

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LOS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS AMERICANO Y EUROPEO. SU RECEPCIÓN EN EL CASO ARGENTINO Y ESPAÑOL

Control of conventionality and systems of human rights protection established in America and Europe. Their reception in Argentina and Spain

MANUEL L. RUIZ-MORALES¹
Universidad de Cádiz
manuel.ruizmoral@uca.esm

Cómo citar/Citation

Ruiz-Morales, M. L. (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, 21, 129-160.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.06>

Resumen

El artículo analiza la doctrina del «control de convencionalidad», fundamentalmente difuso, por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales en el sistema

¹ Personal docente e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz (España), adscrito al Departamento de Derecho Internacional Público, Penal y Procesal. Investigador invitado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociológicas Ambrosio Lucas Gioja, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina).

interamericano de tutela de los derechos humanos, atendiendo especialmente al particular argentino, y a su recepción y aceptación interna. Posteriormente, estudia la eventual aplicación de este criterio en el seno del sistema europeo de protección de los derechos humanos, observando si es posible afirmar la existencia de una práctica similar a la desarrollada e impuesta en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos (OEA) por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Para terminar, se examina si se aplica eventualmente tal principio en el interior del ordenamiento jurídico español y, principalmente, se discute sobre el cumplimiento de las sentencias del TEDH, dentro de nuestro acervo jurídico, a los efectos de precisar la posible observancia por parte de los jueces y tribunales españoles de los valores contenidos en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y su interpretación realizada por el Tribunal de Estrasburgo.

Palabras clave

Control de convencionalidad; sistemas de protección de los derechos humanos; jurisprudencia; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Abstract

This article analyzes the “control of conventionality” doctrine, by the national courts in the inter-American system for the protection of human rights, with particular reference to the Argentine case, regarding the domestic receipt and acceptance. Later, it studies the application of this criterion in the European system for protecting human rights, in order to verify the existence of a similar practice to that which exists in the inter-American system. In closing, it reviews the application of the “control of conventionality” principle, in the Spanish legal order and, fundamentally, the enforcement of sentences of the European Court of Human Rights, is discussed.

Keywords

Conventionality control; human rights protection systems; jurisprudence; Inter-American Court of Human Rights; European Court of Human Rights.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA CORTE IDH: 1. Desarrollo y configuración. 2. Fundamentos y finalidad. 3. Efectos. 4. Fuerza vinculante. III. SU RECEPCIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA. IV. EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN: 1. Consideraciones previas: la doble estructura. 2. El TJUE y el control de comunitariedad. 3. El primigenio sistema de protección de los derechos humanos por parte del TEDH: 3.1. *Los problemas de fundamento*. 3.2. *La fuerza vinculante de las sentencias*. 3.3. *¿Nimias posibilidades de control de convencionalidad?* IV. SU RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la segunda mitad del siglo xx, como consecuencia de las atrocidades acaecidas frente a millones de personas durante la II Guerra Mundial, surgió en la comunidad internacional una corriente de pensamiento que observaba la eminente necesidad de tutelar los derechos más elementales de los seres humanos, a efectos de evitar la repetición de tales hechos, es decir, a efectos de evitar su impunidad.

Ello dio lugar al desarrollo y adopción de tratados y convenios internacionales que velaban por la efectividad en el ejercicio de los derechos fundamentales, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948.

No obstante, el mayor avance producido desde esos pretéritos momentos hasta la actualidad —en el seno de la defensa de los derechos humanos—, ha venido de la mano de las aportaciones en la materia de organizaciones supranacionales de carácter regional, configurándose así los sistemas de protección de los derechos humanos.

Fundamentalmente, la consolidación de estos sistemas solo ha acontecido en el ámbito europeo e interamericano, a través de distintos instrumentos jurídicos internacionales, mas mostrando un cierto paralelismo entre ambos.

