aplicación directa sólo puede discutirse en torno a las sentencias de la Corte Europea. Desde el punto de vista del derecho internacional, Alemania está obligada a implantar los dictámenes de la Corte Europea en aquellos casos en que haya sido parte del conflicto jurídico:

“Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”¹⁹.

En consecuencia, las sentencias contra otros Estados no producen una obligación inmediata para Alemania.

Con respecto a los dictámenes contra Alemania, se discute si ellos tienen efecto inmediato en el sistema jurídico nacional. El argumento a favor de esta posición es que la infracción de la Convención también significa una infracción del derecho alemán; si tal infracción es determinada por la Corte Europea, todos los órganos estatales de Alemania están obligados a aplicar el juicio. En el caso *Pakelli*, la Corte Constitucional concluyó que los dictámenes de la Corte Europea de Derechos Humanos producen una validez ineludible —no en el sentido formal sino material— en el sistema jurídico alemán y así tienen que ser aplicados por los juzgados nacionales²⁰.

Sin embargo, la Corte Constitucional no examinó los límites del efecto material. ¿Hay que aplicar el dictamen directamente en el caso decidido o también la interpretación de la Convención tal como fue presentada en dictámenes en otros casos?

Según el artículo 92 de la Constitución alemana, la jurisdicción es competencia exclusiva de la Corte Constitucional, de los juzgados federales enumerados en la Constitución y de los juzgados de los estados federados. Desde este punto de vista, la transferencia de jurisdicción a otras instituciones requiere una alteración de la Constitución que no está prevista con respecto a la Convención Europea. Tampoco sería posible construir una aplicación inmediata a través del artículo 24 de la Constitución²¹. Este artículo constituye una posibilidad de transferir derechos de soberanía del Estado federal a instituciones internacionales. Mientras que sería posible interpretar que la Corte Europea de Derechos Humanos es una institución internacional en el sentido de dicho artículo, ni el sistema de la Convención ni la ley de internalización contienen argumentos forzosos para transferirle poderes soberanos. Al contrario, las sentencias emitidas por la Corte Europea de Derechos Humanos no tienen un efecto casatorio²², sino que sólo contienen una constatación definitiva de la situación jurídica.

¹⁹ Artículo 46 de la Convención. Traducción del Consejo Europeo, disponible en Internet (<www.echr.coe.int>).

²⁰ Corte Constitucional (Bundesverfassungsgericht), *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1986, pp. 1425 y ss.

²¹ Esa es la proposición del juez alemán de la Corte Europea de los Derechos Humanos, Georg Ress. Véase Ress, G., “Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge”, *Festschrift Zeidler*, Band II, 1987, pp. 1775 (1791 y ss.).

²² Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia del 13.6.1979 en el caso *Marckx* contra Bélgica, Series A 31, § 58.

También desde el punto de vista del texto de la Convención Europea, para el Estado alemán hay solamente una obligación en el nivel del derecho internacional de implementar los juicios de la Corte Europea, pero no se impone una aplicabilidad de estos juicios en el sistema jurídico de Alemania. Si según la Corte Europea una ley contiene una contradicción con la Convención Europea, los juzgados alemanes podrían aplicar la Convención únicamente si dicha ley fuera más antigua que la ley de internalización de la Convención. En otros casos, para la aplicación de la Convención en conformidad con el juicio de la Corte Europea se necesitará la actividad de la rama legislativa. Además, si un juicio de un juzgado alemán está firme y al mismo tiempo en contradicción con la Convención Europea, según un juicio de la Corte Europea, el juzgado alemán solamente podría revisar su decisión si hubiera una ley que expresara la posibilidad de reabrir el caso por esa razón. Por ejemplo, en la Ley del Proceso Penal, la legislación alemana introdujo en el año 1998 la posibilidad de reabrir casos a causa de decisiones de la Corte Europea.

Según el texto de la Convención, para los Estados miembros que no están involucrados en un juicio no es explícitamente obligatorio implementar la interpretación de la Corte Europea. Pero la intención de los Estados miembros de establecer un nivel mínimo de protección de los derechos fundamentales en Europa entera, solamente puede realizarse a través de la implantación congruente de estos derechos en todos los Estados miembros. Con este fin fue establecida la Corte Europea de los Derechos Humanos. Sólo una aplicación sistemática de las garantías de la Convención Europea en la interpretación de los derechos de la Ley Básica puede trasladar el desarrollo dinámico del nivel de protección en Europa al sistema alemán.

