

Máster Universitario en Estudios Avanzados de Derecho Público

Curso Académico 2019-2020

Trabajo Fin de Máster

“El Control de Convencionalidad y la Protección de los Derechos Humanos en Europa”

Gabriel Alejandro Ramos Zantalla

Tutor:

Carlos Fernández Liesa

Madrid, 28 de junio del 2020

DETECCIÓN DEL PLAGIO

La Universidad utiliza el programa **Turnitin Feedback Studio** para comparar la originalidad del trabajo entregado por cada estudiante con millones de recursos electrónicos y detecta aquellas partes del texto copiadas y pegadas. Copiar o plagiar en un TFM es considerado una **Falta Grave**, y puede conllevar la expulsión definitiva de la Universidad.



Esta obra se encuentra sujeta a la licencia Creative Commons **Reconocimiento – No Comercial – Sin Obra Derivada**

RESUMEN

En el presente trabajo, se realizará, en primer lugar, algunas aproximaciones generales a la figura del Control de Convencionalidad desde su sistema creador; nos referimos al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, analizando su origen, concepto, peculiaridades y características que ostenta en aquel sistema que le dio vida y existencia, para posteriormente realizar una comparación a lo que sucede en el continente europeo, tomando como base dos de los sistemas de protección de derechos existentes en Europa, nos referimos al primigenio Sistema de Protección de Derechos Humanos Europeo cuyo principal órgano encargado de su desarrollo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal de Estrasburgo, y por otro lado, al Sistema de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Unión Europea, al mando del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o Tribunal de Luxemburgo, para, luego de analizar y realizar la comparación con sus técnicas y herramientas utilizadas en estos dos sistemas, encontrar alguna que pueda ser similar o semejante a la figura del Control de Convencionalidad del sistema interamericano, asimismo encontrar semejanzas a través del análisis de algunos casos emblemáticos en cada uno de estos dos sistemas de protección de derechos humanos, de donde se podrán extraer características comunes. Posterior a ello, se analizará como los grandes tribunales enfocados en la protección de los derechos humanos han dialogado en relación a esta figura y finalmente ver cómo se ha manifestado en el ordenamiento jurídico español.

Palabras clave: Tribunales Internacionales, tribunales nacionales, tratados internacionales, incompatibilidad entre derecho interno y tratados, control.

DEDICATORIA

Mi muy cordial agradecimiento a todos los que me han acompañado y ayudado durante la elaboración de este trabajo y hecho de esta experiencia única, particularmente a mis padres Víctor y Trinidad, sin cuyo apoyo no habría sido posible, y a los que dedico esta obra. Mi agradecimiento, asimismo, a los profesores que tuve el placer de conocer a lo largo del Máster, a la Biblioteca de la Universidad Carlos III de Madrid y a mi tutor el profesor Carlos Fernández Liesa por las orientaciones recibidas en la elaboración del presente trabajo.

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS.....	8
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO 1: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS:.....	10
1. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:	10
1.1. ORIGEN Y CONCEPTO:	10
1.2. APLICACIÓN EX OFFICIO Y AUTORIDAD COMPETENTE PARA SU APLICACIÓN:.....	14
1.3. AUTORIDADES COMPETENTES PARA SU APLICACIÓN:	15
1.4. EXTENSIÓN A OTROS TRATADOS INTERNACIONALES:	17
2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO INVENCIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.	18
3. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.	19
3.1. SUPREMACÍA DE LA CONVENCIÓN Y SU INTERPRETACIÓN POR ENCIMA DEL DERECHO INTERNO:.....	21
CAPÍTULO 2: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SENO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE ESTRASBURGO	22
2.1. SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS:.....	22
2.1.1. CONSEJO DE EUROPA, CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNAL DE ESTRASBURGO:	22
2.2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO O TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:	27
2.2.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Y CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES:.....	27
2.2.2. OBLIGACIÓN DE CUMPLIMIENTO DEL CEDH POR LOS ESTADOS MIEMBROS:.....	29
2.2.3. RESPETO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES CONTENIDOS EN EL CEDH:	30

2.2.4.	FUERZA OBLIGATORIA Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL CEDH.	32
2.2.5.	LA FUERZA OBLIGATORIA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH Y LA COMPATIBILIDAD DE SU DERECHO INTERNO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH:.....	34
2.2.6.	LAS SENTENCIAS PILOTO COMO PRESUPUESTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL TEDH.....	35
2.3.	FALLOS DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO CON MATICES DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.....	37
A)	CASO SILIADÍN vs. FRANCIA:	38
B)	CASO X e Y VS. LOS PAÍSES BAJOS:.....	41
C)	CASO AIREY VS. IRLANDA:	43
2.4.	CONVENCIONALIDAD EN LOS ESTADOS DE ITALIA, SUIZA Y ALEMANIA.	45
CAPÍTULO 3: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SENO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE LUXEMBURGO.....		48
3.1.	LA UNIÓN EUROPEA Y SU COMPOSICIÓN JURÍDICA:.....	48
3.2.	SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO QUE CONTIENEN ELEMENTOS DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:	55
A)	CASO SIMMENTHAL:	55
B)	CASO COSTA V.S. ENEL:	58
C)	CASO VAND GEND & LOOS:.....	61
CAPÍTULO 4: GRANDES TRIBUNALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA Y EUROPA Y EL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” EN ESPAÑA.....		63
4.1.	EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO Y LA CORTE DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA:.....	63
4.2.	EL CASO DE ESPAÑA:.....	65
CONCLUSIONES.....		71
BIBLIOGRAFÍA.....		74

LISTA DE ABREVIATURAS

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CIDH	Corte Americana de Derechos Humanos o Corte de San José de Costa Rica
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales o más conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos o Tribunal de Estrasburgo
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea o Tribunal de Luxemburgo
UE	Unión Europea
CE	Constitución Española

INTRODUCCIÓN

Motivación del Trabajo:

La figura del Control de Convencionalidad está revolucionando el basto mundo de la defensa y protección de los derechos humanos a nivel internacional. Es cierto que a nivel americano tiene una presencia muy importante pues al ser su territorio de origen, los derechos humanos de las personas del continente gozan de una protección adecuada acorde a estos parámetros impuestos por el tribunal encargado de su protección, como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y ahora los tribunales internos de cada Estado que han ratificado la Convención Americana en el uso de este instrumento para tal fin.

No es ajeno, entonces, que dentro de los diversos sistemas de protección de derechos humanos en el mundo se hallen fórmulas que signifiquen una protección similar que la que ofrece el sistema interamericano, como es el caso de los sistemas de protección de derechos humanos imperantes en Europa, como el primigenio sistema cuyo órgano lo conforma el Tribunal de Estrasburgo; y, por otro lado, dentro de la Unión Europea, el Tribunal de Luxemburgo en la protección de derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos de sus Estados miembros.

Objetivos:

En ese contexto, el presente trabajo tiene la finalidad de realizar un estudio de las posibles fórmulas similares al control de convencionalidad originario del sistema interamericano, en los dos sistemas de protección de derechos humanos en el continente europeo señalados en el resumen, para que, de alguna manera, determinar que los ciudadanos europeos cuentan con un nivel de protección de sus derechos humanos en tal grado como ocurre en el ámbito de la Corte de San José de Costa Rica, observando las peculiaridades de cada uno de estos dos sistemas de protección europeos, me refiero al ejercido por el Tribunal de Estrasburgo, y por otra parte, al Tribunal de Luxemburgo, partiendo, principalmente del análisis de algunos casos relevantes en el seno de estos dos tribunales europeos para finalmente observar cómo los Estados adscritos al uno y al otro vienen aplicando estas fórmulas similares al control de convencionalidad americano en los dos sistemas de protección de derechos humanos europeos, para luego analizar el caso particular y más reciente como es el caso español.

CAPÍTULO 1: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS:

1. CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

1.1. ORIGEN Y CONCEPTO:

Para iniciar el presente trabajo, es importante tener en cuenta, como lo señala Gonzales Domínguez, que “no existe ningún artículo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención) que establezca una obligación para todas las autoridades de los Estados parte de la misma de interpretar las normas de derecho nacional de conformidad con los estándares del *Corpus Iuris Interamericano*, o de evitar la aplicación de dichas normas en caso de no ser posible la realización de una interpretación conforme”¹. En ese sentido, el concepto de Control de Convencionalidad ha sido creado íntegramente por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su labor interpretadora de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) como principal instrumento normativo dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comúnmente se conoce que dicha institución surge a partir del caso “Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile” del 26 de septiembre de 2006, sin embargo, en realidad nace algunos años antes de la mencionada sentencia, a partir de un voto concurrente por parte del Juez Sergio García Ramírez donde manifestó lo siguiente:

“No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”².

Para que recién a partir del año 2006 ya se hable formalmente, dentro del contenido de una sentencia y no de un voto razonado de un solo juez, del Control

¹Pablo González Domínguez, “Antecedentes de la doctrina del Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Derecho Procesal Constitucional en perspectiva histórica*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Juan Antonio Magaña de la Mora y Emmanuel Roa Ortiz (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2018), 1-17.

² Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala del 25 de noviembre de 2003, fundamento 27.

de Convencionalidad, con expresa mención a algunas de sus características más resaltantes. Siendo así la CIDH, en el fundamento 124° del caso Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile” del 26 de septiembre de 2006 se estimó lo siguiente a su juicio:

*“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esa tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana**”³. (Sombreado propio).*

De esta sentencia, que sienta las bases más específicas de lo que significa el control de convencionalidad, se han podido establecer algunas ideas o puntos básicos y fundamentales que engloba este párrafo de dicha sentencia, como lo establece el autor Alberto Herrera de la siguiente manera:

- Los jueces y tribunales domésticos están sometidos al imperio de la ley.
- La ratificación de la Convención Americana de los Derechos Humanos sujeta a los jueces de un Estado a su observancia.
- Los operadores jurídicos deben permanecer atentos a que la aplicación de leyes internas no sean contrarias al objeto y fin de la Convención.
- Las leyes contrarias a la Convención desde un inicio carecen de efectos jurídicos.
- Deben los jueces y tribunales llevar a cabo un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y la Convención.
- El Poder Judicial debe no sólo aplicar el contenido de la Convención sino las opiniones interpretativas que sobre la misma vierta la CIDH”⁴.

En ese sentido, el control de convencionalidad surge como una institución relativamente joven dentro del ordenamiento jurídico internacional de

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile del 26 de septiembre de 2006, fundamento 124.

⁴Alberto Herrera Pérez, “El Control de Convencionalidad en Materia de Derechos Humanos y la Regularidad Constitucional. Comentarios a la Jurisprudencia 20/2014 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”. *Cuestiones Constitucionales* núm. 35 (2016): 277-288.

protección de los derechos humanos en América, con una vigencia de no más de 15 años desde que por primera vez se habló de ella en un caso sujeto a la jurisdicción de la CIDH, y que, desde aquel momento, ha venido enriqueciéndose de teoría y epistemología a través de la reiterada jurisprudencia que emite la propia Corte en el ejercicio de sus funciones.

En este orden de ideas, tal como lo manifestó el maestro Sagüés, “hasta 2006, existía un control de convencionalidad (aunque no se le llamase así) que algunos autores han denominado desde arriba, mientras que, desde 2006, convierte la Corte a los jueces nacionales en colaboradores suyos”⁵. Al respecto se han pronunciado varios doctrinarios, dentro de los que se destaca el concepto otorgado por el profesor Rey Cantor, quien ha precisado adecuadamente que “El Control de Convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento de que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.), es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados -aplicables-, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un *examen de confortación normativo* (derecho interno con el tratado), en un Caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objeto de garantizar la supremacía de la Convención Americana. [...]”

A su vez el juez interno tiene competencia para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado, mediante un *examen de confrontación normativo* (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona humana”⁶.

El profesor Rey Cantor aborda este concepto, tomando en cuenta dos clases de concepto, el presentado en sede internacional y el presentado en sede nacional, siendo el primer párrafo de este concepto el internacional y el segundo, el concepto presentado en sede nacional. constituyendo el concepto más general que se le otorga al Control de Convencionalidad.

Asimismo, dentro del sistema interamericano, es conocido, este control, más específicamente como “control difuso de convencionalidad”, traído a colación,

⁵ Néstor Pedro Sagüés, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*, editado por Armin Bogdandy (México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), 381-382.

⁶ Ernesto Rey Cantor. *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, 1ra Edición, (México D.F.: Porrúa, 2008), 47.

del mismo control difuso de constitucionalidad que se utiliza en la gran mayoría de los países latinoamericanos y que a su vez viene de la influencia anglosajona. En este sentido, el profesor Ferrer Mac-Gregor se manifiesta señalando que “se trata de un control ‘difuso’ de convencionalidad, en la medida que es un ‘deber’ que se ejerce por todos los jueces nacionales y no solo por los jueces constitucionales, conservando la Corte IDH, en todo caso, su calidad de ‘intérprete última de la Convención Americana’ cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno”⁷. Sobre este tema, esto es, sobre el carácter difuso que tiene esta figura jurídica del derecho internacional de los derechos humanos, y ahora, también nacional, y sobre un ordenamiento específico de un Estado latinoamericano, se tiene que “el control de convencionalidad que está llamado a realizar el juez nacional es de tipo difuso, es decir, por cada juez, en los asuntos de que conoce; y del tipo débil, que incluye la inaplicabilidad de la norma interna contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, o bien la interpretación conforme entre estos dos ordenamientos. El juez chileno que está conociendo de un litigio, no puede declarar inconvencional una norma y expulsarla del ordenamiento jurídico. [...] El control de convencionalidad que realiza el juez es difuso, en cualquier jerarquía en que se encuentre y del tipo débil, inaplicando la norma inconvencional o haciendo una interpretación conforme de la norma interna con el bloque de convencionalidad. Para esto último utiliza la herramienta de ponderación de derechos. El juez nacional puede y debe realizar el control de convencionalidad aun de oficio en los procedimientos que se rigen por el principio dispositivo, siempre que ello no significa causar la indefensión de las partes, aplicando el principio de iura novit curia. Es una consecuencia de la inexcusabilidad y manifestación de la tutela judicial efectiva, que tiene reconocimiento constitucional”⁸. Debiendo tener bien en cuenta que este control debe hacerse tanto por jueces o tribunales, pero también por aquellos que no necesariamente lo son en concreto según su especialidad en su labor jurisdiccional, esto es, todos sin excepción, y que esta técnica no implica la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma interna a inaplicarse por parte de los jueces y tribunales internos, pues ello será de conocimiento de los Tribunales encargados de examinar la constitucionalidad de las normas jurídicas internas y quienes tengan potestad de declararlas inconstitucionales, como comúnmente lo realizan los Tribunales Constitucionales, sino simplemente se tratará de una inaplicación de estas normas internas contrarias a la CADH, interpretaciones de la CIDH u otros tratados sobre derechos humanos en el caso

⁷Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “El Control Difuso de Convencionalidad por los Jueces Latinoamericanos: Evolución de la Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Cuadernos Miguel Jiménez Abad* N° 2 (2011), 106-108.

⁸Tania Yovanna Galgani Ugarte, “Control de convencionalidad y activismo judicial en Chile”, (tesis de doctorado, Escuela De Doctorado ‘Studii Salamantini’, Programa De Doctorado, Estado De Derecho Y Gobernanza Global, 2019) 709-714.

concreto que se ventile y sea del conocimiento de los jueces u operadores de justicia dentro del Estado.

1.2. APLICACIÓN EX OFFICIO Y AUTORIDAD COMPETENTE PARA SU APLICACIÓN:

Siendo ello así, posteriormente a la emisión de la Sentencia del Caso Almonacid Arellano, la Corte Interamericana ha querido esgrimir y hacer explícita otra característica innata del Control de Convencionalidad. Por lo que, a través de la Sentencia del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú ha introducido el carácter “Ex Officio” de este control, en el siguiente texto:

*“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también **“de convencionalidad” ex officio** entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”⁹.*
(Sombreado propio).

De esta manera la Corte Interamericana ha hecho expresa esta característica que vincula a los órganos del Poder Judicial de los estados miembros que han ratificado la CADH a velar por el cumplimiento de los derechos humanos de las personas en el continente americano en virtud de este control entre normas internas y Convención Americana, la cual debe hacerse de oficio, sin mandato o solicitud alguna de ningún otro órgano, adquiriendo los jueces nacionales esta potestad o quizá deber.

Complementando lo manifestado en la Sentencia anterior, la Corte Interamericana, en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México, señala que:

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú del 24 de noviembre de 2006, fundamento 128.

sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹⁰. (Sombreado propio).

En ese sentido, cabe en primer lugar, entender claramente lo que implica la expresión “Ex Officio”. En relación a ella, Guillermo Cabanellas de Torres, a través del Diccionario Jurídico Elemental la define como una “Locución latina, de oficio; por deber del cargo; sin necesidad de instancia de parte; como casi todo el enjuiciamiento criminal”¹¹. Al respecto de estos criterios jurisprudencialmente ofrecidos por la CIDH, el profesor Carbonell ha destacado este “carácter oficioso con el que los jueces deben llevar a cabo el control de convencionalidad. No importa que se trate de un litigio de derecho público o de derecho privado: la eficacia de los tratados internacionales y el pleno cumplimiento de las obligaciones que en ellos se consignan, justifican que los jueces tengan siempre presentes las disposiciones convencionales al resolver los litigios objeto de su conocimiento”¹². Por lo que las autoridades judiciales (órganos de carácter público que administran justicia) deben realizar un control de convencionalidad (además de un control de constitucionalidad) por propia iniciativa, sin necesidad de que alguna de las partes lo solicite dentro de un proceso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, esto como un deber suyo y en base al sometimiento a los lineamientos de la CADH y a los pronunciamientos de la CIDH.

1.3. AUTORIDADES COMPETENTES PARA SU APLICACIÓN:

La CIDH ha realizado precisiones a lo largo de los años respecto a la legitimidad para ejercer la facultad del control de convencionalidad, ello en razón a que el Poder Judicial, (como lo indicó en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*) no es el único órgano con facultades de administración de justicia. Por ello, indica lo siguiente:

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* del 26 de noviembre de 2010, fundamento 225.

¹¹ Diccionario Social | Enciclopedia Jurídica Online en <https://diccionario.leyderecho.org/ex-officio/> consultada el 27 de enero del 2020.

¹² Miguel Carbonell, “*Introducción General al Control de Convencionalidad*”, 1ra Edición. (México D.F.: Porrúa México / Universidad Nacional Autónoma de México, 2013). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/11.pdf> (consultada el 28 de enero del 2020).

*“Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*¹³. (Sombreado propio).

Como se ha podido observar, la CIDH, en el año 2006, no había precisado con exactitud quienes serían, en particular, los órganos encargados de realizar este control de constitucional, limitándose únicamente a precisar que éste sería el Poder Judicial en razón a que, por excelencia, es el órgano encargado de la administración de Justicia dentro de los Estados. No obstante, conforme avanzaba su jurisprudencia, tomó en consideración que este Poder de los Estados no era el único órgano estatal que tendría la facultad de administrar justicia, teniendo también presente, la naturaleza de las resoluciones de los Tribunales Constitucionales, Tribunales Electorales, y jurisdicciones especiales.

Al respecto, la autora Serrano Guzmán señala que “el control de convencionalidad debe ser parte del diario ejercicio del Poder Público. La razón de ser de esta afirmación es que todas las autoridades estatales de los diferentes poderes y jerarquías pueden comprometer la responsabilidad internacional de un Estado parte en la Convención Americana, si no ajustan el ejercicio de sus funciones a las previsiones de dicho instrumento.