El primigenio sistema surge de la Organización de Estados Americanos (OEA), unos meses antes que se ratificase —incluso— la Declaración antes citada. Y es que en mayo de 1948 se aprobó, en Bogotá, la Declaración Americana

de los Derechos y Deberes del Hombre. Algo más de veinte años más tarde, en 1969, se redactó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), que finalmente entró en vigor en 1978, y que se convertiría en el faro de luz en materia de protección y promoción de los derechos humanos. A partir de ahí, se creó su órgano más preeminente en el conocimiento de las violaciones de los derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) sita en San José de Costa Rica. Conjuntamente, se erigió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), con sede en Washington, EE. UU., con un rol fundamental en la creación de informes *ad hoc*, y ostentando el papel de «Acusador» de los Estados ante la Corte IDH.

Por su parte, el sistema europeo tiene su base en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, más conocido como Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), aprobada en Roma en 1950, en el marco del Consejo de Europa. En virtud de tal convención, se funda en 1959 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) situado en Estrasburgo, con la finalidad de proteger ante cualquier violación de los derechos reconocidos en la Convención.

Evidentemente, ambos sistemas tutelares regionales optan por la creación de órganos de control judicial en el cumplimiento de las obligaciones convencionales contraídas, lo que es lógico, toda vez que «proclamar derechos y no prever mecanismos de garantía conduciría a su esterilidad y es contrario a la racionalidad de su proclamación» (Canosa Usera, 2015: 238).

Ahora bien, aun cuando de la Corte IDH han emanado muchísimas menos sentencias que del tribunal europeo semejante, la americana es una magistratura que ha engendrado importantes innovaciones jurídicas², como fue en su momento el concepto de desaparición forzada de personas.

Por su parte, otra de las genuinas aportaciones de la Corte de San José, es la elaboración de la doctrina jurisprudencial del «control de convencionalidad», herramienta dispar y singular en el fuero de los organismos jurisdiccionales internacionales, puesto que al menos se trata del único tribunal que la ha denominado de tal manera, estableciendo al efecto cierta configuración y, en definitiva, revolucionando la aplicación de las normas internacionales de los derechos humanos y su supervisión en el territorio nacional de cada Estado.

El presente artículo va a tener como objeto el estudio de esta reciente institución jurídica. No obstante, y especialmente, además de analizar su actual estructura (puesto que ha venido y viene concretizándose hasta el día de hoy),

² Incluso es destacable la influencia que ejercen entre sí.

se examinará su fuerza vinculante y el nivel de su aceptación en la República Argentina. De este modo, una vez llegado a este punto, se comprobará si existe algo parecido en el fuero del Tribunal de Estrasburgo o, más particularmente, en el ámbito europeo. Una vez realizado este cotejo, se pasará a escrutar cómo se recepcionan tales aspectos en el interior del Estado español, a efectos de contrastar la permeabilidad de las normas internacionales de los derechos humanos y de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales garantes de tan preciados derechos entre España y Argentina³, con base en ese «control de convencionalidad».

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA CORTE IDH

1. DESARROLLO Y CONFIGURACIÓN

El control de convencionalidad *de facto* ha sido aplicado desde mucho tiempo atrás, aunque su denominación y configuración como tal —al modo que actualmente es comprendida— resulta bastante moderna, puesto que la misma vio la luz hace apenas una década.

De este modo, el control de convencionalidad sería, originalmente o típicamente⁴, el realizado por la propia Corte IDH desde antaño, como tribunal supranacional creado por la CADH, que ostenta la finalidad de controlar la afinidad existente entre lo ordenado por la CADH⁵ y los actos, hechos y normas estatales⁶, sentenciando a favor o en contra de tales actuaciones nacionales en el supuesto, en virtud de la conformidad de estas últimas con las disposiciones convencionales (García Ramírez, 2011: 126).

³ Toda vez que para la protección de los derechos humanos el encaje derecho constitucional y derecho internacional actualmente es inevitable. En este sentido se podría decir que «se transita de las tradicionales “garantías constitucionales” a las “garantías convencionales”», teniendo su máximo grado de desarrollo con las sentencias que dictan los tribunales internacionales» (Ferrer Mc Gregor, 2011: 617).

⁴ Este control de convencionalidad en ocasiones también es llamado externo.

⁵ Junto con otras normas internacionales de derechos humanos, reconocidas por las naciones americanas, como la Convención de los Derechos del Niño, los Convenios de Ginebra, etc.