Otro concepto interesante fue introducido por la Corte Federal Administrativa, que ha adoptado una doctrina que acuerda una función de guía normativa (*normative Leitfunktion*) a la jurisprudencia de la Corte Europea. Según esta doctrina, un juzgado alemán solamente puede divergir de la interpretación de la Corte Europea de Derechos Humanos si hay argumentos “definitivamente mejores” contra la jurisprudencia de ésta²³. Desde esta perspectiva, la doctrina deja a los jueces nacionales un gran margen de posibilidades de discrepar de la jurisprudencia de la Corte Europea. No está claramente definido cuándo hay que seguir la interpretación de ésta y cuándo el juez

²³ Decisiones de la Corte Federal Administrativa, BVerwGE 110, 203; véase también Bundesverwaltungsgericht NVwZ 2002, 87.

nacional puede aplicar su propia interpretación. Ello siempre depende de la convicción del juez nacional.

Aunque siempre existe la posibilidad de un recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos para resolver una discrepancia con su jurisprudencia, esta posibilidad no constituye una solución satisfactoria, ni desde el punto de vista de la Convención Europea ni desde el punto de vista del sistema nacional. No está en conformidad con el enfoque del sistema jurídico nacional favorable al derecho internacional, por cuanto puede dar lugar a muchos dictámenes en contradicción con la jurisprudencia de la Corte Europea. Como se ha establecido, el sistema de la Ley Básica contiene una tendencia favorable a las obligaciones de Alemania según el derecho internacional. Si todas las cortes alemanas aplicaran ampliamente sus propias interpretaciones de la Convención Europea, en contradicción con la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, eso podría provocar muchos casos en la Corte Europea con sentencias contra Alemania. Tampoco tal situación colabora con los Estados miembros de la Convención en su intención de crear un nivel mínimo de protección igual en toda Europa, ni con la obligación de la Convención, establecida en su artículo 1, de garantizar una protección efectiva de los derechos protegidos por ella.

La idea de que la jurisprudencia de la Corte Europea desempeñe una función de guía normativa para los jueces nacionales solamente podría aceptarse si quedara reducida a un examen de la interpretación limitado a prevenir posibles interpretaciones arbitrarias.

En este sentido, el juez nacional solamente podría divergir de la jurisprudencia de la Corte Europea si la interpretación de ésta no pudiera justificarse con ningún argumento jurídico. Este enfoque serviría para evitar discrepancias en la jurisdicción — y los consiguientes recursos ante la Corte Europea por esta causa —, así como para armonizar la protección acordada mediante la Ley Básica y la Convención Europea de Derechos Humanos, mientras se mantiene una protección contra interpretaciones arbitrarias de la Corte Europea²⁴.

²⁴ Como aquí Walter, C., “Nationale Durchsetzung” (II.4), en: Grote, R. / Marauhn, Th. (editores), *Konkordanz-Kommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, en proceso de publicación.

IV. CONCLUSIÓN

La situación en Alemania puede resumirse del siguiente modo: Todos los tratados internacionales de derechos humanos se transfieren al derecho nacional por una ley de internalización. Así, las garantías de los derechos humanos pueden ser aplicadas directamente con el valor de una ley nacional si contienen derechos individuales. El problema de la regla de *lex posterior* está minimizado mediante la interpretación de las leyes ordinarias en conformidad con las obligaciones internacionales. Sólo si un derecho también es reconocido como derecho internacional consuetudinario forma parte del derecho constitucional y así tiene preferencia frente a las leyes ordinarias.

Con respecto a la Convención Europea de Derechos Humanos, este criterio no parece suficiente. Como esta Convención forma parte de un proceso de constitucionalización en Europa, hay muchos argumentos convincentes en favor de darle lugar en el derecho constitucional. Mientras la Corte Constitucional no ha aceptado ninguno de estos argumentos, en algunos de sus juicios incluye una referencia a la Convención. La deficiencia no es la falta de posibilidades dogmáticas para fundar el examen de casos involucrando derechos fundamentales también en un examen de los derechos correspondientes de la Convención; la deficiencia es que la Corte Constitucional no incluye *sistemáticamente* en su práctica un análisis de los derechos correspondientes de la Convención y su interpretación por la Corte Europea de Derechos Humanos.

Sólo un enfoque que contenga una reflexión sistemática de los derechos humanos de la Convención y de la jurisprudencia de la Corte Europea podría garantizar que el sistema jurídico alemán, y sobre todo la Ley Básica, se integren al desarrollo dinámico de la protección de los derechos humanos en Europa. Consecuentemente, en cuanto a la interpretación de la Convención por las cortes alemanas, las divergencias respecto a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos deben limitarse a los raros casos en que ésta haya incurrido en una interpretación arbitraria.