De esta manera, las autoridades estatales deben ejercer un permanente control de convencionalidad para asegurar que su actuar no está desconociendo ninguna obligación asumida por el Estado del cual hacen parte. Además, para aquellas autoridades que en su rol de superior jerárquico deben supervisar el actuar de otros funcionarios estatales o para aquellas autoridades que tienen funciones disciplinarias atribuidas, es importante que el ejercicio de tales competencias constitucionales o legales también realicen un control de convencionalidad del actuar de otros funcionarios. Desde esta perspectiva, el ejercicio del control de

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman Vs. Uruguay del 24 De febrero De 2011, fundamento 193.

convencionalidad por parte de las autoridades nacionales tiene una importante función preventiva de violaciones de derechos humanos”¹⁴.

Es por esta razón que se precisa, a través de este caso, el deber de aplicar el control de convencionalidad por parte de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en clara alusión a los demás órganos indicados en el párrafo anterior que ejercen, también, funciones de administración de justicia dentro de los Estados.

1.4. EXTENSIÓN A OTROS TRATADOS INTERNACIONALES:

Es importante tener en cuenta que la CADH y su interpretación por parte de la CIDH no constituye el único parámetro de convencionalidad para que los órganos con facultades de administración de justicia de los Estados realicen este control, sino que, además de ellas, se deberá tener en cuenta OTROS TRATADOS INTERNACIONALES de los que el Estado es parte o ha ratificado, siendo que todos ellos complementan a la Convención Americana y por tanto el control que se haga de ellos también constituirá Control de Convencionalidad. Ello lo ha manifestado la propia corte, de la siguiente manera:

*“Asimismo, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que, cuando un Estado es parte de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Belém do Pará, dichos tratados obligan a todos sus órganos, incluido el poder judicial, cuyos miembros deben velar por que los efectos de las disposiciones de dichos tratados no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, como el ministerio público, **deben tener en cuenta no solamente la Convención Americana y demás instrumentos interamericanos, sino también la interpretación que de estos ha hecho la Corte Interamericana**”¹⁵. (Sombreado propio).*

¹⁴ Silvia Serrano Guzmán, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 1ra Edición. (México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013).

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala del 20 de noviembre del 2012, fundamento 330.

Estos otros tratados o instrumentos interamericanos son, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, entre otros.

Por lo que, a partir de la jurisprudencia analizada en este primer punto, conviene pertinente esbozar las características más importantes del Control de Convencionalidad a efecto de proseguir con el desarrollo del presente trabajo.

2. CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO INVENCIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

Será, entonces, a partir de los casos emblemáticos citados en el punto anterior y la amplia doctrina que se ha venido formando con el paso de los años, que se pueden desprender ciertas características (y las más importantes) con relación a este control de convencionalidad. Es así como la propia institución de la Corte Interamericana, a través de su principal instrumento de transmisión de conocimiento sobre su jurisprudencia de ha señalado lo siguiente:

*“La evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH nos muestra que la figura del **control de convencionalidad**, como herramienta eficaz para el cumplimiento de las obligaciones del Estado, tiene como principales características:*

- i) **Consiste en verificar la compatibilidad de las normas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;***
- ii) **Debe ser realizado de oficio por toda autoridad pública.***
- iii) **Su ejercicio se realiza en el ámbito de competencias de cada autoridad. Por tanto, su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH.***
- iv) **La obligación que está siempre presente tras el control de convencionalidad es la de realizar un ejercicio hermenéutico que haga compatibles las obligaciones del Estado con sus normas internas.***
- v) **Es baremo de convencionalidad la normativa internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto contenciosa como consultiva.***
- vi) **La obligatoriedad de realizar el control deriva de los principios del derecho internacional público y de las propias obligaciones internacionales del Estado asumidas al momento de hacerse parte***

*de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*¹⁶.
(Sombreado propio).

Se trata, entonces, de un juicio de compatibilidad que las entidades de un Estado (entiéndase autoridad pública con capacidad de Administrar Justicia), en el ejercicio de sus competencias, realizan de su propia normativa y prácticas legislativas internas con el contenido expreso de la Convención Americana de Derechos Humanos, pero no únicamente éste, sino otros tratados internacionales los cuales el Estado ha ratificado. Así también, al ser la Corte Interamericana el máximo intérprete de este tratado, también abarcará este juicio a su jurisprudencia formada en cada caso sometido a su jurisdicción para alcanzar una decisión o sentencia (proceso contencioso), pero no únicamente de ésta naturaleza, sino también, en la labor consultiva que también tiene este órgano, obligación que debe hacerse de oficio bajo los principios de derecho internacional público y obligaciones contraídas al momento de la ratificación del tratado por parte del Estado miembro.

Todo lo manifestado hasta este punto no podría entenderse si no realizamos algunas precisiones con relación a cómo funciona el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, sistema dentro del cual nace la figura del Control de Convencionalidad, como creación de uno de los órganos de este sistema, encargado de administrar justicia a nivel interamericano: La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

A partir de la referencia de que “El derecho internacional de los derechos humanos, al ser una rama del derecho internacional público, no resultó ajeno al proceso de codificación tanto a nivel internacional como regional. Tras el término de la Segunda Guerra Mundial, los Estados estaban determinados a dignificar a la persona humana, a brindarle la protección internacional que fuera necesaria. En este cometido, las organizaciones internacionales y regionales jugaron un papel fundamental en el proceso de creación normativa”¹⁷ es como, a nivel internacional, este sistema se implementó con la Organización de las Naciones Unidas (ONU), estableciendo prioridad en la regulación de disposiciones en materia de derechos humanos. En este contexto, la Carta de las Naciones Unidas, que incluye por primera vez la terminología de “Derechos

¹⁶Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 7: Control de Convencionalidad, 2019, en:

<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf> (consultada el 10 de febrero del 2020).

¹⁷ Bruno Simma, “International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis”. En *Collected Courses of the Academy of European Law Vol IV*, coordinado por European University Institute, (Zuidpooslingel: Kluwer Law International, 1993), 153-236.

Humanos” señala en su artículo 55º, que es el más importante en este ámbito pues establece que la Organización debe promover: “(c) *el respeto universal por, y la observancia de, los derechos humanos y las libertades para todos sin discriminación alguna por motivos de raza, sexo, idioma o religión*”. El artículo 56º establece que: “*Todos los miembros se comprometen a emprender acciones de forma conjunta o separada en cooperación con la Organización para el logro de los propósitos establecidos en el artículo 55*”.

No obstante, es interesante destacar una peculiaridad de este sistema interamericano, en comparación con el sistema universal de protección de derechos humanos, y es como lo señala la profesora Florabel Quispe, en el sentido que “los Estados del continente americano reconocen los derechos humanos casi de forma paralela a los Estados en el ámbito universal, a mediados del siglo XX. Es más, el primer instrumento en el que se reconocen y determinan los derechos humanos, es la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre aprobada en junio de 1948, meses antes a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de diciembre de 1948”¹⁸. Constituyendo el primer hito por el cual se inicia con la construcción de un sistema de protección de los derechos humanos en la región. Y, justamente a nivel de esta región interamericana, la Organización de Estados Americanos (OEA) hizo lo propio en materia de codificación de disposiciones sobre Derechos Humanos. Es así que nació la Convención Americana de Derechos Humanos, que representa la culminación de un proceso en el continente americano en el reconocimiento de los Derechos Humanos, que inició al término de la Segunda Guerra Mundial, pues en el mes de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica los delegados de los Estados Miembros de la OEA redactaron la CADH, la cual entró en vigor el 18 de julio de 1978. Para efectos de mayor comprensión, dicha Convención estableció dos órganos competentes para conocer de las violaciones a los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (como ya se manifestó, el supremo intérprete de la Convención Americana). La Corte, conoce de los casos en que se alegue que uno de los Estados que ratificaron la Convención Americana ha violado un derecho o libertad protegidos por ésta, siendo necesario que se hayan utilizado los procedimientos que la propia Convención prevé, tales como el previo agotamiento de los instrumentos internos, hecho que refleja la naturaleza subsidiaria de este sistema de protección a nivel internacional interamericano, como y se ha dicho a lo largo del presente capítulo, fue este el órgano creador de la figura del Control de Convencionalidad.

¹⁸ Florabel Quispe Remón, “La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano: su evolución y una visión actual”, *Anuario Español de Derecho Internacional* vol. 32 (2016) 225-258.

3.1. SUPREMACÍA DE LA CONVENCION Y SU INTERPRETACION POR ENCIMA DEL DERECHO INTERNO:

Al ser la CIDH el órgano facultado para interpretar y aplicar los instrumentos internacionales que le confieren competencia (supremo interprete de la CADH), sus decisiones u opiniones tienen un alto valor para la interpretación de las obligaciones de los Estados en el continente americano. Con el objetivo de dar plena eficacia a los derechos humanos a nivel de Latinoamérica, la Corte elaboró esta doctrina anteriormente explicada del control de convencionalidad, como un “potente instrumento para el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos”¹⁹. De acuerdo con este órgano, esta doctrina tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el derecho internacional; los Estados deben cumplir las obligaciones asumidas sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno, lo cual, además, da pie a entender este mecanismo con base en una supremacía de la Convención, tratados y su interpretación por encima del derecho interno.

¹⁹ Néstor Sagüés, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En *Estudios Constitucionales*, editado por Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca. (Talca: Universidad de Talca, 2010), 117-136.

CAPÍTULO 2: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SENO DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE Estrasburgo

Luego de realizar el análisis respecto al Control de Convencionalidad desde el punto de vista del sistema del cual emergió (Sistema Interamericano de Derechos Humanos), corresponde, ahora, su análisis desde un enfoque comparativo en el otro sistema de protección de derechos humanos preponderante a nivel internacional, nos referimos al Sistema de Protección de Derechos Humanos en Europa, teniendo como base la jurisprudencia y doctrina de uno de los Tribunales más importantes de Europa en lo que a derechos humanos se refiere, el Tribunal de Estrasburgo (TEDH), que si bien tiene características diferentes, ámbito de aplicación y naturaleza distinta a su “homólogo” el Tribunal de Luxemburgo (TJUE) ,del cual se abordará en el siguiente capítulo. Ambos comparten la calidad de garantes y protectores de los derechos humanos en el continente europeo, analizando la posibilidad de aplicación de esta figura del Control de Convencionalidad nacida en el continente americano, o la existencia de brotes verdes para su aplicación como tal en el ámbito de la justicia internacional europea de los derechos humanos.

2.1. SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS:

2.1.1. CONSEJO DE EUROPA, CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNAL DE ESTRASBURGO:

A) CONSEJO DE EUROPA:

Tal como se precisó en el capítulo anterior, producto de la Segunda Guerra Mundial los estados tuvieron que tomar cartas en el asunto a fin de proteger los derechos fundamentales de las personas para evitar todo lo ocurrido durante este oscuro evento que tiñó de sangre la historia. En ese sentido y, sobre todo, el continente europeo debía crear algún mecanismo de prevención y protección al ser donde se produjeron aquellos eventos lamentables, por lo que se creó el Consejo de Europa, siendo la primera organización internacional de carácter regional europeo creada en 1949 mediante el Tratado de Londres del 05 de mayo del mencionado año.

Esta organización del Consejo de Europa se cimenta en tres pilares fundamentales: la democracia parlamentaria, el Estado de derecho y la protección de los derechos humanos. En ese sentido, el Consejo de Europa es la organización de derechos humanos más importante en el continente, el cual está integrado por 47 estados miembros, 27 de los cuales son también miembros de la Unión Europea. Todos estos estados miembros han firmado la Convención Europea de Derechos Humanos, un tratado para la protección de los derechos humanos, democracia y estado de derecho, los tres pilares, tratado que constituye el instrumento fundamental en el ámbito del Consejo

de Europa, (además de sus protocolos), cuyo cumplimiento deberá ser garantizado por los Estados Miembros. Y es en el ámbito de este cumplimiento donde el Tribunal de Estrasburgo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) entra a tallar, con el fin de supervisar la implementación y cumplimiento de la CEDH en el ámbito de los estados miembros.

Tal como lo indica el propio Consejo de Europa en su página oficial:

“The Council of Europe advocates freedom of expression and of the media, freedom of assembly, equality, and the protection of minorities. It has launched campaigns on issues such as child protection, online hate speech, and the rights of the Roma, Europe's largest minority. The Council of Europe helps member states fight corruption and terrorism and undertake necessary judicial reforms. Its group of constitutional experts, known as the Venice Commission, offers legal advice to countries throughout the world”²⁰.

Ello en salvaguarda de los tres pilares que lo componen, por lo que el art. 1 de su propio Estatuto, señala como objetivo de la organización, “la realización de una unión más estrecha entre sus miembros y la promoción de los ideales y de los principios que son su patrimonio común” literal a), Siendo que “dicho objetivo se perseguirá a través de los órganos del Consejo mediante, la salvaguardia y mayor efectividad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” literal b), y “no debe alterar su contribución a la obra de las Naciones Unidas y de las demás organizaciones o uniones internacionales de las que sean parte” literal c).

Es necesario indicar que el principio del respeto a los derechos humanos ya había sido establecido anteriormente por la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero las características de estos dentro del Convenio Europeo y el Consejo de Europa son diferentes. Es así que, como lo indica el profesor Luis Ignacio Ortega: “los países occidentales habían experimentado, de un modo u otro las funestas consecuencias de la implantación de regímenes dictatoriales en Italia y Alemania. Muchos de los líderes europeos de la segunda postguerra habían incluso participado en la resistencia o habían sufrido duras condenas de prisión. De aquí que se afirmase la necesidad de implantar un sistema que garantizase la

²⁰ Página Web Oficial del Consejo de Europa en <https://www.coe.int/en/web/about-us/values>, (consultada el 12 de febrero del 2020). Y cuya traducción indica lo siguiente: ‘El Consejo de Europa aboga por la libertad de expresión y de los medios de comunicación, la libertad de reunión, la igualdad y la protección de las minorías. Ha lanzado campañas sobre temas como la protección infantil, el discurso de odio en línea y los derechos de los romaníes, la minoría más grande de Europa. El Consejo de Europa ayuda a los Estados miembros a combatir la corrupción y el terrorismo y emprender las reformas judiciales necesarias. Su grupo de expertos constitucionales, conocido como la Comisión de Venecia, ofrece asesoramiento legal a países de todo el mundo’.

imposibilidad de que pudiesen volver a instalarse gobiernos dictatoriales. Para ello se pensó en la creación de un sistema que garantizase la plena vigencia de los derechos y libertades democráticas y que fuese capaz de detectar en sus primeros pasos los posibles intentos de suprimir -incluso gradualmente- tales derechos y libertades para permitir una respuesta a nivel internacional”²¹, y continua señalando en relación al Consejo de Europa, cuyo contexto de creación coincide con la atmósfera de la Guerra Fría, que “el mismo Consejo de Europa va a exigir a sus miembros el respeto de los derechos y libertades fundamentales no como un mero objetivo a perseguir, sino como un requisito para poder pertenecer al mismo, tanto que, en consecuencia, la violación de los mismos acarrea la suspensión o la expulsión de los miembros. Más específicamente el Convenio va a establecer un sistema para garantizar que los ordenamientos jurídicos de los Estados contrastantes recojan una tabla de derechos, cuya violación puede ser denunciada ante un Tribunal, tanto por los demás Estados contratantes como por los ciudadanos que sufran dicha violación”²².

He ahí la importancia del Consejo de Europa y del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, que a continuación se analizará:

B) CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES - CEDH:

Con fecha 04 de noviembre de 1950 (al año siguiente a la firma del Tratado de Londres a partir del cual se crea el Consejo de Europa) se elabora y firma el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que contiene una serie de Derechos civiles y políticos (puesto que los derechos económicos, sociales y culturales han sido regulados en la Carta Social Europea), en el cual, por ejemplo, se regula el derecho a la vida, el derecho a la prohibición de la tortura, tratos inhumanos, esclavitud y del trabajo forzoso, derecho a la libertad y seguridad, derecho a un proceso equitativo, respeto a la vida privada y familiar, libertad de pensamiento, conciencia y religión, derecho a la libertad de expresión, libertad de reunión y asociación, derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, derecho a la prohibición de discriminación.

De acuerdo con el profesor Luis Ignacio Ortega, “lo más relevante a este propósito lo ofrece ya el primer artículo del Convenio, en base al cual los

²¹ Enrique Linde, Luis Ignacio Ortega, y Miguel Sánchez Morón, *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos – Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. 2da Edición. (Madrid, Edit. Civitas S.A., 1983), 62.

²² *Íbid.*

Estados que se adhieran a la misma deben otorgar los derechos y libertades en ella contenidos a toda persona dependiente de su jurisdicción. Hay que subrayar, pues que los destinatarios de tales derechos son tanto los nacionales de un Estado como los extranjeros que se encuentran en el mismo, lo cual otorga a estos últimos una precisa garantía frente al ejercicio de las potestades de policía de cada Estado”²³.

Asimismo, el propio CEDH estableció el organismo encargado de velar por su cumplimiento, como mecanismo de protección internacional de los derechos humanos, este es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el cual se hará cargo del trámite de las demandas de carácter individual y estatal en contra de otro(s) Estado(s) que hayan vulnerado algún derecho establecido en el CEDH y de sus diversos protocolos.

Si bien como se mencionó anteriormente, la Carta Social Europea no prevé un mecanismo de control jurisdiccional para hacer frente a alguna vulneración de este instrumento por parte de algún Estado que la haya ratificado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desde su sentencia en el caso Airey, de 9 de octubre de 1979, se reconoce que, “aunque lo que el Convenio declara son, esencialmente, derechos civiles y políticos, esto no impide que muchos de ellos tengan implicaciones de naturaleza social o económica; y por tanto el Tribunal -como la Comisión- considera que el mero hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse hasta la esfera de los derechos sociales y económicos no debe ser un factor decisivo contra tal interpretación, puesto que esa esfera y el área cubierta por el Convenio no están separadas como compartimentos estancos.”²⁴ Y ello porque “el Convenio no está destinado a garantizar derechos teóricos o ilusorios, sino prácticos y efectivos”²⁵.

Por lo tanto, tanto los derechos y libertades regulados por el Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus protocolos, como los derechos regulados por la Carta Social Europea tienen a bien su cumplimiento, supervisión y control por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

C) TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

Tal como se sabe, el TEDH ha sido creado con la entrada en vigor del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales en 1953, este órgano ha sufrido una transición a partir del

²³ *Ibidem*, p.69.

²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso Airey del 09 de octubre de 1979, fundamento 26.

²⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso Airey del 09 de octubre de 1979, fundamento 24.

protocolo N.º 11, puesto que anteriormente a la entrada en vigor del mencionado protocolo, si bien existía al igual que ahora, este órgano tenía algunas características diferentes a las que mantiene hoy, ello debido también, a la previa existencia de otros órganos de control instituidos por el CEDH que en la actualidad se extinguieron (como la comisión europea de derechos humanos). Está compuesto por 47 jueces, uno por cada país miembro, no obstante, hubo algunas voces “proponiendo la instauración de un órgano de composición restringida, como, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, finalmente se optó por este sistema que parece más acorde con las necesidades de un sistema de garantía que trata con 44 ordenamientos jurídicos distintos que debe conocer”²⁶ (ahora 47).

En ese sentido, el Protocolo 11º del CEDH, en el año 1998 llevó consigo a la modificación más importante del sistema de control establecido por la CEDH, estableciendo un nuevo Tribunal con actuación permanente en Estrasburgo, el cual “tiene jurisdicción obligatoria en todos los asuntos que se refieran a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos, incluyendo las demandas individuales e interestatales, tal como se prevé en los artículos 33 y 34 del Convenio en su redacción modificada. Esta jurisdicción obligatoria es también exclusiva, puesto que el Comité de Ministros se limita a seguir la ejecución de las sentencias perdiendo su capacidad de decisión en los casos examinados por la Comisión y que no eran enviados al Tribunal como ocurría en el sistema anterior”²⁷. Por lo tanto, el órgano encargado de velar por el cumplimiento del CEDH y de sus protocolos es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Otro punto para tomar en cuenta en relación con el TEDH es que “más allá de su vinculación geográfica, no tiene nada ver con las instituciones de la Unión europea. Se trata de un órgano jurisdiccional internacional que analiza y ampara, en su caso, las presuntas violaciones de derechos humanos y civiles. No actúa de oficio sino a instancia de parte”²⁸. Como se tocará en su momento, la Unión Europea es un organismo internacional de Integración, lo que en el marco del Consejo de Europa no puede darse, en vista de su naturaleza cooperativista, no integracionista, por lo que es importante tener en cuenta que el Consejo de Europa y su Tribunal (TEDH) no se encuentra vinculado con la Unión Europea (Mas allá del espacio

²⁶ Ángel Sánchez Legido, *La Reforma Del Mecanismo De Protección Del Convenio Europeo De Derechos Humanos*. 1ra Edición. (Madrid, Colex, 1995).

²⁷ Julia Ruiloba Alvaríño, “El Tribunal Europeo De Derechos Humanos: Organización y Funcionamiento”, *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica N° 1*. (2006) 1-14: <https://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/AEPI%201%20Julia%20Ruiloba.pdf> (consultada el 15 de febrero del 2020).

²⁸ Mikel Urrutikoetxea Barrutia, *Tribunal Europeo De Derechos Humanos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).

geográfico que comparten y la observancia de la UE del Convenio Europeo de Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales).

2.2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD POR EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO O TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS:

Antes de pasar de lleno al análisis de si el TEDH hace alguna alusión al uso del Control de Convencionalidad por parte de los Estados sometidos a la jurisdicción de este tribunal, es importante analizar los principales instrumentos utilizados por el Sistema Europeo de Derechos Humanos para la garantía y protección de esta clase de derechos.

2.2.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Y CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES:

A través del presente punto, analizaremos si los elementos conformantes del Control de Convencionalidad interamericano dan señales de algún brote verde dentro del Sistema Europeo de Derechos Humanos, en específico, dentro de la labor y jurisprudencia del TEDH.

Hemos indicado que el principal instrumento en el marco del Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos es el CEDH, siendo que ésta creó el mecanismo de control de este instrumento que lo instituyó como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En ese sentido, debemos empezar señalando que, al igual que la mayoría de los documentos legales nacionales e internacionales reguladores de derechos y libertades que cuentan con una parte introductoria, una suerte de exposición de motivos del texto normativo, esta característica no es ajena al CEDH. Ante ello, es preciso indicar lo que expresamente se señala en su párrafo quinto:

“Roma, 4.XI.1950

(...) en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados por un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de primacía del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal; (...)”²⁹.

Se puede extraer dos situaciones: Primero que la idea del Convenio surge como un ideal de respeto a la libertad y demás derechos humanos por parte de los Gobiernos Europeos, que no estuvo presente en el continente y que dicha inexistencia condujo a los catastróficos eventos bélicos y vulneratorios

²⁹ Párrafo quinto del Preámbulo del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Roma, 1950.

de estos derechos, y segundo, que tiene como principal fuente los derechos regulados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 de las Naciones Unidas.

En este orden de ideas, lo expresado en el párrafo anterior nos conlleva, también al Preámbulo de esta Declaración Universal de Derechos Humanos, en su párrafo final:

“La Asamblea General

Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”³⁰.

En este último párrafo de la norma cúspide que regula los derechos humanos en el mundo se establece el DEBER de respeto de los derechos y libertades reguladas en dicho texto, el DEBER de asegurar, mediante diversas medidas, su RECONOCIMIENTO Y APLICACIÓN EFECTIVA por parte de los Estados miembros.

Por lo tanto, dicho deber u obligación impuesta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que constituye la base normativa del CEDH, se traslada también, a este último, tal como lo establecen los Preámbulos de los instrumentos mencionados y por lo tanto ejerce vinculatoriedad a los Estados que hayan ratificado la Convención o Convenio, vinculatoriedad, entendida a todo el poder público de los Estados.

Es necesario indicar que, al adoptarse primigeniamente la Declaración Universal, no se le dio el carácter obligatorio que requería, actualmente su naturaleza es distinta. Sobre esto, varios autores elaboran una doctrina, por ejemplo, como señala Vasak: “Siendo originariamente una fuente de inspiración y base de normas universales y regionales para la protección de los derechos humanos, la Declaración Universal, al cabo de los años, cambió su carácter para convertirse en fuente de derecho”³¹. De la misma manera, O'donnell señala que: “[...] las grandes Declaraciones de 1948, aunque no fueron consideradas vinculantes en la época de su promulgación, han adquirido ese carácter con el correr de los años, porque los Estados,

³⁰ Párrafo final del Preámbulo de la Declaración Universal de las Naciones Unidas. 1948.

³¹ Karel Vasak, "Le Droit International des Droits de L'homme", *RCADI T.140 IV*, (1974): 333-415.

paulatinamente han pasado a atribuirles esa calidad”³². Esto llevó, quizá, al siguiente motivo, como lo indica Gros: “puede derivarse de considerar a la Declaración Universal como una expresión de la costumbre internacional en la materia, o como una interpretación de la Carta a la que la Comunidad Internacional atribuyó reiteradamente fuerza vinculante, o como expresión de unos principios generales que, por su naturaleza fundamental, poseen en sí mismos ese carácter”³³.

De lo que podemos concluir, en este punto, que tanto la Declaración Universal de Derechos y el CEDH, que es producto del primero, en la actualidad tienen fuerza vinculante sobre los Estados que hayan ratificado cada uno de ellos, (que, en el marco de Europa, todos los miembros del Consejo de Europa, cuyo principal instrumento normativo es el Convenio Europeo, al ser también, todos ellos, miembros de las Naciones Unidas, les vincula, por tanto, la Declaración Universal de Derechos Humanos).

2.2.2. OBLIGACIÓN DE CUMPLIMIENTO DEL CEDH POR LOS ESTADOS MIEMBROS:

Tal como los preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del CEDH respectivamente resultan de vital importancia para la realización de la presente investigación, el artículo primero de la Convención despliega la misma importancia, señalando expresamente que:

*“Artículo 1.- Obligación de respetar los derechos humanos:
Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”*³⁴.

De la mayoría de los textos que se avocan al estudio o análisis del CEDH se puede encontrar que este artículo 1º queda relegado y se omite su análisis, como si fuera menos importante que los derechos que regula este Convenio, y sobre los que la doctrina europea sí ha escrito abundantemente. No obstante, no puede ser únicamente casualidad que se encuentre a la vanguardia de todo el instrumento normativo del Convenio Europeo (antes que los mismos derechos que se encuentran regulados en esta), ni porque haya surgido de la mera ocurrencia de quienes redactaron este Convenio en Roma en el año de 1950.

³² Daniel O’Donnell,, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. 1ra Edición. (Lima: Comisión Andina de Juristas, 1989),16.

³³ Héctor Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*. 1ra Edición. (Madrid: Civitas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988), 31.

³⁴ Artículo 1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Convenio de Roma.

Lo que sí es certero, es que la regulación de este artículo primero marcará el punto de partida para el meollo de la presente investigación, pues implica ni más ni menos que la OBLIGACIÓN, por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa sujetos, por consiguiente, a la regulación del CEDH y sus protocolos adicionales, y por tanto, sujetos, también, a la jurisdicción del TEDH, como mecanismo de control de este instrumento normativo.

De forma similar interpreta el presente artículo el propio TEDH, en su sentencia en el caso *Ilascu and Others vs. Moldova and Russia* del 8 de Julio de 2004, en donde, a partir de su fundamento 311 explica lo que implica el primer artículo de la Convención:

“311. Del artículo 1 se desprende que los Estados miembros deben responder por cualquier violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención cometidos contra las personas sometidas a su ‘jurisdicción’. El ejercicio de la jurisdicción es una condición necesaria para que un Estado contratante pueda ser considerado responsable de actos u omisiones imputables a él que den lugar a una denuncia de violación de los derechos y libertades establecidos en la Convención (...). 312. (...). Desde el punto de vista del derecho internacional público, las palabras “dentro de su jurisdicción” en el Artículo 1 de la Convención deben entenderse que significan que la competencia jurisdiccional de un Estado es principalmente territorial (ver Banković y otros, citados anteriormente, § 59), pero también que se presume que la jurisdicción se ejerce normalmente en todo el territorio del Estado”³⁵.

En este sentido, el Convenio Europeo, debe ser de obligatorio cumplimiento para estos 48 Estados miembros del Consejo de Europa dentro de su jurisdicción, siempre que se cumplan las condiciones expresas en el mencionado artículo 1, con carácter vinculante, el cual lo hace el principal instrumento normativo que regulará las relaciones entre los Estados y los ciudadanos europeos en cuanto a materia de Derechos Humanos, en razón a su regulación sobre derechos humanos y frente a cuyo incumplimiento los Estados DEBEN responder.

2.2.3. RESPETO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES CONTENIDOS EN EL CEDH:

Por una parte, “la obligación de respeto consiste en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una

³⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la sentencia del caso “*Ilascu and Others vs. Moldova and Russia*”, del 8 de Julio de 2004, signada con número de solicitud n° 48787/99. Fundamentos 311 y 312.

prestación”³⁶. Y esta obligación es mencionada expresamente por el artículo primero del CEDH. Podemos tomar la definición de respeto que realiza Gros, entendido como “la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”³⁷. Resáltese la frase “acciones u omisiones”, y en referencia a esta segunda palabra, significa que el Estado miembro del Consejo de Europa tiene una obligación de hacer, a fin de respetar los derechos regulados en el Convenio, para lo cual, se encuentra implícita la “garantía” por parte de los Estados miembros de proteger estos derechos regulados en el instrumento normativo aludido.

Si bien, dentro del artículo 1 la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos regulados en el CEDH no se encuentra expresamente contenido en el artículo 1º conjuntamente con el respeto, es verdad que a lo largo de la regulación de los artículos del CEDH, se advierte esta obligación de garantía de los derechos del CEDH (véase en los artículos 35, 37). Asimismo, el Protocolo adicional al CEDH, por el que se regulan derechos adicionales a los contenidos ya en el Convenio principal, en su parte preliminar menciona la obligación de **asegurar la garantía colectiva de derechos y libertades**³⁸. (Sombreado propio).

Citando nuevamente a Gros, este deber de garantía implica “el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica”³⁹. He ahí la importancia de esta obligación, por lo que no únicamente es suficiente una regulación sobre el cumplimiento de los derechos contenidos en el CEDH, sino que es imprescindible la existencia de una conducta gubernamental que procure, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Pese a no encontrarse regulado en el artículo 1º del CEDH junto a la obligación de respeto, la obligación de garantía de los derechos se encuentra prevista dentro de este instrumento de forma difuminada y es aquí donde encontramos la primera gran similitud o equiparación, partiendo de la regulación base como es el artículo 1, tanto del CEDH, como de la CADH,

³⁶ Claudio Nash Rojas, *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos*. 1ra Edición. (México DF, Porrúa, 2009), 30.

³⁷ Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. 1ra Edición. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991), 65.

³⁸ Preámbulo del Protocolo adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales París, 1952

³⁹ Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea...* Op. Cit. Pág.65- 66.

recordando que este último, en su artículo 1º lo expresa de la siguiente manera:

“Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”⁴⁰.

Por lo tanto, ambos instrumentos regionales fundamentales, tanto en el continente europeo como en el americano respectivamente, contienen en su artículo 1º la obligación de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos contenidos en cada uno de ellos, siendo objeto de control del cumplimiento de esta obligación, o por su contraparte, la existencia de vulneración de alguno de estos derechos contenidos en estos, por un Tribunal especializado: El TEDH (Tribunal de Estrasburgo) para el control del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y la CIDH (Corte de San José de Costa Rica), para el control de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2.2.4. FUERZA OBLIGATORIA Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EN EL CEDH.

Para poder analizar la existencia (o no) de una suerte de control de convencionalidad (importada de la jurisprudencia del sistema americano de derechos humanos) en el sistema europeo, es importante tomar en cuenta el contenido de otro artículo fundamental en relación a los efectos de las decisiones del Tribunal Europeo, este es el artículo 46º del CEDH, sobre la fuerza obligatoria y la ejecución de las sentencias que expresamente señala lo siguiente:

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

2. La sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.

(...).

5. Si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el Tribunal concluya que no se

⁴⁰ Artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, (Pacto de San José de Costa Rica), del 22 de noviembre del 1969.

ha producido violación alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto”⁴¹.

En ese sentido, al menos como lo expresa el propio instrumento normativo citado, parece que lo decidido o resuelto por el TEDH es únicamente vinculante para aquellos Estados parte del litigio que desembocó en aquella decisión del Tribunal. Pero esto no para nada diferente a lo que establece la CADH, pues cabe recordar que en su artículo 68º, donde se establece expresamente lo siguiente:

“1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”⁴².

Por lo que puede decirse, que, al igual que el CEDH, el instrumento normativo regional americano (CADH) establece dentro de su contenido, el deber de los Estados partes en un litigio, que desembocó en una decisión por parte de la CIDH, de cumplir de manera obligatoria lo decidido por este órgano jurisdiccional.

Por lo que, en cuanto la eficacia y vinculatoriedad de los demás Estados (no partes en un litigio) a las decisiones de la CIDH, como actualmente se ve en la práctica, no necesariamente estará regulado de forma expresa en el contenido del Tratado, Convenio o Convención, sino, (como la gran mayoría de figuras del derecho internacional), ha tenido que ser creado por el principal órgano intérprete del tratado, que en este caso es la propia Corte Interamericana (Caso Almonacid Arellano v.s. Chile). Es por ello, que debemos ahondar en la jurisprudencia de ambas Cortes a fin de determinar sus semejanzas.

Esta fuerza vinculante de las decisiones del TEDH se vio reforzada mediante la Jurisprudencia del Tribunal Europeo, y es una pieza fundamental para poder establecer o no la existencia de Control de Convencionalidad dentro del Sistema Europeo de Derechos Humanos.

⁴¹ Artículo 46º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Roma, 1950.

⁴² Artículo 68º de la Convención Americana de Derechos Humanos, San José, 1969.

2.2.5. LA FUERZA OBLIGATORIA DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH Y LA COMPATIBILIDAD DE SU DERECHO INTERNO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH:

A partir del caso “Sławomir Musiał v. Polonia”, el Tribunal Europeo reafirma el carácter obligatorio que tienen sus decisiones, de tal manera que los Estados (partes) adopten las medidas adecuadas a fin de darle cumplimiento a estas. Así el propio tribunal, en el fundamento 116 del caso indicado, expresa lo siguiente:

“The Court reiterates that, in accordance with Article 46 of the Convention, a finding of a violation imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction under Article 41, but also to select, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects”⁴³.

En el presente caso, el Tribunal señala que en virtud del artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de determinarse una infracción o vulneración a los Derechos Humanos por parte de un Estado, ello implicará una obligación legal para este, no solo una de carácter patrimonial (si la hubiere), sino también (y sobre todo) una obligación legal de adoptar las medidas generales o individuales dentro del orden jurídico interno del Estado para poner fin a la violación encontrada por el Tribunal y así cumplir con la decisión.

Asimismo, a través del caso Broniowski v. Polonia, el TEDH complementa lo manifestado anteriormente en el análisis del caso anterior, pues señala lo siguiente:

“Subject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment”⁴⁴.

Lo que indica el extracto citado en este punto, es que cuando el TEDH emite una decisión a través de una sentencia que afecta a uno o varios de sus Estados miembros, bajo supervisión del Comité de Ministros (que es el órgano que se encarga de ejecutar las sentencias del Tribunal), el Estado demandado sigue

⁴³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso N° 28300/06 Sławomir Musiał v. Poland del 20 de enero del 2009, fundamento 116.

⁴⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso N° 31443/96 Broniowski v. Poland del 22 de junio del 2004, fundamento 192.

siendo libre de elegir los medios o mecanismos por los cuales cumplirá su obligación legal en virtud del artículo 46 del Convenio Europeo, siempre que dichos medios sean compatibles con las conclusiones establecidas en la sentencia del Tribunal (lo que también ha sido establecido mucho antes en la sentencia del caso N° 39221/98 -Caso Scozzari y Giunta contra Italia del 13 de julio de 2000).

En este orden de ideas, nos da un primer acercamiento a lo que se conoce dentro del sistema interamericano de protección de derechos humanos, como la compatibilidad del derecho interno con las disposiciones del Tratado (en este caso con el CEDH), así como con las interpretaciones que realice el Tribunal Europeo de este Tratado, lo que va adoptando la forma de la primera característica del Control de Convencionalidad, desarrollada en el primer capítulo, ello al establecer que el Estado infractor adopte las medidas necesarias dentro del derecho interno a fin de resarcir o mermar los efectos de esta infracción, es decir, está obligando al Estado a adoptar estas medidas en virtud de lo que el propio Tribunal establece en su sentencia, medidas que deberán ser tomadas por la autoridad pública competente; o como lo establece López, “los pronunciamientos finales del Tribunal de Estrasburgo deben considerarse definitivos, con fuerza vinculante y sin posibilidad de ser revisado por ulterior instancia. De esta forma, el TEDH declara que se ha vulnerado algún precepto del Convenio —efecto declarativo—, siendo el Estado en cuestión —parte del procedimiento—, el que debe acomodar su ordenamiento jurídico a la sentencia, con la finalidad de reparar la lesión causada”⁴⁵.

Existen críticas con relación a que, al no ser el mismo Tribunal quien se encargue de la ejecución de sus sentencias emitidas en Europa, sino el comité de ministros del Consejo de Europa, (lo que difiere del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos), se perdería esa dinamicidad que caracteriza al Sistema Interamericano en el cumplimiento de las decisiones de su Corte, no obstante, consideramos que ello no es así, puesto que se trata únicamente de distintos sujetos con funciones determinadas, pero la esencia de la obligatoriedad y vinculatoriedad de las decisiones del Tribunal no se pierde.

2.2.6. LAS SENTENCIAS PILOTO COMO PRESUPUESTO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL TEDH.

La técnica o procedimiento de las “sentencias piloto” que utiliza el TEDH tiene su raíz en el artículo 46.1 del CEDH, pero no únicamente en este, sino también en el artículo 19 sobre la obligación de los Estados de asegurar el respeto de

⁴⁵ Luis López Guerra, “El sistema europeo de protección de derechos humanos”. En *Protección multinivel de Derechos Humanos*, coordinado por G. R. B. Galindo, R. Urueña y A. Torres Pérez (Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013), 165-187.

los compromisos que deriven del CEDH, y en el artículo 1º sobre la obligación general de los Estados parte para el respeto de los derechos humanos.

Suele ser utilizado por el Tribunal “como medio para hacer frente a casos idénticos que derivan del mismo problema estructural subyacente”.⁴⁶ Esta técnica la lleva adoptando el Tribunal Europeo desde el año 2004, y su importancia radica en los efectos que esta produce en el seno de los Estados implicados, pues como menciona la profesora Abrisketa, “le obliga a adoptar leyes internas —medidas generales— que corrijan el problema estructural que, precisamente, origina la violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Justamente porque el Tribunal constata la existencia de un problema sistémico, suspende los procesos sobre casos idénticos (produciendo una especie de efecto dominó) y exige al Estado que adopte medidas generales”⁴⁷.

Esto quiere decir el Tribunal, a través de una decisión (calificada como sentencia piloto) obliga a un Estado a que adopte medidas, generalmente legales, dentro de su ordenamiento jurídico interno, lo que, en comparación con lo que ocurre en el sistema interamericano de derechos humanos, la CIDH a través de sus sentencias, también obliga a los Estados a adoptar medidas necesarias a fin de lograr la tan ansiada compatibilidad del derecho interno de los Estados con el contenido de la CADH, la jurisprudencia de la CIDH y demás tratados internacionales y regionales sobre derechos humanos.

Es importante hacer referencia a estas sentencias pilotos en este punto y la comparación en relación a los mismos efectos que producen las sentencias de la CIDH en los Estados, para adecuar la legislación interna a lo que establece la Corte o Tribunal, de tal forma que ambas sean armónicas y compatibles la una con la otra, que no es más que la principal característica que tiene el Control de Convencionalidad.

Retomando con el caso *Broniowski v. Poland* del 22 de junio del 2004 citado en el punto anterior, cabe indicar que, en este caso, por ejemplo el Tribunal de Estrasburgo utiliza esta técnica de las sentencias piloto por primera vez, litigio que radicaba principalmente a la vulneración al derecho a la propiedad del demandante polaco quien no fue indemnizado por el gobierno polaco por haber perdido sus bienes y cederlos a las repúblicas soviéticas de Ucrania, Bielorrusia y Lituania durante la Segunda Guerra Mundial, donde el Tribunal de Estrasburgo, en el año 2004 declaró la infracción al artículo 1 del Protocolo número 1 del CEDH, y que, a criterio de este tribunal, constituía un problema sistémico dentro del ordenamiento polaco para la indemnización de otras personas que se encontraban en la misma situación que el demandante (167

⁴⁶ Joana Abrisketa Uriarte, “Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador”, *Revista Española de Derecho Internacional* n.º 1 vol. LXV, (2013): 73-99.

⁴⁷ *Íbid.*

casos pendientes similares), por lo que la Gran Sala de Tribunal de Estrasburgo tuvo que emitir una sentencia piloto.

En esta sentencia piloto, el Tribunal recordó que las obligaciones jurídicas que deben ser cumplidas por el Estado, en virtud del artículo 46° del CEDH, no implica únicamente una obligación de conceder una satisfacción en el demandante, sino también que, conforme al principio de libertad de medios, adoptar las medidas generales e individuales para restablecer la situación a una vez iniciada la lesión y evitar su potencial aparición reiterativa. Por lo que, en esa sentencia piloto, el Tribunal estableció que para efectos de la sentencia el Estado de Polonia debía adoptar todas las medidas generales necesarias dentro de su ordenamiento jurídico interno que incluyan a todos los demandantes de los más de 167 casos existentes como litigios en el Tribunal. El Gobierno polaco, ante ello, emitió un proyecto de ley para hacer posible la compensación económica a los demás demandantes.

Finalmente, en relación a este punto, corresponde señalar que este tipo de sentencias piloto tienen una característica de ser utilizadas con el fin de aproximarse a aquellos países cuya vulneración al contenido del CEDH son más recurrentes y sirven, claramente, como instrumento para valorar las prioridades legislativas de los Estados, que también involucra la creación de nuevas instituciones o la supresión de antiguas dentro de la estructura orgánica del ordenamiento jurídico de un Estado.

Los Estados miembros están dispuestos a recibir estas obligaciones por parte del Tribunal de Estrasburgo, como así lo han manifestado en las Declaraciones de Interlaken, Izmir y Brighton, pues en este instrumento, “los Estados se muestran favorables a las sentencias piloto como una solución al colapso de casos. (...). De hecho, la misma Declaración de Interlaken provocó la inclusión de la Regla 61 relativa a las sentencias piloto en el Reglamento del Tribunal. Incluso se puede afirmar que el Tribunal, siendo más preciso a través de la sentencia piloto, acude en la ayuda del Comité de Ministros con este procedimiento y acelera la ejecución”⁴⁸.

2.3. FALLOS DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO CON MATICES DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Resulta innegable que el Tribunal de Estrasburgo, a lo largo de toda su existencia, haya realizado alguna interpretación dentro de su jurisprudencia que permita ver algunos atisbos del control de convencionalidad. Ello es reconocido por el autor Ruiz Morales, quien señala que, pese a algunas

⁴⁸ *Íbid.*

contrariedades, “ellas no fueron óbice para que el TEDH haya practicado y ensayado el control de convencionalidad”⁴⁹ .

Principalmente fue en dos casos ventilados en el Tribunal de Estrasburgo, demostrando ciertas características de lo que se podría llamar un control de convencionalidad, claramente, limitado en determinados aspectos pero que resultan pequeños brotes verdes para una potencial aplicación, en definitiva, de este control a nivel europeo.

A) CASO SILIADÍN vs. FRANCIA⁵⁰:

El caso, quizá más reciente de atisbos de control de convencionalidad en el sistema de protección de derechos fundamentales europeo, es, quizá este caso, y modo de llegar al meollo de este, es necesario conocer algunos hechos dentro del presente caso.

La demandante, una persona nacida en Francia, pero de origen togolesa, a la edad de 15 años empezó a “trabajar” en casa de diversas personas desde el año 1994, básicamente como mucama no remunerada, con constante hostilidad, hasta un punto en el que estas personas le retuvieron el pasaporte. Muy aparte de que trabajaba como mucama general para un señor y señora B, trabajaba 7 días a la semana, sin ningún día libre y alrededor de 15 horas diarias. Entre huidas y regresos de la casa donde se encontraba realizando su labor, no se le había regularizado su condición de migrante como se le había prometido, no le pagaban por la labor y tampoco la llevaron al colegio. Posteriormente, con ayuda de sus vecinos presentó una demanda ante la oficina del fiscal. Se allanó la casa donde trabajaba forzosamente y la pareja fue procesada por haber obligado a la demandante a realizar los servicios que prestaba desde julio de 1995 hasta julio de 1998, sin pago a cambio, aprovechándose de su vulnerabilidad, someterla a trabajar y vivir en condiciones no compatibles con la dignidad humana y haber dado trabajo a una extranjera que no tenía permiso para ello.

En este caso, se determinó la vulneración al artículo 4º del CEDH la cual expresa que: 1) ninguna persona debe ser sometida a la esclavitud o la servidumbre. 2) Ninguna persona debe ser exigida para que lleve a cabo trabajo forzado u obligatorio; pero también había que determinar, por parte del Tribunal, si la legislación impugnada (ley penal de Francia) y su aplicación en el presente caso, tuvo fallas significativas para ser equivalentes a un incumplimiento del artículo 4 el CEDH por parte del demandado,

⁴⁹ Manuel Ruiz-Morales, “El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 21, (2017), 129-160.

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con número de aplicación 73316/01, en el caso Siliadin v. France del 26 de julio del 2005.

Francia, pues únicamente se condenó a la pareja demandada a una sanción de carácter civil para efectos de resarcir el daño, mas no mediante la ley penal.

Siendo ello así, en relación al artículo 8 del CEDH, que establece lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

La Corte se pronuncia sobre varios puntos, como son los siguientes:

- a) Hace alusión, en el fundamento 85° de su sentencia al artículo 4 inciso 1 del Convenio Sobre Trabajo Forzado, adoptado por la OIT en 1930 y que ha ratificado Francia, el cual estipula que la autoridad competente no puede imponer o permitir la imposición del trabajo forzado ni obligatorio para el beneficio de individuos particulares, empresas o asociaciones privadas, así como a otros tratados internacionales que los Estados deben tener en cuenta en su regulación para con las diversas formas de trabajo forzado, como el Convenio Suplementario sobre la abolición de la Esclavitud, el Tráfico de Esclavos y las Instituciones y Practicas Similares a la Esclavitud.
- b) Por lo que la Corte considera que un cumplimiento restrictivo del artículo 4 del CEDH solo para la acción directa de las autoridades públicas sería inconsistente con los instrumentos internacionales involucrados en este asunto que lo hace ineficaz, por lo que los Estados tienen obligaciones positivas de adoptar disposiciones sobre leyes penales que castigan estas prácticas vulneratorias al artículo 4 del Convenio citado.
- c) Así como el CEDH, muchos otros convenios internacionales tienen como objeto la protección de los seres humanos de la esclavitud, servidumbre y el trabajo forzado u obligatorio.
- d) De esta forma, y en referencia al punto a), el Tribunal recuerda que este artículo 4 es tan importante que consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. En este artículo 4, señala, no hace provisiones sobre las excepciones y no se permiten derogaciones bajo el artículo 15.2 ni siquiera en una emergencia pública que amenace al Estado.
- e) Por tanto, las obligaciones positivas de un Estado a fin de combatir la vulneración al artículo 4 del CEDH requiere de un castigo o sanción eficaz de cualquier acto que obligue someter a una persona en la situación de

trabajo forzado. Por lo que se comprueba que la demandante, menor de edad, fue sometida a actos de trabajo forzado, esclavitud y servidumbre.

- f) Ahora, en relación a si la legislación impugnada (ley penal) y su aplicación tuvieron fallas significativas en el caso que se pone a la vista de tal modo que resulten siendo equivalentes a un incumplimiento del artículo 4 del CEDH, la Corte se manifiesta de la siguiente manera: Indica que es indispensable evitar todo tipo de casos sobre trabajo forzado, y que ello solo se podrá conseguir mediante disposiciones de la ley penal, y que ello se regula generalmente mediante dichas disposiciones.
- g) Precisa que, en el presente caso, la demandante, en la situación que se encontraba y la vulneración al artículo 4 del CEDH, no pudo ver a la pareja de responsables del delito condenados bajo una ley penal.
- h) Afirma que, en el presente caso, como el Fiscal no recurrió en apelación ante la segunda instancia la resolución del 19 de octubre del 200 de la cámara de apelaciones, la apelación a la Corte de Casación sólo se resolvió mediante aspectos civiles y patrimoniales, por lo que se absolvió a la pareja demandada. Agregando, además, que el Código Penal se prestaba a interpretaciones muy diversas de varias cortes.
- i) Por lo que, indirectamente era una llamada de la atención al Estado de Francia, pero también a sus fiscales y tribunales por no haber otorgado una protección practica y eficaz contra los actos a los que la demandante estuvo expuesta

Ante ello, podemos identificar algunos rasgos de control de convencionalidad en el presente caso: En primer lugar, debe existir, como rasgo principal de control de convencionalidad, compatibilidad entre los establecido en el CEDH y la legislación interna de los Estados. En este caso, el Tribunal de Estrasburgo, en varios de sus fundamentos ha hecho clara la referencia de que no ha existido esta compatibilidad, puesto que no se le aseguraba a la demandante una protección adecuada y eficaz que merece el artículo 4º del CEDH, en el sentido que, por problemas de interpretación de la legislación penal francesa, los diversos operadores de justicia franceses (fiscales y jueces de tribunales), los demandados no habrían recibido la sanción adecuada y merecida, es decir, la penal por los actos cometidos en contra de la dignidad de la demandante vulnerándose el artículo 4 del CEDH, y que, indirectamente, estaría haciendo prevalecer su interpretación en esta jurisprudencia, para que a futuro en casos similares prevalezca la interpretación dada por el TEDH en el caso Siliadín vs. Francia.

Asimismo, podemos identificar que esta suerte de “control de convencionalidad” en el presente caso también establece que dicha compatibilidad referida en líneas anteriores no únicamente debe expresarse entre la legislación interna de los Estados y el CEDH, sino también con otros tratados internacionales los cuales el Estado involucrado ha ratificado en su labor de protección de los derechos humanos, como en el presente caso, donde

son varios tratados sobre abolición sobre el trabajo forzado y esclavitud, que claramente no se han cumplido pese a que existía un deber por parte del Estado francés que lo vinculaban.

B) CASO X e Y VS. LOS PAÍSES BAJOS⁵¹:

Es importante, también, remitirnos a un caso mucho más antiguo, ya que es materia de influencia en lo resuelto en el caso anteriormente analizando, me refiero al caso X e Y contra los Países Bajos.

En el presente caso, Y es una menor con un problema de retraso mental, que se encontraba internada en una residencia, y que fue víctima de violación por parte del yerno de la directora de la mencionada residencia (B). En ese sentido, su padre, X, denunció este hecho ante las autoridades policiales holandesas y solicitó se inicien las acciones penales correspondientes en contra del violador. Sin embargo, la Fiscalía decide no iniciar acciones penales contra esta persona, por lo que se presentó un recurso la cual también fue desestimada por el Tribunal de apelación que la concurrencia de la violación se hacía dudosa y no podría aplicarse el artículo correspondiente de la ley penal holandesa por el hecho de existir, como requerimiento previo, una denuncia en nombre de la víctima si es menor de dieciséis años o bajo tutela o curatela, lo cual no se acomodaba la presente caso.

El demandante denunció la vulneración de los artículos 3 (tratamiento inhumano y degradante), artículo 8 (derecho al respeto de su vida privada, así como a su vida familiar) y los artículos 13 y 14, (sobre el derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional y la prohibición de discriminación respectivamente). El Tribunal de Estrasburgo analiza cada una de estas supuestas infracciones de manera separada, determinando que efectivamente hubo una vulneración al artículo 8.

En este orden de ideas, en el fundamento 28 de la sentencia del caso que nos ocupa, el Tribunal de Estrasburgo reconoce que, es cierto que el código penal holandés no contiene una disposición específica en ningún artículo del texto que sancione los ataques sexuales a los disminuidos psíquicos. No obstante, podrán iniciarse acciones penales, con o sin denuncia de la víctima, contra cualquiera que violara la integridad sexual de un disminuido psíquico, basándose en el artículo 239.2 del código penal holandés.

Asimismo, en el fundamento 29, el Tribunal de Estrasburgo señala que el Tribunal de Apelaciones de Arnhem (que resolvió desestimar el recurso de los demandantes por el no inicio de acciones por parte de la fiscalía) no ha sido capaz de colmar esta laguna existente en el artículo del código penal

⁵¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con número de aplicación 8978/80, en el caso X and Y vs. Netherlands del 26 de marzo de 1985.

analizado, mediante una interpretación extensiva en perjuicio del perpetrador del delito.

Finalmente, en el análisis del artículo 50 del CEDH, se hace referencia a la satisfacción equitativa, (actualmente en el artículo 41), cuyo texto expresamente dice lo siguiente: “Si la decisión del Tribunal declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte Contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio, y si el derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión del Tribunal concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada”, y tomando en cuenta el contenido de este artículo, haciendo hincapié en el daño causado a la víctima, no solo por B sino por el Estado de Holanda, señala que no cabe duda de que las autoridades holandesas son parcialmente responsables, dada la laguna legislativa que ha determinado la infracción del artículo 8, por lo que se determina una indemnización de daños y perjuicios a favor de la demandante.

Como se puede ver en este caso, claramente mucho más antiguo que en anteriormente analizado, el Tribunal de Estrasburgo ha utilizado nuevamente herramientas que lo acercan a un control de convencionalidad del sistema interamericano de protección de derechos humanos, siendo, por ejemplo, la determinación de que las autoridades públicas, en este caso la fiscalía y el tribunal de apelaciones holandés, no han sabido interpretar el contenido del artículo pertinente del Código Penal para iniciar las acciones en contra del sujeto que perpetró el delito materia del caso, utilizando, para ello, un artículo vigente actualmente en el artículo 41 (anteriormente artículo 50), por lo que, nos llevaría a interpretar que las autoridades públicas, en este caso, los tribunales y demás operadores de justicia (jueces y fiscales) deben aplicar o interpretar la legislación nacional o el derecho interno de acuerdo a los cánones o parámetros que establece el Tribunal.

Es importante indicar, también, que el mismo artículo 41 del CEDH contiene una relevancia importante en este tema, pues se traduce a más que una mera facultad del TEDH, esto es, que incluso puede constituir una puerta por la que podría ingresar la figura del control de convencionalidad de una forma mucho más precisa, teniendo en cuenta esa facultad del TEDH y que por tanto, los Estados parte tomen en cuenta su interpretación y las medidas de satisfacción que este último impone en salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos.

C) CASO AIREY VS. IRLANDA⁵²:

Remontándonos unos años antes a la sentencia del caso X and Y v. Países Bajos, tenemos otra sentencia que tiene algunos rasgos característicos de lo que llamamos “compatibilidad entre la normativa interna del Estado y la Convención y la jurisprudencia del Tribunal encargado de interpretar este instrumento”. Nos referimos a la sentencia del Caso Airey v. Irlanda.

Los hechos se enfocan principalmente en una señora irlandesa llamada Johanna Airey con domicilio en la provincia de Cork, Irlanda. En su demanda a la Comisión (órgano existente en aquel entonces), la demandante formulaba varias alegaciones en relación con un proceso judicial en contra de su marido. Argumentaba que además de ello, fue agredida por miembros de la policía y detenida de forma irregular en el año 1973. Alegaba que lo principal era que el Estado de Irlanda no había cumplido con su obligación de protección para con ella contra la crueldad física y mental de su marido, así como que no se procedió a su detención para tratarlo contra el alcoholismo, y tampoco el Estado se aseguró que esta persona cumpliera con su deber de manutención de forma regular para con ella. Finalmente, que no pudo obtener una separación judicial debido a lo que implicaba la iniciación de un proceso en cuanto a costes, lo que constituía un impedimento para ella. En este contexto alego principalmente la violación de los siguientes artículos del CEDH:

- El artículo 8, puesto que el Estado de Irlanda incumplió su obligación de asegurarle un proceso legal accesible con derechos y obligaciones establecidas en una ley que regule este tipo de litigios de carácter matrimonial y familiar,
- El artículo 13, puesto que la demandante habría sido privada de un recurso efectivo contra las violaciones alegadas que sea incoado ante una instancia nacional,
- El artículo 14 en combinación con el 6. 1, al poder acceder de manera mucho más fácil a un proceso de separación judicial quienes tienen la suficiente capacidad económica que demanda ese proceso que por aquellos que carecen de estos recursos.

En este sentido el Tribunal de Estrasburgo tiene varias observaciones dentro del presente caso, empezando, en primer lugar, por señalar que, de acuerdo a la interpretación del Tribunal, el CEDH debe ser interpretado a la luz de las condiciones de hoy en día haciendo alusión a la sentencia Marckx, y que, además, este instrumento fue concebido para la protección del individuo de una manera real y práctica. Entendiendo la palabra práctica a como deberían

⁵² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con número de aplicación 6289/73, en el caso Airey v. Irlanda del 09 de octubre de 1979.

actuar los tribunales en este tipo de pleitos. Siguiendo con su fundamentación, el Tribunal de Estrasburgo precisa que si bien el contenido de los derechos dentro del CEDH declara que son, esencialmente, civiles y políticos, este supremo intérprete del Convenio Europeo también cumple con precisar que esto no impide que muchos de ellos tengan implicancias de naturaleza social o económica y por tanto, considera que el ámbito de aplicación del CEDH, en determinados casos, debe abarcar también a los derechos sociales y económicos de las personas, introduciendo una interpretación que a futuro serviría a los litigantes en la defensa de sus derechos sociales y económicos dentro de los tribunales internos.

Por otro lado, el Tribunal de Estrasburgo indica que, aunque el arto 6.1 del CEDH garantiza a los litigantes un efectivo derecho de acceso a los tribunales nacionales para establecer sus obligaciones y derechos, deja a cada Estado elegir libremente los medios que han de ser utilizados para este fin. Que no es más que imponer la obligación de las autoridades públicas (que incluyen a los tribunales internos) de cumplimiento estricto del CEDH en este sentido, proporcionando a los litigantes este derecho de acceso a la justicia dentro de la jurisdicción interna de los Estados parte.

Continúa en su análisis, indicando que, si bien los medios los deja a discreción de los propios Estados, como por ejemplo el establecer un esquema de asistencia legal gratuita en determinados casos, o como la simplificación del proceso mismo, no es su función indicar qué medidas deben tomarse. Lo que sí exige es que las personas puedan gozar efectivamente de su derecho de acceso a los tribunales en los términos del artículo 6.1.

No obstante, en este caso, posteriormente a la emisión de la sentencia en cuestión, el Estado de Irlanda estableció esquemas de asistencia legal en derecho de familia para aquellas personas que necesiten recurrir a instancias judiciales para hacer valer sus derechos, tomando en cuenta, de algún modo, la interpretación que dio el Tribunal.

Finalmente, el Tribunal de Estrasburgo, en la misma sentencia, adopta otra nueva interpretación, en el sentido que considera que la esencia de la reclamación de la señora Johanna Airey no es que el Estado ha actuado, sino que ha omitido su deber de actuar. No obstante, señala de manera expresa que “aunque el objeto del art. 8 es esencialmente la protección del individuo contra las interferencias arbitrarias de las autoridades públicas, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tales interferencias. Además de esa tarea, primariamente negativa, puede haber obligaciones positivas inherentes al

efectivo respeto a la vida privada o familiar”⁵³. Estableciendo esas “obligaciones positivas” que los Estados parte deben tener en cuenta al momento de resguardar el derecho a la vida privada y familiar de las personas, y que claramente tiene una influencia en las administraciones de justicia de los países al momento de ventilarse en sus despachos casos sobre vulneración al artículo 8 del CEDH.

Hemos podido observar que las sentencias del Tribunal de Estrasburgo se centran en la reparación a la víctima, más que proyectar un afán ejemplificador como en el caso de la Corte de San José de Costa Rica, sin embargo, también es innegable, que en determinados casos pueden observarse algunas figuras de este control de convencionalidad a nivel del tradicional sistema europeo de derechos humanos.

2.4. CONVENCIONALIDAD EN LOS ESTADOS DE ITALIA, SUIZA Y ALEMANIA.

Tomando nuevamente lo dicho por Ruiz Morales, “aun cuando el Tribunal alsaciano no ha implantado -ni ha mencionado- la necesidad de efectuar el control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales; en cierta forma, esta supervisión va siendo desarrollada por los jueces nacionales, de manera que los magistrados locales han comenzado a interpretar los derechos fundamentales reconocidos en sus constituciones nacionales, y los derechos y libertades recogidos en la CEDH, de acuerdo a la jurisprudencia del TEDH”⁵⁴. Como vemos, por ejemplo, en el caso italiano, que a partir de las “sentencias gemelas” emitidas en el año 2007, la Corte Constitucional italiana declaró expresamente que el CEDH, debe asumirse con la interpretación que se le otorga en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo a las disposiciones reguladas en la mismas. Siendo así, en la Sentencia N° 29/2008 de la Corte Constitucional, se estableció que la interpretación del TEDH debe considerarse vinculante para el juez nacional, expresando, además, que esta peculiaridad de las disposiciones contenidas en el CEDH se debe a su sometimiento a la interpretación del Tribunal de Estrasburgo, al que los Estados contratantes están obligados a ajustarse. Así también remarca que el juez puede (e incluso debe) utilizar el CEDH como regla interpuesta para plantear ante la Corte Constitucional una cuestión por presunta vulneración al art. 117.1, de la Constitución Italiana modificada en el año 2001, la cual estipula que la potestad legislativa es ejercida por el Estado y las regiones en el respeto a la Constitución, así como a los compromisos derivados del ordenamiento comunitario y de las obligaciones internacionales. lo que claramente constituye un control de convencionalidad de acuerdo al sistema americano de protección de derechos humanos.

⁵³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del caso Airey v. Irlanda contenida en la aplicación N° 6289/73 del 09 de octubre de 1979, fundamento 32.

⁵⁴ Manuel Ruiz-Morales, “El control de convencionalidad y los sistemas...”. *Op. Cit.* Pág. 35.

Si bien los casos anteriormente analizados datan de décadas pasadas, es interesante lo que sostiene el profesor Guillén López, quien afirma que “si se observan con atención otras disposiciones del Convenio y del Reglamento de procedimiento, así como los pronunciamientos del Juez de Estrasburgo, al hilo de la doctrina que profusamente se ha ocupado de la cuestión, nos podemos encontrar con que la obligatoriedad viene progresivamente asumiendo una posición preeminente general. (...) los Estados, desde luego están obligados a observar los términos que se establezcan en el fallo que les condene, pero no son solo ellos los afectados por una sentencia condenatoria. Antes bien, se entiende que una sentencia en la que el Tribunal certifique la existencia de una lesión de un derecho del Convenio es una lectura actualizada del orden constitucional europeo y de ahí que haya de tener eficacia y ser de obligada observancia por el resto de los miembros del Consejo de Europa”⁵⁵. Lo que claramente tiene toda lógica pues el Tribunal de Estrasburgo, al ser el supremo intérprete del CEDH y al realizar una interpretación respecto a la vulneración de algún derecho contenido en este instrumento lo que hace no es más que esbozar un criterio actualizado de lo que constituye la esencia del derecho y que todos los Estados sometidos a la jurisdicción de este Tribunal deben tener presente.

De la misma forma como en el caso italiano, aunque con mayor amplitud, lo hace el ordenamiento jurídico suizo, siendo así que diversos autores como Anagnostou, al respecto de la situación del país alpino señala que, “como Suiza, por ejemplo, verifica rutinariamente la compatibilidad de los proyectos de ley con la Convención, teniendo también en cuenta las sentencias judiciales que pertenecen a otros Estados. Incluso ya en la década de 1980, Andrew Drzemczewski señaló que, independientemente de la condición doméstica del CEDH, existía una presunción general de que los Tribunales Nacionales deberían interpretar la legislación nacional de conformidad con la Convención”⁵⁶. Siendo que de forma muy similar también se manifiesta en relación al caso de Alemania, donde explora el sistema nacional de revisión de derechos y la constelación de las estructuras y actores nacionales involucrados en la implementación de las sentencias del TEDH, donde destaca “el enfoque aparentemente preventivo a menudo adoptado por las autoridades estatales: la revisión del proyecto de ley para la compatibilidad con la convención y la consideración de la jurisprudencia del TEDH emitida también contra otros países. No obstante, la implementación interna de los juicios del TEDH es un

⁵⁵ Enrique Guillén López, “Ejecutar en España las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una Perspectiva de Derecho Constitucional Europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 42 (2018): 335-370.

⁵⁶ Dia Anagnostou, “Untangling the domestic implementation of the European Court of Human Rights’ judgments”. En *The European Court of Human Rights. Implementing Strasbourg’s Judgments on Domestic Policy*, editado por Dia Anagnostou, (Edimburgo: Edinburgh University Press, 2013), 1-24.

proceso a veces controvertido y conflictivo”⁵⁷. Como puede verse, esta no sería una obligación que corresponde únicamente a los tribunales de justicia sino a toda autoridad pública como en el caso que señala el autor, la función de los parlamentarios de un país en su deber de presentación de proyectos de ley compatibles con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Claro está que donde más claramente se observa el control de convencionalidad es en la función jurisdiccional, al ajustar, los jueces, sus fallos de acuerdo a lo establecido por el CEDH y su interpretación por parte del Tribunal de Estrasburgo, pero no hay que olvidar que, como lo ha establecido la propia creadora del control de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos humanos, corresponde a toda autoridad pública dentro de un país utilizarla, como en este caso lo hace Suiza y Alemania por parte de sus autoridades legislativas.

⁵⁷ *Íbid.*

CAPÍTULO 3: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL SENO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE LUXEMBURGO

La idea que se tiene sobre los sistemas de protección de los derechos humanos proviene principalmente de dentro de estos sistemas existe un órgano encargado de garantizar y proteger los derechos humanos de los ciudadanos con jurisdicción regional o continental. Así ocurre, como ya lo vimos, en el ámbito de la protección de los derechos humanos en Latinoamérica, cuyo principal protagonista es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo mismo que lo ocurrido en el seno de Europa con su Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y en África, con el Tribunal Africano de Derechos Humanos. Sin embargo, es un caso particular en Europa, no la Europa a la que se encuentra sometida al Consejo de Europa a través del tratado de Londres de 1949, sino por una organización más reducida en cuanto a Estados miembros, pero más fuerte a la vez institucionalmente conocida universalmente como la Unión Europea, la cual ha sido creada por varios tratados internacionales, denominados tratados constitutivos que establecen la estructura y fines de esta organización.

3.1. LA UNIÓN EUROPEA Y SU COMPOSICIÓN JURÍDICA:

La Unión Europea es una organización sui generis en el ámbito de las organizaciones internacionales a nivel mundial. A efectos del presente trabajo corresponde indicar que este modelo peculiar de organización está caracterizado por “estar cimentado en el desarrollo de un Derecho común, vinculado a su propia configuración específica y a la tradición jurídica común europea”⁵⁸. Constituye una organización supranacional, pero esto debe entenderse en un doble sentido, como lo explica el profesor Díez-Picazo, “en sentido normativo, porque muchas de sus normas vinculan directamente a las autoridades nacionales y a los particulares; y en un sentido decisorio, porque la aprobación de dichas normas no está necesariamente sometida a la regla de la unanimidad –la tendencia ha venido siendo la de reducir progresivamente las materias en que se exige la decisión unánime- y porque en el procedimiento participan actores distintos de los representantes de los Gobiernos”⁵⁹.

Es importante tener en cuenta que, además de los tratados constitutivos (Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), ambos con la misma posición normativa dentro del ordenamiento jurídico de la Unión que precisan la finalidad de esta organización como el proceso creador de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos, existirán otras fuentes, como lo es el derecho derivado dentro de este proceso de integración tan complejo, que lo

⁵⁸ Rafael De Agapito Serrano, “La Unión Europea y la globalización”. Comunicación presentada en el Congreso Internacional sobre «La construcción del Derecho Constitucional Europeo. Granada, 14 y 15 de mayo de este año 2009. <https://www.ugr.es/~redce/REDCE12/articulos/05DeAgapito.htm>

⁵⁹ Luis María Díez-Picazo, “La naturaleza de la Unión Europea”, *Revista para el Análisis del Derecho* n°4, (2008): 1-67.

constituyen “actos elaborados y aprobados por la propia Unión Europea- algunos de los cuales tienen eficacia directa en el interior de los Estados miembros, sin necesidad de normas nacionales de recepción. Tal es destacadamente el caso, según dispone expresamente el art. 249 TCE, de los reglamentos y decisiones comunitarios. Es verdad que la posibilidad de producir derecho derivado no es una peculiaridad de la Unión Europea, pues muchas organizaciones internacionales gozan también de facultades de esa índole. Lo que ya no es normal, en cambio, es la producción sistemática y cotidiana de derecho derivado, de manera que éste sea el medio principal de realización de los fines de la organización internacional. Por ello, cuando se habla de “legislación comunitaria” o de “legislación europea” para referirse a las normas de derecho derivado de la Unión Europea, la metáfora refleja fielmente la realidad: la Unión Europea es, antes que cualquier otra cosa, una entidad reguladora⁶⁰. Disposiciones europeas de derecho derivado de los diversos organismos conformantes de la Unión Europea, que para efectos del presente capítulo tienen fundamental relevancia para la determinación de brotes de control de convencionalidad dentro del sistema de protección de derechos humanos en el marco de la Unión Europea.

A lo largo de lo que continúa en el presente capítulo se abordará, en primer lugar, el instrumento más importante de protección de los derechos humanos dentro del seno de la Unión Europea, teniendo en cuenta que esta organización no ha ratificado el CEDH del cual hablamos en el capítulo anterior, sino, como una suerte de querer contar con su propio instrumento, crea su propia Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Unión Europea, y como no puede ser de otro modo, dentro de su organización cuenta con un tribunal encargado de velar por el cumplimiento de la carta anteriormente mencionada así como de los tratados constitutivos y del derecho derivado, conocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.1.1. LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA:

Este instrumento propio de la Unión tiene su origen el día 07 de diciembre del 2000 cuando fue proclamada por los presidentes del Consejo Europeo, de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo en la ciudad de Niza posteriormente adaptada en Estrasburgo, el cual se encuentra incorporado en el Tratado de Lisboa en su artículo 6º como así lo señala expresamente:

“Artículo 6

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

⁶⁰ *Íbid.*

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones”.

Asimismo, resulta curioso lo que se establece, también, en los numerales 2 y 3 del mismo artículo, pues establece la obligación de la Unión de adherirse al Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos, tomándolo, desde el momento de su completa incorporación a este instrumento como otra fuente normativa para la protección de los derechos humanos en Europa. No obstante, esto aún no ha ocurrido debido a las repercusiones que ello traería en el ámbito de los derechos humanos, por lo que a la fecha la Unión Europea solo debe su cumplimiento a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea como instrumento de mayor jerarquía en el ámbito de la protección de los derechos humanos en los 27 Estados miembros que la conforman.

Pero para hablar de cómo fue creado este instrumento la naturaleza que tiene dentro del sistema de protección de derechos fundamentales dentro de la Unión Europea, es necesario recurrir a realizar un recuento de su nacimiento por medio del principal actor dentro de este sistema en la Unión, nos referimos al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.1.2. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMO ARTÍFICE PARA LA EXISTENCIA DE UNA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN:

Dentro de los antecedentes sobre el nacimiento de la Carta de Derechos Fundamentales dentro de la Unión Europea, es necesario remitirnos al año 1974, cuando en aquel entonces el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en el asunto *Nold c. Comisión* el cual se ventiló en el ámbito de su jurisdicción, puso por primera vez un énfasis adecuado y fuerte llegando a consolidar una teoría que venía sosteniendo desde los años 50 sobre el respeto a los derechos humanos y su conformación dentro del derecho comunitario como principio general del derecho, vinculante tanto a instituciones como a los propios Estados miembros de la Comunidad para los casos en los que estos deban aplicar el Derecho de la Unión. En este mismo caso, el Tribunal manifestó de forma expresa que “los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos..., a los que los Estados miembros han cooperado o adherido, pueden suministrar igualmente indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco

del Derecho Comunitario”⁶¹. Básicamente haciendo referencia, en aquella época, al CEDH visto en el capítulo anterior, que fue adoptado en Roma en el año 50 y a sus protocolos siguientes, pero también a la regulación sobre derechos fundamentales en las propias constituciones de los Estados.

El año 1977 resulta ser un año importante en materia de protección de derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea, pues los representantes tanto de la Comisión, Parlamento y Consejo Europeo toman como suya lo expresado por el caso *Nold* anteriormente citado, donde, como lo dice la autora Mangas Martín, estos órganos “reconocen que siempre han estado y seguirán estando sometidos al principio del respeto del Derecho y que este comprende el respeto no sólo a las reglas de los tratados y del derecho derivado, sino también a los principios generales del derecho y en particular a los derechos fundamentales, principios y derechos sobre los que se funda el derecho constitucional de los Estados miembros, por lo que tendrán en cuenta los derechos fundamentales que resultan en particular de las Constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”⁶², que se plasmó en una Declaración Común de estos tres actores, claramente de naturaleza política otorgándole mayor fuerza a la facultad de la jurisdicción interna para afrontar temas de derechos humanos y que fue bueno, también, para el Tribunal de Justicia.

A lo largo de los posteriores años, desde 1980 a la actualidad, se continuó con esta evolución o criterio progresista establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con la posterior Declaración del Parlamento, Comisión y Consejo, llegando en 1987 la institución del Acta Única Europea la que incluye esta posición adoptada desde 1970 con el caso *Nold*, y luego con el Tratado de Maastricht en 1992 el cual recogió de forma expresa este criterio sobre respeto a derechos fundamentales. De la misma manera continuó con el Tratado de Ámsterdam en 1997 que reformó el Tratado de la Unión Europea, pero estos últimos instrumentos no añaden nada más que lo que se encontraba ya previsto en el criterio esbozado por el Tribunal de Justicia en el caso *Nold*.

No obstante, luego de una frustrada intención de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos, se dejó de lado la idea teniendo en cuenta un dictamen proveniente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea donde manifestaba que no existía base jurídica suficiente para la mencionada adhesión de la Comunidad al CEDH, ya que en ninguna disposición

⁶¹ Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso *Nold* c. Comisión del 14 de mayo de 1974, fundamento 508.

⁶² Araceli, Mangas Martín, “Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales”. En *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. 1ra edición, coordinado por Luis González Alonso (Bilbao: Fundación BBVA, 2008), 29-70.

de los tratados se otorga a sus instituciones la facultad de adoptar o adherirse a instrumentos que contengan normas sobre derechos humanos o por lo que si ello ocurre se estaría sobrepasando los límites establecidos, específicamente, en aquel entonces, que establecía el artículo 308º del Tratado de la Comunidad Europea, salvo reforma del propio derecho originario lo cual sería muy poco probable debido a la casi inalienabilidad de estos tratados en el marco de la Unión. Sin embargo, con este último tratado, el Tratado de Ámsterdam, se inicia el recorrido de la elaboración o creación por parte de la propia Unión, o en aquel entonces Comunidades Europeas de su propio texto normativo sobre protección de los derechos fundamentales.

Como antecedente más remoto encontramos a la Carta de Niza de los Derechos Fundamentales, constituida en aquella ciudad francesa de la cual lleva su nombre, y que nació con la finalidad de hacer plausible en papel el conjunto de derechos que ya se habían admitido tanto jurisprudencialmente como adoptados de las constituciones de los Estados miembros y del propio derecho de la Unión, y para algunos juristas, constituyendo un resumen de lo que constituye el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Nació el 07 de diciembre del 2000 con el fin de su redacción y posterior firma de los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo Europeo y de la Comisión Europea. La carta contiene compromisos de la Unión y la de los Estados miembros con todas las personas que se encuentren geográficamente bajo esta jurisdicción, contemplando una serie de derechos y garantías inherentes a toda persona, como la protección a su dignidad, libertad, seguridad, vida privada y familiar, educación, no discriminación en ninguna de sus manifestaciones, condiciones dignas de trabajo, asilo, igualdad, protección a los niños, entre otros.

Posteriormente, en el año 2004 se pretendió la creación de un Tratado Constitucional con cuatro partes, dentro de las cuales la segunda de ellas la iba a contener lo establecido en la Carta de Niza de 2000, sin embargo, finalmente fue un proyecto fallido la creación de este instrumento como “Constitución europea” frente al cual Francia y Holanda se opusieron.

No obstante, es con el Tratado de Lisboa del 13 de diciembre del 2007 donde por fin adquiere la naturaleza que este tipo de instrumentos sobre derechos humanos merece. A través de este tratado, se realiza una reforma al Tratado de la Unión Europea, donde se le reconoce, por fin, a la Carta de los Derechos Fundamentales el mismo valor que los Tratados Constitutivos, y por ende con naturaleza obligatoria y vinculante para todos los Estados miembros. Es importante indicar que a través de esta reforma donde se le da el valor mismo de un tratado constitutivo, la Carta de Derechos Fundamentales se sigue basando en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el caso *Nold c. Comisión*, donde el respeto por los derechos humanos constituye un principio general de la Unión

Europea. No cabe duda, entonces, que al igual que los tratados originarios de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales constituye uno de los instrumentos más importantes dentro de la Unión, en especial, en cuanto a la protección de los derechos humanos dentro del territorio de la Unión Europea y los 27 países que la conforman.

3.1.3. CONTROL SOBRE EL DERECHO DE LA UNIÓN:

La pregunta que cabría hacerse en este punto si ¿es posible que un juez ordinario europeo, de cualquiera de los 27 estados que conforman la Unión, utilice alguna técnica jurídica semejante al control de convencionalidad interamericano cuando perciba que una norma nacional es claramente contraria a los derechos humanos o libertades fundamentales reconocidos en la Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Unión Europea?

Como se ha visto, la Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en el año 2000 e incorporada al Derecho de la Unión Europea bajo el mismo rango que los tratados constitutivos por medio del Tratado de Lisboa, es la clara expresión de que los derechos fundamentales han pasado, de ser de una cuestión íntegramente nacional, a ser parte del ámbito comunitario de la Unión Europea. Es entonces, en base a este instrumento normativo que el Tribunal de Luxemburgo ejerce control sobre los Estados miembros en el cumplimiento de esta Carta, y, por tanto, en el presente caso, y enmarcándolo dentro del objeto del presente trabajo, implicaría realizar un análisis sobre un posible control de convencionalidad de los jueces nacionales en aplicación de la Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Unión Europea.

En este sentido, los jueces nacionales resuelven casos aplicando derecho de la Unión Europea. Ello proviene desde el contenido mismo de la 51.1 de la Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de la Unión, en el numeral 1 del artículo 51, donde establece lo siguiente:

“Artículo 51

Ámbito de Aplicación

- 1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias”.*

Es entonces esta disposición de la propia Carta que abre la posibilidad de una aplicación directa de lo regulado mediante este instrumento de derechos

humanos por parte de los jueces nacionales de los 27 Estados que conforman y deben su cumplimiento al Derecho de la Unión. Cabe además, citar lo expuesto por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el cual, pese a que aún en aquel entonces no estaba vigente la Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, expresó lo siguiente en una de sus tantas sentencia: “desde el momento en que una normativa nacional entra en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia, cuando conoce de un asunto planteado con carácter prejudicial, debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación, por el órgano jurisdiccional nacional, de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia”⁶³. Pero esta obligación no debe ser única de la jurisdicción nacional estatal, sino que, tal como también se manifiesta en el sistema interamericano, esta obligación debe surtir sus efectos en el seno de todo el aparato estatal del estado, así, como lo señala la autora Mangas Martín, que por “Estados miembros debe entenderse realizada a cualquier poder del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial), así como todo nivel de gobierno que, de acuerdo con la estructura constitucional propia de cada Estado miembro, exista a nivel interno (poderes centrales del Estado, regiones autónomas o Estados federados, corporaciones locales, etc.)”⁶⁴. Por lo que podemos destacar que, tanto en el Control de Convencionalidad del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos y en el seno del Sistema de Justicia de la Unión Europea a través de la Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, compartirían, ambos, esta característica, la principal de hecho, de la aplicación por parte de los jueces nacionales y más que ello, de todo el aparato y las instituciones estatales (sobre todo las vinculadas a la administración de justicia), de un derecho supranacional (la CADH y la Carta de Derechos Humanos de la UE respectivamente), y la primacía de este frente a una incompatibilidad con el derecho interno.

En ese sentido, para clarificar las cosas, es importante señalar que se debe conocer o determinar cuándo un órgano o institución del Estado está haciendo uso o aplicando derecho de la Unión Europea. Para determinar ello, es necesario tener en cuenta los dos principios pilares del derecho de la Unión: el de primacía del derecho de la Unión y de eficacia directa.

Teniendo ello claro, es importante, ahora recordar qué comprende el derecho derivado. Este conjunto de instrumentos de derecho derivado, cuya contraparte, o, mejor dicho, su origen lo constituye el derecho originario, tienen implicancias

⁶³ Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia del 18 de diciembre de 1997, en el caso Annibaldi, asunto C-309/96, fundamento 13.

⁶⁴ Araceli Mangas Martín, “Artículo 51. Ámbito de aplicación”. En: *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, dirigido por Araceli Mangas Martín, (Bilbao: Fundación BBVA, 2008), 813-815.

a efectos de su aplicación. En este sentido, los órganos estatales aplicarán el derecho de la Unión cuando apliquen alguna norma cuya aplicación es directa, valga la redundancia, que, de acuerdo al Tratado de Funcionamiento de la UE, lo constituyen los reglamentos, y además cuando el Estado miembro ha traspuesto una directiva de la UE a su ordenamiento interno. De la misma manera, si el Estado miembro establece alguna excepción al derecho de la Unión, ya sea originario o derivado, se estarían enmarcando dentro de una aplicación del Derecho de la Unión, por lo que, a efectos de la presente investigación, estaría, el Estado que realiza esto, sometido a los derechos contenidos en la Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

En este orden de ideas, y como lo manifiesta el profesor Nuevo López, “cuando un juez nacional debe aplicar en un procedimiento judicial una norma que implica estar en un supuesto de aplicación del Derecho de la Unión, se encuentra vinculado por los derechos de la Carta, inaplicando la norma nacional en caso de contradicción con los derechos fundamentales, y disponiendo asimismo de la posibilidad -u obligación, según el caso- de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si necesita de una interpretación autorizada de los derechos a efectos de controlar la norma nacional”⁶⁵.

En este contexto, conviene, ahora analizar algunas de las sentencias en las que el Tribunal de Luxemburgo ha manifestado la facultad que tendrían los jueces y, en general los órganos estatales de los 27 miembros para aplicar este control, y en qué nivel se les otorga esta facultad u obligación.

3.2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO QUE CONTIENEN ELEMENTOS DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:

A) CASO SIMMENTHAL⁶⁶:

Sin ahondar mucho en los antecedentes que dieron origen al caso materia de análisis, es importante saber que se trató de una cuestión prejudicial interpuesta por el Pretore de Susa (órgano judicial italiano) ante el Tribunal de Luxemburgo, lo cual se dio en el año de 1977, cuando aún este tribunal tenía su denominación como Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El litigio principal que se ventiló en el despacho del Pretore de Susa tenía como partes a la Amministrazione delle Finanze dello Stato y SpA Simmenthal, una sociedad italiana, y cuyo pleito radicaba básicamente en la compatibilidad con el Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE), lo que en aquel entonces era el equivalente al Tratado de la Unión Europea de hoy, y un Reglamento emitido por

⁶⁵ Pablo Nuevo López, “Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea». *Revista catalana de dret públic*, núm. 50 (2015):141-160.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas signada con número de asunto 106/77 en el caso Simmenthal del 09 de marzo de 1978.

el Consejo de 1968, con algunas leyes italianas que otorgaban ciertos derechos de inspección sanitaria percibidos por la importación de carne de bovino, y ateniendo a que luego de una anterior respuesta por parte del Tribunal de Justicia, el Pretore estimó que dichos derechos contenidos en las leyes italianas eran incompatibles con las disposiciones del Derecho comunitario.

En ese sentido, plantea el recurso de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia basando su argumento básicamente en dos cuestiones a ser resueltas: a) la precisión sobre las consecuencias de la aplicación directa de una disposición de Derecho comunitario cuando exista incompatibilidad de esta con una disposición nacional posterior de algún Estado miembro; y b) en caso que se ampare la primera cuestión y se decida que el juez puede inaplicar de pleno derecho una norma contraria al Derecho de la Unión sin que sea necesaria esperar su derogación, debe esta conllevar en todos los casos efectos retroactivos para evitar que los derechos no sufran consecuencias.

En el análisis que realiza el Tribunal, sobre el fondo del asunto, en primer lugar, destaca la gran importancia del principio de primacía del Derecho comunitario (ahora, derecho de la Unión Europea) para efectos de la fundamentación de las cuestiones planteadas, ya que las disposiciones que están contenidas en el Tratado (derecho originario) y los actos de derecho derivado, tienen la finalidad no solamente de permitir recurrir a la inaplicación de pleno de derecho de toda disposición del ordenamiento jurídico nacional de alguno de los Estados miembros que sea contrario a los mencionados (D. originario y D. derivado), sino, además, tiene un carácter preventivo, pues lo que se trata es de impedir que la legislación interna a emitirse a futuro y surtir sus efectos sea incompatible con el derecho de la Unión Europea.

En este orden de ideas, los jueces nacionales de los Estados miembros tienen la obligación de aplicar el Derecho de la Unión dejando sin aplicación toda disposición contraria a la legislación nacional que sea contraria a aquel, independientemente de si esta es anterior o posterior a la norma del Derecho de la Unión.

Tomando lo dicho por el Tribunal de Justicia, en su fundamento 24 de la sentencia, expresamente señala que “el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”⁶⁷.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 09 de marzo de 1978, en caso Simmenthal con numero de asunto 106/77, fundamento 24.

Si recordamos lo abordado en el Capítulo I del presente trabajo, en los casos Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile y Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú, que son las dos sentencias más importantes y a la vez más antiguas a través de las cuales se crea la figura del control de convencionalidad en el sistema interamericano de protección de derechos humanos de donde es originaria, podemos destacar que se evidencian los mismos elementos que en la presente sentencia analizada: *Simmenthal*, en el marco de la protección de los derechos humanos dentro de la Unión Europea, siendo que, por ejemplo, encontramos la incompatibilidad existente entre el instrumento supranacional sobre el cual se ejerce este control (en este caso los Tratados de derecho originario y el derecho derivado en general) y disposiciones contenidas en una ley nacional, y que frente a la cual el Juez nacional deberá inaplicar esta última para ejercer la primacía de la primera. Asimismo, encontramos que esta facultad deberá ser utilizada “por propia iniciativa” de los jueces nacionales, lo que, equiparando con el sistema interamericano, cabría asimilarla con su expresión homóloga “Ex Officio”, de oficio, por lo que, estos dos principales elementos (compatibilidad de regulaciones y aplicación de oficio) característicos del Control de Convencionalidad interamericano, se encuentran presentes en el sistema de protección de derechos humanos de la Unión Europea, siendo que podría hablarse de la existencia, como tal, de la existencia de un control de convencionalidad en este sistema de protección de derechos desde su base misma tal como se tiene en el sistema interamericano.

Por otra parte, es importante tener en cuenta que tanto como en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos como en el de la Unión Europea, han sido los Tribunales máximos de estos sistemas (CIDH y TJUE respectivamente), quienes a través de su jurisprudencia han sentado las bases de este control, control de convencionalidad llamado en lado americano, y un “control del derecho de la Unión” como podría ser llamado, ya que el Tribunal de Justicia no esboza un término específico para esta labor, principalmente de los jueces nacionales de los Estados miembros para el control y prevalencia del Derecho de la Unión Europea. Existen diversos autores que, teniendo en cuenta que en el momento de la emisión de esta sentencia del caso *Simmenthal* emitida por el Tribunal de Justicia, y estando aun en vigencia el Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE), lo han denominado como “control de comunitariedad”, no obstante, a efectos de la actualidad denominación de esta organización como “Unión Europea” no podría establecerse, a criterio nuestro, que pueda ser llamado de esta manera. Así, por ejemplo, escribe el profesor Fernández Segado que “el hecho de que la Comunidad, hoy Unión, esté circunscrita básicamente a la creación jurídica, en el sentido de la elaboración de normas generales y abstractas, unido, en perfecta coherencia con esto, al carácter esencialmente descentralizado de la ejecución administrativa del derecho comunitario y de su control jurisdiccional, convertía en poco menos que inexcusable la colaboración de los jueces nacionales, con su subsiguiente

protagonismo en el que bien podríamos denominar ‘control de comunitariedad’, más aún si se tiene en cuenta que el Tribunal de Justicia sólo dispone de una competencia limitada al conocimiento de las materias que, de modo expreso, le confieren los tratados constitutivos”⁶⁸. En ese sentido, al igual que en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, el Juez Nacional se convierte en protagonista del control de la normatividad interna del Estado miembro bajo la lupa del Derecho comunitario, sea de derecho originario o primario y derivado. De la misma forma, lo indica Manuel Ruiz, señalando que “el Tribunal situado en Luxemburgo ha declarado en varias ocasiones la posibilidad que ostenta cualquier juez nacional de realizar una «especie» de control, que se ha venido a llamar «control de comunitariedad», y que podría equivaler análogamente a lo impuesto por la Corte IDH en relación al control de convencionalidad”⁶⁹. Pudiendo decir que este control ejercido por el juez nacional de cualquiera de los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea es el correlato directo del control ejercido por los jueces nacionales americanos cuyos Estados forman parte de la Jurisdicción de la Corte de San José de Costa Rica.

B) CASO COSTA V.S. ENEL⁷⁰:

El presente caso, también constituido como un recurso de decisión prejudicial, el Tribunal de la Comunidad Económica Europea, (ahora Unión Europea), realiza la interpretación de varias disposiciones, dentro de las que se encuentra el criterio de la aplicación por parte del Juez nacional del Derecho Comunitario y la legislación interna.

En este caso, a compañía privada ENEL (Ente Nazionale per l’Energía eLettrica) llegó a ser nacionalizada a favor del Estado, lo que ocasiono varios problemas entre los accionistas que vieron que se reducía considerablemente el valor de las acciones de la empresa y fueron los directamente afectados con este hecho. Uno de ellos, Flaminio Costa reclama esta nacionalización ante los tribunales italianos, ello por ser contrario al Derecho Comunitario (ahora de la UE), ya que se distorsionaba el mercado y el incremento de costos, produciendo disminución de acciones entre otros, vulnerando, por tanto, el Tratado de Roma (donde nace la CEE). Es en ello que el Giudice Conciliatore de Milán (órgano jurisdiccional italiano) plantea una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la -ahora- Unión Europea a fin de recabar la interpretación del máximo Tribunal.

⁶⁸Francisco Fernández Segado, “El Juez Nacional como Juez Comunitario Europeo de Derecho Común. Las Transformaciones Constitucionales Dimanantes de Ello”, Comunicación presentada en la Conferencia pronunciada como "lección magistral" en el acto académico de investidura del autor como doctor honoris causa por la Universidad de Messina, en Messina, Italia, el 11 de noviembre de 2004. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5738/7534#N*

⁶⁹ Manuel Ruiz-Morales, “El control de convencionalidad y los sistemas ...” Op. Cit. pág. 146.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea signada con número de asunto 6/64 en el caso Costa c. ENEL, del 15 de julio de 1964.

En este sentido, el Tribunal de Justicia, destaca la naturaleza del Tratado de la Comunidad Económica Europea, como un tratado muy diferente a los tratados internacionales ordinarios que se celebran entre diferentes Estados u organizaciones, ya que en aquel se crea un ordenamiento jurídico propio, que consecuentemente se integra al sistema u ordenamiento jurídico de los Estados Miembros de la -ahora- Unión Europea, y por tanto vincula a sus órganos jurisdiccionales.

Asimismo, precisa que la integración del ordenamiento de la Unión Europea en el ordenamiento de cada Estado miembro implica la imposibilidad de que los Estados hagan prevalecer, contra un ordenamiento jurídico por ellos aceptado sobre una base de reciprocidad, una medida unilateral posterior, que no puede por tanto oponerse a dicho ordenamiento⁷¹. Asimismo, hace hincapié en destacar la fuerza vinculante del Derecho comunitario, y que este no puede variar entre Estados miembros de la Unión por cuestiones de ordenamiento interno.

Y por tanto, en este orden de ideas, concluye su fundamentación, en este tema, señalando que al Derecho creado por el Tratado de la Comunidad Económica Europea (ahora Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Carta de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y su derecho derivado) no se le pueden oponer una norma de carácter interno del Estado miembro, ante los órganos jurisdiccionales, pues de ser así se perdería su carácter comunitario y se cuestionaría la base jurídica de esta organización, hecho que no puede ser concebido. En ese sentido les otorga un papel fundamental a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, y los vuelve protagonistas del control que estos deben realizar, al momento de utilizar algún dispositivo del Derecho de la Unión, como los ya mencionados líneas arriba.

A propósito de este caso, es importante la doctrina existente sobre el caso en cuestión, pues como lo manifiesta la autora Groppi, y haciendo referencia explícita al Tratado de Roma de 1957 o más conocido como Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado CEE), sobre el que “la ‘primauté’ del Derecho comunitario encuentra confirmación en el art. 189 TCE (ahora 249), advirtiendo al tiempo cómo esta disposición, que ‘no es acompañada de ninguna reserva’, estaría privada de sentido si un Estado pudiera anular unilateralmente sus efectos con una medida nacional que prevaleciera sobre los textos comunitarios; y, por lo tanto, precisando que ‘el Derecho nacido del Tratado no podría, en razón misma de su específica naturaleza, encontrar un límite en cualquier medida interna sin perder su propio carácter comunitario y sin que resultara removido el fundamento jurídico de la misma Comunidad’. Ya de tal decisión resulta claro que ningún tipo de acto nacional, ni siquiera de rango constitucional (el ‘qualsiasi’ del texto italiano es todavía más eficaz en su versión

⁷¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia del caso Costa c. ENEL, del 15 de julio de 1964, signado con número de asunto 6/64.

francesa, donde se indica que ‘le droit communautaire [...] ne pourrait [...] se voir judiciairement opposer un texte interne “quel qu’il soit”’) puede resistir al Derecho comunitario”⁷². Así, en el mismo sentido, otro autor indica que lo que importa en el caso Costa v.s. ENEL, es la ubicación que tiene el Derecho comunitario (ahora de la Unión Europea) dentro de la normativa interna de los Estados miembros de esta Unión, lo que se traduce en que “se trataba de interpretar si la norma comunitaria estaba por encima del conjunto normativo interno o estaba subsumido a éste. La decisión 6/64 ECR 585 583 del Tribunal de Justicia Europeo nos aclara que en realidad se deben considerar las normas comunitarias e internas como dos reglas distintas porque obligan a sujetos diferentes, su práctica forense y redacción es distinta y su coercibilidades relativa a asuntos estatales, sin embargo hace énfasis en que se debe considerar la norma comunitaria como regla máxima, aunado a esto todas las decisiones del Tribunal Europeo, el Consejo y la Comisión (y hoy en día el Parlamento).

Por otra parte, es esta decisión la primera oportunidad que tiene la “comunidad” de demostrar verdaderamente su incidencia de organismo supranacional al retar una sentencia definitiva de un Estado soberano”⁷³. Siendo así, el Caso Costa c. ENEL es importante jurisprudencia del máximo Tribunal de Justicia de la Unión Europea en cuanto a primacía del derecho de la Unión que, como vimos, trae consigo el control de la jurisdicción nacional de los Estados miembros, para cautelar este principio. Así su importancia es reconocida por diversos autores, como es el caso del profesor Fondevilla, quien indicaba que “el TJCE (hoy TJUE) estableció, en su célebre Sentencia Costa c. Enel, de 15 de julio de 1964, la obligación de los órganos judiciales nacionales europeos de dejar sin efecto cualquier ley contraria —anterior o posterior— a una norma de Derecho de la Unión Europea. Es decir: hace ya más de cincuenta años que los órganos judiciales estatales tienen la facultad de no aplicar, en determinados casos, normas con rango de ley y, actualmente, practican, de hecho, un verdadero control de convencionalidad respecto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”⁷⁴, clara muestra que es bastante antigua la figura del control de convencionalidad, al menos dentro del derecho de la Unión Europea, más antigua, incluso, que la primigenia y más célebre figura del control de convencionalidad americano, hecho que no hay que dejar pasar por alto.

⁷² Tania Groppi, “La «Primaute» del Derecho Europeo sobre el Derecho Constitucional Nacional: Un Punto de Vista Comparado”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n° 5, (2006): 225-243.

⁷³ Luis Miguel Romero R., “Costa c. ENEL, Su influencia en la ‘primaute’ del Derecho Comunitario”. En https://www.academia.edu/1742658/An%C3%A1lisis_Jurisprudencial_de_la_Decisi%C3%B3n_Costa_v_s._Enel_en_la_Supremac%C3%ADa_del_Derecho_Comunitario_Europeo

⁷⁴ Manuel Fondevilla Marón, “El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles. A propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 23, No. 2, (2019), 439-458.

C) CASO VAND GEND & LOOS⁷⁵:

Es importante destacar la importancia de este caso del Tribunal de Justicia, ya que, se demuestra, que no únicamente la Carta de Derechos Fundamentales de Derechos Humanos es el instrumento a utilizar para la defensa de los derechos humanos dentro de la Unión Europea, sino que involucra, también, a los Tratados constitutivos, como en aquel entonces era el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, y lo que es, ahora, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Para ello debemos tener en cuenta que era lo que establecía el artículo 12 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea:

“Artículo 12

En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. (...)”

Actualmente, este texto del artículo citado corresponde al artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de manera íntegra.

Ahora que ya tenemos en cuenta el contenido de esta disposición, conviene analizar el caso en cuestión, iniciando con que este versa sobre una cuestión de decisión prejudicial que plantea un Tribunal neerlandés ante el Tribunal de Justicia, donde los involucrados son, por una parte, la empresa Onderneming van Gend & Loos, y por otra parte la Administración Tributaria neerlandesa. Básicamente, la cuestión planteada radicaba en si el artículo 12 del Tratado de la Comunidad Económica Europea (el citado anteriormente), tiene efecto interno, o, dicho de otra manera, si los ciudadanos de los Estados miembros que piden justicia pueden invocar derechos individuales que el juez nacional debe garantizar, basándose en esta disposición normativa señalada.

Sobre ello, el Tribunal de Justicia precisa que al amparo del artículo 177 del Tratado CEE, el citado tribunal tiene por función garantizar la unidad de interpretación de este instrumento por parte de los órganos jurisdiccionales de cada uno de los Estados miembros, y, por tanto, le habrían reconocido al Derecho comunitario (ahora Derecho de la Unión) una eficacia tal que pueda ser invocada por los ciudadanos de estos Estados ante esta jurisdicción interna.

En este sentido, precisa de igual manera que el Derecho comunitario (ahora Derecho de la Unión), crea no solamente obligaciones a ser cumplidas por los ciudadanos de los Estados miembros, sino también, genera derechos en ellos, los cuales no únicamente nacen producto de la atribución implícita de los Tratados,

⁷⁵ Sentencia el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas signada con número de asunto 26/62 en el caso Vand Gend & Loos, dl 05 de febrero de 1963.

sino en razón de las obligaciones que se impone a los ciudadanos como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias.

Teniendo en cuenta que el artículo 12 del Tratado CEE (ahora artículo 18 del TFUE) contiene una obligación de no hacer, y que es lo suficientemente idónea para producir efectos directos en las relaciones jurídicas entre los Estados miembros y sus justiciables.

Es así que, al tratarse, el tema de fondo de la controversia, de derechos de aduanas, y que, al importar mercancías de Alemania a los Países Bajos, los particulares de este último Estado estaban obligados a pagar unos importes superiores a los establecidos, por lo que la empresa se apoya en este artículo 12° del tratado, que en su interpretación prohibiría aumentar derechos aduaneros, invocando directamente esta disposición comunitaria para surtir eficacia directa en el derecho nacional. Y que por lo que hemos observado, el Tribunal de Justicia accede a ello fijando un criterio importante sobre el efecto directo, que no tiene que ver con el principio de aplicabilidad directa con los que cuentan los reglamentos.

En este orden de ideas sobre el caso en cuestión, cabe indicar que, así como sucede en el control de convencionalidad del sistema interamericano, los particulares de los Estados adscritos a la CADH pueden invocar de manera directa ante los tribunales nacionales el Derecho plasmado en la Convención o en la interpretación que de esta hace la Corte Interamericana, y el juez nacional o interno, al ejercer esta facultad concedida por la CIDH, realizar el control correspondiente para resolver el caso, de acuerdo a los parámetros que se le han sido impuestos en base al control de convencionalidad.

CAPÍTULO 4: GRAN DIFERENCIA ENTRE GRANDES TRIBUNALES Y EL “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD” EN ESPAÑA

4.1. EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO Y LA CORTE DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA:

Se ha manifestado ampliamente, desde el punto de vista de diversos autores, las claras diferencias entre estos dos tribunales internacionales en su función protectora de los derechos humanos. Es importante destacar, que, en cuanto al alcance de las sentencias que emite el Tribunal de Estrasburgo, este resulta ser limitado, pero a la vez extenso. ¿cómo podrían convivir, en este caso, dos adjetivos completamente diferentes? Se dice que este alcance que tienen los fallos europeos es limitado porque sencillamente con estos se constatan situaciones fácticas, como, por ejemplo, que el Estado de Austria ha violado la disposición contenida en el artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a diferencia de lo que ocurre en el sistema interamericano, que son fallos que categóricamente imponen condenas de cumplimiento obligatorio a los Estados. Haciendo la salvedad de la aplicación del artículo 41 del CEDH sobre indemnizaciones justas, donde el Tribunal de Estrasburgo puede tener cierto margen de condena hacia el Estado infractor.

No obstante, y como lo precisan muy adecuadamente Kai Ambos y María Laura Bohm en relación al alcance de los fallos del Tribunal de Estrasburgo, “es extenso en algunos países europeos ya que, al tratarse de sentencias ‘definitivas’ (arts. 42 y 44 CEDH), y dado que los Estados Partes están obligados a obedecer el fallo, en distintos ordenamientos nacionales y en la jurisprudencia de los tribunales superiores de los distintos países se concede a los fallos del TEDH una importancia sustancial al momento de dictar sentencias en el ámbito judicial interno, e incluso al discutirse transformaciones en el ámbito parlamentario”⁷⁶. Esto ya lo habíamos acotado en el desarrollo de los capítulos previos, siendo que pese a que la eficacia de las sentencias del TEDH o Tribunal de Estrasburgo tienen eficacia únicamente inter-partes, a través de la jurisprudencia y hasta de legislación, algunos países han adoptado lo establecido en esta jurisprudencia de TEDH pese a no constituirse partes en el caso que dio origen a determinada sentencia conteniendo determinado criterio. Lo que es un claro rasgo, como lo hemos mencionamos en su debido momento, del llamado control de convencionalidad interamericano, donde a todos los Estados que hayan suscrito y ratificado la Convención Americana de Derecho Humanos les es impuesta la obligación de tomar en cuenta el contenido de esta, pero a la vez el contenido de la jurisprudencia que la Corte Interamericana emita en cada uno de sus fallos respecto

⁷⁶ Kai Ambos y María Laura Bohm, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz?”. En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac Gregor y Alfonso Herrera García. (México D.F.: Tirant lo blanch, 2013), 1057-1088.

a determinada materia, por lo que deben hacer suyos los criterios expresados en esa sentencia. Por lo que, si bien aún con un desarrollo tenue, dentro de los fallos y decisiones del TEDH, viene tomando, poco a poco, mayor protagonismo la vinculatoriedad general o “extensa” como lo llaman los autores, de su jurisprudencia a los Estados miembros del Consejo de Europa.

La Corte de San José de Costa Rica está caracteriza por imponer, en la generalidad de sus decisiones, un activismo judicial, lo que claramente, para algunos es decirle audacia, pues en muchas ocasiones estas golpean el ordenamiento de un Estado, no obstante, con la técnica del control de convencionalidad ese golpe se hace mucho menos fuerte, ya que a sus jueces nacionales se les ha otorgado la facultad de desterrar del ordenamiento jurídico disposiciones normativas que se contradigan o resulten incompatibles con la CADH o la jurisprudencia que sobre este emane la Corte Interamericana. En este sentido, se le hace la crítica al Tribunal de Estrasburgo, en el sentido de que “un tribunal de derechos humanos puede -¿y ‘debe’, tal vez?- actuar en forma audaz, si amplía el ámbito de protección de los individuos mediante interpretaciones pro individuo, y contra poder estatal, ya que sus decisiones no acarrear consecuencias inmediatas a individuos juzgados- puesto que los Estados, y no los individuos se encuentran en proceso- ni están restringidas por los principios reconocidos (en el mundo occidental) del derecho penal. No se trata de procesos penales, sino de procesos propios del derecho internacional, que tienen precisamente por fin la limitación del poder estatal en favor del respeto de los derechos individuales.”⁷⁷ Y más que procesos de cualquier tipo, son aquellos que involucran derechos humanos, aquellos derechos más importantes que toda persona posee y que es necesaria su protección desde el ámbito supranacional.

Finalmente, esto se ve comprobado por el efecto directo a tal nivel con el que cuentan las decisiones de la Corte Interamericana (tal como lo es para el sistema de protección de Derechos Humanos de la Unión Europea), ya que tiene la capacidad de anular normas nacionales. Esta corte ha llegado a convertirse en una instancia más dentro de los diversos escalones de justicia con los que cuentan los diferentes Estados adscritos a la CADH, interpretándola como una suerte de constitución de los Estados Americanos, desde el nivel más inferior dentro de la jurisdicción nacional, (jueces y tribunales nacionales en todos sus niveles jerárquicos) lo que constituye en su base el control de convencionalidad, derivándose obligaciones con efecto directo de los Estados que se encuentran dentro de la jurisdicción de la CIDH.

Tanto el TEDH como la CIDH han tenido muy poco diálogo, y mucho menos en el tema de control de convencionalidad, no obstante, dentro del presente capítulo, es importante señalar que los Tribunales Constitucionales juegan un papel importante en el desarrollo de temas como el que estudiamos en el presente trabajo, como es el caso de España y su Tribunal Constitucional como se verá en el punto siguiente.

⁷⁷ *Ibidem* p. 1086

4.2. EL CASO DE ESPAÑA:

Qué fácil habría sido que quede realmente acuñada en el seno mismo del ordenamiento jurídico español la célebre cita de un profesor ucraniano como lo es Guetzévitch, cuando señalaba que “[...] si la Constitución reconoce al Derecho internacional como parte integrante del Derecho nacional y si en ese país funciona la justicia constitucional, el conflicto entre la ley y el Tratado no puede tener más que una solución: la primacía del Tratado”⁷⁸. No obstante, dentro del sistema jurídico español no existía norma o pronunciamiento expreso y categórico que dé pie a la existencia de un control de convencionalidad tal como lo expresaba el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Es muy actual el caso español en sus pronunciamientos sobre control de convencionalidad, pues es a finales del año 2018 que el Tribunal Constitucional ha manifestado un criterio de apertura a esta figura jurídica proveniente del sistema interamericano de protección de derechos humanos; me estoy refiriendo a la sentencia N° 140/2018 del 20 de diciembre de 2018, muy controvertida a nivel jurisdiccional en todo el territorio español.

Se origina por un recurso de inconstitucionalidad planteado por el grupo parlamentario socialista del Congreso de los Diputados en contra de la Ley Orgánica 1/2014 del 13 de marzo que modificaba la Ley Orgánica 6/1985 del 01 de julio del Poder Judicial, sobre jurisdicción universal. En este sentido, lo que se modificó fue la Ley Orgánica del Poder judicial, en una nueva redacción del artículo 23 de esta mencionada ley, donde se habrían establecido nuevos criterios para de tal forma ampliar la competencia de los jueces y tribunales e ir más allá de las fronteras españolas. Así como se regulaba la exclusión de la denuncia como activación del procedimiento penal y la acción popular prevista para estos supuestos. Todo lo cual, según los el grupo parlamentario demandante vulnera varias disposiciones constitucionales como ser regresiva pues limitaría la jurisdicción de jueces para el principio de jurisdicción universal sobre delitos graves, vulneración al principio de interdicción a la arbitrariedad y de igualdad ante la ley, discriminación reveladora de la arbitrariedad al establecer diferentes exigencias para atribuir la competencia extraterritorial de los tribunales españoles en virtud del delito perseguido, sin razonabilidad ni proporcionalidad, vulneración a la seguridad jurídica entre otros. Asimismo, se alegó que, de alguna manera, se modificaba sin seguir los canales o procedimientos adecuados, algunos tratados internacionales suscritos por España donde la persecución universal de determinados delitos estaba prevista.

⁷⁸ Boris Mirkine-Guetzévitch, *Derecho Constitucional Internacional*. 1ra edición. (Madrid: Reus, 2008).

El problema jurídico planteado en el caso en cuestión es si las restricciones a la jurisdicción universal introducidas por la Ley Orgánica 1/2014 son inconstitucionales o no, al contrariar los artículos 10.2, 24.1 y 96 de la CE. Así, dentro de este problema hubo dos temas que debía establecer el Tribunal Constitucional y son:

1. La interpretación del artículo 24.1 de la CE, a la luz del artículo 10.2 del mismo texto constitucional, sobre el lugar interpretativo que ocupan los tratados Internacionales en el control de constitucionalidad.
2. La interpretación del artículo 96.1 de la CE, donde el Tribunal Constitucional, por primera vez, abriría la puerta para que los órganos judiciales españoles efectúen el denominado control de convencionalidad.

Es importante, a este punto, recordar lo que establece el artículo 10.2 de la CE. Es así que, esta disposición constitucional señala que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Al respecto, y sobre el primer punto a determinar por el Tribunal, es decir sobre el parámetro interpretativo de los tratados internacionales, el Tribunal Constitucional afirma que “(...) el artículo 10.2 CE no es canon autónomo de constitucionalidad, sino que se limita a definir una pauta hermenéutica obligatoria destinada al Tribunal Constitucional y al resto de intérpretes y aplicadores del título I de la Constitución”⁷⁹. Bajo esta premisa, en el ordenamiento jurídico español, todos los tratados internacionales en materia de derechos y libertades fundamentales adquieren el lugar de cánones de interpretación que contribuyen “a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide”⁸⁰. Por consiguiente, los tratados internacionales juegan un papel subsidiario dentro del control de constitucionalidad. El carácter interpretativo de los mismos lleva a concluir que no ocupan jerárquicamente el mismo lugar de la CE y tampoco pueden entenderse incorporados dentro de la misma.

No obstante, es curioso como posteriormente a este anterior criterio en su argumentación el Tribunal Constitucional afirma realizar un “análisis de contraste” entre el contenido de la Ley Orgánica en cuestión (LO 1/2014) y el artículo 24.1 CE (tutela efectiva de los jueces y tribunales), leído este a la luz del artículo 10.2 CE, que finalmente converge en un análisis comparativo entre el contenido de esta cuestionada ley y cada uno de los estándares internacionales jurídicamente vinculantes para España, en materia de jurisdicción universal. Cotejo que lo lleva a desestimar el recurso en ese punto.

⁷⁹ Tribunal Constitucional español en su sentencia N° 140/2018 del 20 de diciembre, fundamento 5.

⁸⁰ *Íbid.*

Hasta ahí todo está claro, sin embargo, al realizar, lo que una autora llama “un juicio de legitimidad constitucional”⁸¹ entre la norma objeto de estudio y todo ese conjunto de fuentes vinculantes del derecho internacional. Y ello así a tal punto que el Tribunal Constitucional, para determinar la constitucionalidad de la norma lo hace bajo el siguiente argumento: “(...) por cuanto no puede deducirse del derecho internacional de los derechos humanos, que es parámetro de interpretación obligatorio para este Tribunal, un concepto absoluto y obligatorio de universalidad de la jurisdicción como el que defienden los recurrentes.”⁸² Por lo que, existe una suerte de contradicción en estos criterios emitidos por el Tribunal, pues se observa, por un lado, que los tratados internacionales no ocuparían ese lugar subsidiario que teóricamente se les quiere dar, sino, que por el contrario y en segundo lugar, en la práctica se constituyen en estándar directo de estudio dentro del control de constitucionalidad.

Ahora, en cuanto al tema que realmente nos interesa en este capítulo es referente al segundo punto que tiene en consideración el Tribunal Constitucional en determinar. Es en ese sentido que, respecto al Control de Convencionalidad que el Tribunal Constitucional referencia en su sentencia, es importante tener en cuenta lo que establece el artículo 96.1 de la Constitución Española en relación a los tratados internacionales. Siendo ello así tenemos que: *“los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”*. A partir de la interpretación que de esta disposición efectuó el Tribunal Constitucional en la STC 140/2018 es que este fallo se convierte en un hito importante para el derecho constitucional español, pues reconoce dentro del ordenamiento jurídico la posibilidad que los jueces y tribunales nacionales realicen un control difuso de convencionalidad. Es así como el Tribunal Constitucional en el análisis de la presunta vulneración de la Ley Orgánica 1/2014 (norma en cuestión) al artículo constitucional 93.1 de la Constitución que alegaban los demandantes y tomando en consideración las obligaciones adquiridas por España mediante los tratados internacionales ratificados, resuelve mediante el siguiente fundamento: “(...) si el análisis de constitucionalidad puede o debe incluir un examen sobre la compatibilidad entre tratados y ley interna, y si ese eventual juicio puede derivar en la declaración de inconstitucionalidad de una ley interna por oposición a un tratado, sobre la base de la previsión contenida en el artículo 96 CE. Expresado, en otros términos, los recurrentes plantean ante este Tribunal la formalización del control de convencionalidad de la norma interna, exigiendo un pronunciamiento preliminar

⁸¹ Luis Jimena Quesada, “La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre)”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, No. 53, (2019) 434-461.

⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional N° 140/2018 del 20 de diciembre, fundamento 5.

sobre la viabilidad de dicho control que los recurrentes asocian a la aplicación del artículo 96. 1 CE.”⁸³ Sobre ello, toma lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana y describe que en esencia consiste en que los jueces nacionales de los países que se han adherido a algunos tratados también están sometidos a las disposiciones que emanen del contenido de esos tratados internacionales ratificados en su territorio. En consecuencia, frente al estudio de un caso en concreto los jueces ordinarios tienen el deber de verificar que la aplicación de las leyes internas no mengüe los efectos de las normas de rango internacional, lo que, en definitiva, toma la doctrina de la propia fuente del control de convencionalidad, esto es del sistema interamericano de derechos humanos, lo que resulta algo *sui generis*, ni siquiera teniendo presente lo que establece la Unión Europea con sus dos principios básicos de su derecho o lo que el Tribunal de Estrasburgo ha manifestado sobre el carácter obligatorio de sus sentencias, sino fundamentos de la mismísima Corte Interamericana que creó el control de convencionalidad.

Asimismo, según el criterio del Tribunal, desprende del propio artículo 96.1 de la Constitución que los tratados internacionales ratificados vienen a ser parte del ordenamiento jurídico español. Aun así, aclara que estos no llegan a ocupar un lugar jerárquicamente superior al de las leyes internas, sino que existe “una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior”. Debiéndose tener en cuenta que esto no supone derogación, pero sí que puede admitirse su inaplicación. Es así que, al tratarse de un juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas y no de un juicio de validez, la competencia corresponde a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria y no al Tribunal Constitucional.

Ahora, esto tal vez, sin pretender forzar que el origen del control de convencionalidad como tal se encuentra en el sistema interamericano de derechos humanos a través de su famoso caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, existe en realidad, más que un origen, una inspiración diría yo, que viene de la Convención de Viena, donde se dispone que los compromisos internacionales adquiridos a través de los tratados suscritos y ratificados deben ser respetados. Lo que el fondo no es más que la expresión del principio *pacta sunt servanda*, así como del “de buena fe en el cumplimiento de los tratados internacionales que el Estado adhiere, el principio de efecto útil de los convenios internacionales y por el principio internacionalista”⁸⁴. Del mismo modo lo expresa Jimena Quesada, cuando señala que “la doctrina contraria al control difuso de convencionalidad, además de argumentar que el TC no había consagrado (hasta ahora, con la STC 140/2018) en España dicho control, esgrimía que, a diferencia de la Corte Interamericana, el TEDH tampoco habría declarado que del CEDH se derivara semejante control en los Estados del Consejo de Europa. Sin embargo, como en ocasiones he sostenido,

⁸³ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 140/2018 del 20 de diciembre, fundamento 6.

⁸⁴ Manuel Ruiz-Morales, “El control de convencionalidad y los sistemas...”. *Op. Cit.* p. 136.

una declaración de este tipo por parte del TEDH no es necesaria, como tampoco lo era la de la Corte Interamericana (que, razonablemente, se remite al art. 27 de la Convención de Viena de 1969 en el apartado 125 de la Sentencia Almonacid Arellano y otros c. Chile) o la de nuestra Jurisdicción Constitucional mediante la reciente STC 140/2018; y no son necesarios dichos pronunciamientos porque el control de convencionalidad se desprende directamente de la Convención de Viena de 1969⁸⁵. Por consiguiente, solamente es posible llevar estos principios a la práctica a través de los órganos judiciales nacionales y de la posibilidad que hagan uso del tan controvertido control de convencionalidad en Europa.

En relación a este tema, y tomando como base el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional español sobre el control de convencionalidad, podemos afirmar que los tratados internacionales, al ingresar al ordenamiento jurídico no van a ostentar rango constitucional, según lo expresado en un primer momento por este tribunal en su fundamento 5, lo cual, para efectos prácticos, deviene en que el propio Tribunal Constitucional no pueda efectuar este control de convencionalidad. Sin embargo, es importante precisar que si bien es cierto que el argumento es lógico por las razones descritas, también lo es que al inaplicar en un caso concreto una norma nacional interna para hacer uso de una disposición de carácter internacional como las contenidas en los tratados internacionales, lo que en esencia ocurre no es un desplazamiento, como se quiere pretende hacer ver por el Tribunal, sino que de manera informal, bajo la utilización de la figura de “inaplicación”, se le estaría irrogando cierta connotación de superioridad jerárquica a la norma internacional en el ordenamiento jurídico interno, trato superior que no encuentra soporte en el argumento expresado por el Tribunal Constitucional español, y claramente no tomado como un simple canon o pauta hermenéutica para la argumentación de los tribunales.

A fin de cuentas, en cuanto a la competencia de los jueces y tribunales para realizar el control de convencionalidad no hay mucho que debatir, por el contrario, tal como se ha dicho reiterativamente, este es el gran acierto de la sentencia, (aunque para algunos el gran desacierto y generador de inseguridad jurídica). Sin embargo, sí genera inquietud el argumento bajo el cual el mismo Tribunal Constitucional se excluye de la posibilidad de efectuar el control de convencionalidad, pero abre la posibilidad de que se acuda a un recurso de amparo (cuando en sus fundamentos jurídicos indica que reconoce que a través del recurso de amparo constitucional, puede revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios bajo los parámetros del artículo 24.1 CE, garantizando que el fundamento de la decisión no sea arbitrario, irrazonado o irrazonable), ya que, al estudiar, en sede de amparo, un asunto de esta categoría, tal como lo señala Fondevila, en realidad “ejercería, de este modo, una suerte de control de convencionalidad a través de la concesión de un amparo por violación del art. 24.1 CE, si el juez o tribunal que dictaron la

⁸⁵ Luis Jimena Quesada, “La consagración del control de convencionalidad ...”. *Op. Cit.* p. 436.

sentencia recurrida no aplicasen al caso concreto, de manera arbitraria, irrazonada o irrazonable, un tratado internacional en vigor. Es decir, que paradójica y, desde luego, contrariamente a la idea de modelo concentrado de justicia constitucional, el Tribunal no va a impedir que el legislador apruebe, a pesar de lo dispuesto en el 96.1 CE, una ley contraria a un tratado internacional, pero podrá en su caso conceder un amparo contra una resolución que aplique dicha norma”⁸⁶.

En este sentido, únicamente estaría el hecho de destacar que, a diferencia de lo que ocurre en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, el sistema español no contempla la realización de un control de convencionalidad como competencia de todos los órganos estatales dentro del Estado español, únicamente, de los jueces y tribunales que ejercen jurisdicción. Si bien la influencia clara de la creación de este criterio por parte del Tribunal Constitucional español se encuentra en el sistema interamericano, y prueba de ello es la utilización hasta del mismo nombre con que se le llama en el sistema interamericano .”control de convencionalidad-, no hay que negar que se trata de un control de convencionalidad un tanto especial dentro de España, y en particular dentro de Europa, ya que, no viene influenciado por ninguno de los dos grandes tribunales imperantes en este continente, como ya vimos el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo, tratando de encontrar –a criterio mío- forzosamente su fuente en la Convención de Viena de 1969, pero es innegable que aquí ha tenido que influir de sobre manera la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en vista de las características que poseería este control de convencionalidad español, aun con mucho ámbito por desarrollar.

En este orden de ideas, considero que el control de convencionalidad en el ámbito del Estado español es uno de los más desarrollados de todo el continente Europeo, producto de esta sentencia del Tribunal Constitucional, que prácticamente nace con este órgano, y no con un organismo internacional como es el caso de los grandes tribunales europeos, pero que establece las bases para un mayor desarrollo, investigación y sobre todo aplicación por parte de la jurisdicción ordinaria amoldando poco a poco, a través de criterios unificados, una doctrina propia que lleve la debida protección de los derechos fundamentales de los españoles, como así lo tienen los latinoamericanos.

⁸⁶ Manuel Fondevila Marón, “El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles...”, *Op. cit.* p. 81.

CONCLUSIONES

1. El control de convencionalidad, en el marco del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, su fuente, supone una protección adecuada, a nuestro modo de ver, de los derechos humanos de los ciudadanos de los Estados que han ratificado la CADH, ya que le otorga a la jurisdicción más cercana y conectada con la ciudadanía misma (jueces nacionales sin importar el rango que estos tengan) y en general, a todas las instituciones del aparato estatal dentro de la administración de justicia, facultades de control sobre la compatibilidad entre la normativa interna estatal con la CADH, la jurisprudencia de la CIDH y demás tratados internacionales sobre derechos humanos que los Estados hayan ratificado.
2. En el marco del sistema europeo de protección de Derechos Humanos, teniendo como protagonista al Tribunal de Estrasburgo, se ha visto, principalmente a través de su jurisprudencia, que debe existir compatibilidad entre la legislación interna de los Estados miembros del Consejo de Europa con el CEDH, pero no únicamente con éste, sino con otros tratados que estos Estados hayan ratificado, lo cual es un rasgo principal del control de convencionalidad americano. Asimismo, en su jurisprudencia se han identificado alusiones a las autoridades públicas (por ejemplo, refiriéndose a tribunales u otras instituciones dentro del sistema de justicia internos -jueces y fiscales-) para que apliquen o interpreten la legislación nacional o el derecho interno de acuerdo a los cánones o parámetros que establece el TEDH, lo que, comparándolo con el sistema interamericano, es un rasgo, también, característico del control de convencionalidad, y que en base a esto, podría decirse que comparten, ambos sistemas, estas características más fundamentales de la figura del control de convencionalidad.
3. Así también, siguiendo enmarcados dentro del sistema de protección de derechos humanos del TEDH, se ha observado de su jurisprudencia que su enfoque se centra en la reparación de la víctima, a diferencia de lo que sucede con el sistema interamericano que proyecta una finalidad ejemplificadora con cada caso que la CIDH emite, no obstante, es también es de destacar que, como se ha visto ambos sistemas poseen similitudes muy marcadas, como las dos principales características (una más desarrollada que la otra claro está) del control de convencionalidad.
4. No tendría sentido dejar de concluir, también, que dentro del sistema de protección del Tribunal de Estrasburgo o TEDH, si bien, en principio los efectos de las sentencias de este órgano son inter partes, esto es, que solo involucrarían a los Estados partes del pleito que dio origen a una sentencia por parte de este tribunal, también es cierto que, como en los casos de Italia, Suiza y Alemania, por ejemplo, el lugar que ocupan estas sentencias del TEDH es primordial, y las toman como parámetro normativo e interpretativo y hasta preventivo en sus ordenamientos, lo que, al menos en estos Estados, acerca mucho más a la figura del control de convencionalidad interamericano

por sus efectos no únicamente a los Estados parte del conflicto, sino que trasciende a más.

5. Resulta mucho más clara la tendencia de comparación y equiparación del control de convencionalidad interamericano con el sistema de protección de derechos humanos de la Unión Europea que lo realiza el Tribunal de Luxemburgo, pues en ambos, se observa la característica de la aplicación, por parte de los jueces nacionales e incluso de todo el aparato institucional estatales, de un derecho supranacional (la CADH por un lado y la Carta de Derechos Humanos de la UE y en general del derecho originario y derivado respectivamente por otro lado), y la primacía de este frente a una incompatibilidad con el derecho interno, influenciado, claramente, por el principio de supremacía del derecho de la Unión Europea que todo Estado miembro está obligado a respetar y garantizar.
6. A diferencia de lo que sucedía con el TEDH, donde nunca se ha manifestado (al menos no expresamente), sobre la posibilidad de inaplicación de una norma interna en aras del respeto al principio de primacía del Derecho de la Unión, sí que en el marco del sistema de protección de derechos de la Unión Europea se ha expresado esa posibilidad, como una facultad de los órganos estatales, lo que lo asemeja a su par interamericano, el control de convencionalidad. Por lo que, el caso *Simmenthal* (TJUE) y el caso *Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile* (CIDH) evidencian los mismos elementos que otorgan la facultad de uso del control de convencionalidad: incompatibilidad de normas de derecho interno y derecho supranacional, posibilidad de inaplicación de la norma interna y su aplicación o ejercicio de oficio por parte de los órganos públicos internos, y por tanto esta facultad del juez nacional (u otro órgano) de cualquiera de los veintisiete Estados miembros de la Unión Europea es el correlato directo del control ejercido por los organismos nacionales americanos de los Estados sometidos a la jurisdicción de la Corte Interamericana.
7. El desarrollo de la figura del control de convencionalidad en el marco del Tribunal de Estrasburgo, de todo lo analizado hasta ahora, está, aun, en un desarrollo mínimo, no mostrando mayor audacia y manteniéndose, aun, tenue en su regulación sobre este tema, ello debido, quizá a los problemas internos de los diversos Estados que lo conforman o a los límites que desde su creación ha mantenido en cuanto a la intromisión en la vida normal de los ordenamientos internos, no obstante, tiene las herramientas ya fijadas, o sentadas las bases, para un mayor desarrollo por parte del supremo TEDH, y llegar, en algún momento, a equipararse con su correlato, la CIDH, en su protección adecuada a los derechos humanos de los ciudadanos, la cual hasta el momento viene demostrando mucho más activismo judicial y audacia.
8. El caso español no se compara con el caso de Italia, Suiza o Alemania, como se manifestó anteriormente, puesto que en aquel Estado ha ocurrido algo inesperado y

curioso. El control de convencionalidad, que ahora es aceptado en el Estado de España no ha sido creación jurisprudencial por parte de un organismo internacional de derechos humanos, como lo son el Tribunal de Estrasburgo o el Tribunal de Luxemburgo, sino por el propio Tribunal Constitucional Español, que ha importado la figura del control de convencionalidad del continente americano, precisamente del sistema interamericano de Derechos Humanos, donde nació esta figura, dotando de facultades a los jueces y tribunales españoles para realizar este control y además, no toma como base un instrumento normativo particular, como podría ser el CEDH o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, sino a modo general, un control de todo tratado internacional, dándole al juez la facultad de inaplicar, en un caso concreto, una norma nacional interna para hacer uso de una disposición de carácter internacional como las contenidas en los tratados internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS:

Gros Espiell, Héctor. 1988. Estudios sobre Derechos Humanos. 1ra Edición. Madrid: Civitas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Gros Espiell, Héctor. 1991. La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo. 1ra Edición. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Linde, Enrique, Ortega, Luis Ignacio y Morón, Miguel Sánchez. 1983. El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos – Estudio de la Convención y de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2da Edición. Madrid, Edit. Civitas S.A.

Mirkine-Guetzévitch, Boris. 2008. Derecho Constitucional Internacional. 1ra edición. Madrid: Reus.

Nash Rojas, Claudio. 2009. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos. 1ra Edición. México D.F.: Porrúa.

O'donnell, Daniel. 1989. Protección Internacional de los Derechos Humanos. 1ra Edición. Lima: Comisión Andina de Juristas.

Rey Cantor, Ernesto, 2008. Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos. 1ra Edición. México D.F.: Porrúa.

Sánchez Legido, Ángel. 1995. La Reforma Del Mecanismo De Protección Del Convenio Europeo De Derechos Humanos. 1ra Edición. Madrid, Colex.

Serrano Guzmán, Silvia. 2013. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1ra Edición. México D.F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Urrutikoetxea Barrutia, Mikel. 2014. Tribunal Europeo De Derechos Humanos. Valencia: Tirant lo Blanch.

CAPÍTULOS DE LIBRO, ARTÍCULOS EN REVISTAS, TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN:

Abrisketa Uriarte, Joana. 2013. *Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador*, *Revista Española de Derecho Internacional* n.º 1 vol. LXV: 73-99.

Ambos, Kai y Bohm María Laura. 2013. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz? En *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac Gregor y Alfonso Herrera García, 1057-1088. México D.F.: Tirant lo blanch.

Anagnostou, Dia. 2013. Untangling the domestic implementation of the European Court of Human Rights' judgments. En *The European Court of Human Rights. Implementing Strasbourg's Judgments on Domestic Policy*, editado por Dia Anagnostou, 1-24. Edimburgo: Edinurgh University Press,.

Díez-Picazo, Luis María. 2008. La naturaleza de la Unión Europea. *Revista para el Análisis del Derecho* nº4: 1-67

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2011. El Control Difuso de Convencionalidad por los Jueces Latinoamericanos: Evolución de la Doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernos Miguel Jiménez Abad* Nº 2: 106-108.

Fondevila Marón, Manuel. 2019. El control de convencionalidad por los jueces y tribunales españoles. A propósito de la STC 140/2018, de 20 de diciembre. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Vol. 23, No. 2: 439-458.

Galgani Ugarte Tania Yovanna. 2019. Control de Convencionalidad y Activismo Judicial en Chile. Tesis de doctorado, Escuela De Doctorado 'Studi Salamantini', Programa De Doctorado, Estado De Derecho Y Gobernanza Global.

González Domínguez, Pablo. 2018. Antecedentes de la doctrina del Control de Convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En *Derecho Procesal Constitucional en perspectiva histórica*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Juan Antonio Magaña de la Mora y Emmanuel Roa Ortiz, 1-17. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Groppi, Tania. 2006. La «Primauté» del Derecho Europeo sobre el Derecho Constitucional Nacional: Un Punto de Vista Comparado. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 5: 225-243.

Guillén López, Enrique. 2018. Ejecutar en España las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una Perspectiva de Derecho Constitucional Europeo. *Teoría y Realidad Constitucional* núm. 42: 335-370.

Herrera Pérez Alberto. 2016. El Control de Convencionalidad en Materia de Derechos Humanos y la Regularidad Constitucional. Comentarios a la Jurisprudencia 20/2014 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Cuestiones Constitucionales* núm. 35: 277-288.

Jimena Quesada, Luis. 2019. La consagración del control de convencionalidad por la jurisdicción constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales (comentario a la STC 140/2018, de 20 de diciembre). *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, No. 53: 434-461.

López Guerra, Luis. 2013. El sistema europeo de protección de derechos humanos. En *Protección multinivel de Derechos Humanos*, coordinado por G. R. B. Galindo, R. Urueña y A. Torres Pérez, 165-187. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.

Mangas Martín, Araceli. 2008. "Artículo 51. Ámbito de aplicación". En: *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, coordinado por Luis González Alonso, 813-815. Bilbao: Fundación BBVA.

Mangas Martín, Araceli. 2008. Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales. En *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, 1ra edición, coordinado por Luis González Alonso, 29-70. Bilbao: Fundación BBVA.

Nuevo López, Pablo. 2015. Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la Unión Europea. *Revista catalana de dret públic*, núm. 50: 141-160.

Quispe Remón Florabel. 2016. La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano: su evolución y una visión actual. *Anuario Español de Derecho Internacional* vol. 32: 225-258.

Ruiz-Morales, Manuel. 2017. El control de convencionalidad y los sistemas de protección de los derechos humanos americano y europeo. Su recepción en el caso argentino y español. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 21: 129-160.

Sagüés, Néstor Pedro. 2011. El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. En *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales*, editado por Armin Bogdandy, 381-382. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Sagüés, Néstor Pedro. 2010. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. En *Estudios Constitucionales*, editado por Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Talca: Universidad de Talca.

Simma, Bruno. 1993. International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis. En *Collected Courses of the Academy of European Law Vol IV*, coordinado por European University Institute, 153-236. Zuidoostsingel: Kluwer Law International.

Vasak Karel. 1974. Le Droit International des Droits de L'homme, en *RCADI T.140 IV*: 333-415.

ARTÍCULOS EN WEB Y CONSULTAS:

Carbonell, Miguel. 2013. Introducción General al Control de Convencionalidad. 1ra Edición. México D.F.: Porrúa México / Universidad Nacional Autónoma de México, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3271/11.pdf> (consultada el 28 de enero del 2020).

Consejo de Europa. <https://www.coe.int/en/web/about-us/values> (consultada el 12 de febrero del 2020).

Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 7: Control de Convencionalidad, 2019, en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf> (consultada el 10 de febrero del 2020).

De Agapito Serrano, Rafael, “La Unión Europea y la globalización”. Comunicación presentada en el Congreso Internacional sobre «La construcción del Derecho Constitucional Europeo. Granada, 14 y 15 de mayo de este año 2009. <https://www.ugr.es/~redce/REDCE12/articulos/05DeAgapito.htm>

Diccionario Social | Enciclopedia Jurídica Online. <https://diccionario.leyderecho.org/ex-officio/> (consultada el 27 de enero del 2020).

Fernández Segado, Francisco, “El Juez Nacional como Juez Comunitario Europeo de Derecho Común. Las Transformaciones Constitucionales Dimanantes de Ello”, Comunicación presentada en la Conferencia pronunciada como "lección magistral" en el acto académico de investidura del autor como doctor honoris causa por la Universidad de Messina, en Messina, Italia, el 11 de noviembre de 2004. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5738/7534#N*

Romero R. Luis Miguel, “Costa c. ENEL, Su influencia en la ‘primauté’ del Derecho Comunitario”. En https://www.academia.edu/1742658/An%C3%A1lisis_Jurisprudencial_de_la_Decisi%C3%B3n_Costa_vs._Enel_en_la_Supremac%C3%ADa_del_Derecho_Comunitario_Europeo

Ruiloba Alvariño, Julia, 2006. El Tribunal Europeo De Derechos Humanos: Organización y Funcionamiento, en el *Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica* N° 1. 1-14: <https://www2.uned.es/escuela-practica-juridica/AEPJ%201%20Julia%20Ruiloba.pdf>. (consultada el 15 de febrero del 2020).

JURISPRUDENCIA:

- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala del 25 de noviembre de 2003.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Almonacid Arellano y otros c/. el Gobierno de Chile del 26 de septiembre de 2006.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú del 24 de noviembre de 2006.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México del 26 de noviembre de 2010.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman Vs. Uruguay del 24 De febrero De 2011.
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala del 20 de noviembre del 2012.

- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Airey del 09 de octubre de 1979.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Ilascu and Others vs. Moldava and Russia, del 8 de Julio de 2004, con número 48787/99.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Sławomir Musiał v. Poland del 20 de enero del 2009, con número 28300/06.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Broniowski v. Poland del del 22 de junio del 2004, fundamento 192 con número 31443/96.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Siliadin v. France del 26 de julio del 2005 con número de aplicación 73316/01.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso X and Y vs. Netherlands del 26 de marzo de 1985 con número de aplicación 8978/80.
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Airey v. Irlanda del 09 de octubre de 1979. con número de aplicación 6289/73.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso Nold c. Comisión del 14 de mayo de 1974.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Annibaldi del 18 de diciembre de 1997, asunto C-309/96.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Simmenthal del 09 de marzo de 1978, con número de asunto 106/77.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Costa c. ENEL, del 15 de julio de 1964, signado con número de asunto 6/64.
- Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso Vand Gend & Loos, del 05 de febrero de 1963 signado con número de asunto 26/62.
- Sentencia del Tribunal Constitucional español N° 140/2018 del 20 de diciembre.