⁶ Genuinamente, el examen recaía sobre el acto estatal que lesionaba estos derechos, pero normalmente era producto de una norma que lo amparaba, por lo que actualmente también se controla la convencionalidad de las normas.

Sin embargo, la doctrina del «control de convencionalidad⁷» —en su novedosa faceta—, aparece en el seno de la Corte de San José por primera vez en el voto particular del magistrado García Ramírez que —en determinados casos resueltos por ese tribunal— ya había realizado una aproximación conceptual a esta institución.

No obstante, será a partir del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006) cuando se introduzca por vez primera en el párrafo de una sentencia de mencionada corte judicial dicho mecanismo, determinando y reafirmando algunos de sus elementos en ella. Argumentos que continuarían fortaleciéndose y fijándose nuevamente con el devenir de las resoluciones, de manera progresiva (Hitters, 2009: 113-118).

La Corte IDH se convierte —por medio de esta técnica— en un supertribunal en la materia, poniendo a su disposición y delegando su misión a los jueces nacionales, los cuales pasan a ser sus auxiliares (Canosa Usera, 2015: 239).

Pues bien, en virtud de la doctrina jurisprudencial del «control de convencionalidad» la Corte declara que:

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 les 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 esta 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 Americana⁸.

Y ello es así toda vez que los órganos jurisdiccionales internos no solo deben respetar su propia Constitución nacional a la hora de dilucidar las causas de las que conoce, sino también la convencionalidad de su decisión⁹. No

⁷ Obviamente, como el control externo u original, también se controla la convencionalidad de los actos estatales, pero ahora se hace referencia al ámbito interno de las naciones.

⁸ Párr. 124 de la Sentencia de 26 de septiembre de 2006, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, e idéntico en párr.173 de la Sentencia de 29 de noviembre de 2006, caso *La Cantuta vs. Perú*.

⁹ Véase párr. 78 de la Sentencia de 20 de noviembre de 2007, caso *Boyce y otros vs. Barbados*.

se debe olvidar, que en virtud del art. 2 de la CADH, los Estados firmantes están obligados a «adecuar el ordenamiento interno» en la ideología y conformidad estipulada por la CADH, teniendo como correlato directo que en su defecto, la Corte IDH puede aplicar medidas que eliminen normas contrarias a la Convención, y también tomar medidas acorde a ella.

No obstante, a lo largo de esta década, el control de convencionalidad —además de consistir en esa revisión de las normas y prácticas internas estatales respecto de la CADH, su jurisprudencia¹⁰ y el resto de convenios de derechos humanos que el Estado haya ratificado, por parte de los tribunales nacionales¹¹—, se entiende como un deber que le corresponde cumplir de oficio¹² a los órganos del Poder Judicial estatal en su ámbito competencial correspondiente¹³, independientemente del nivel jerárquico o funcional del órgano jurisdiccional¹⁴.

Sin embargo, en los últimos años de construcción de este concepto, la Corte IDH ha ampliado el escenario del control interno, declarando que esta verificación no recae solamente en los miembros del Poder Judicial, sino que es una función de cualquier autoridad pública¹⁵ u órgano público¹⁶ de un Estado parte¹⁷. Aunque también es cierto que la propia corte no ha impuesto un determinado modelo a la hora de realizar el control de convencionalidad, por lo que deja a salvo a todos los sistemas jurídicos, ya se decanten por un

¹⁰ Pero solo no se debe tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH, sino también sobre la base de lo declarado en las Opiniones Consultivas. Véase párr. 33 de la Resolución de 19 de agosto de 2014, Opinión Consultiva OC-21/14.

¹¹ Véase párr. 330 de la Sentencia de 20 de noviembre de 2012, caso *Gudiel Álvarez y otros* («Diario Militar») vs. *Guatemala*.

¹² En este sentido, el juez nacional debe someterse al principio *iura novit curia*, por lo que aunque las partes procesales no hayan traído a colación esos argumentos jurídicos, este juzgador deberá aplicar la jurisprudencia internacional (Jimena Quesada, 2009: 501-502).

¹³ Véase párr. 128 de la Sentencia de 24 de noviembre de 2006, caso *Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* y párr. 180 de la Sentencia de 12 de agosto de 2008, caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*; entre otras.

¹⁴ Véase párr. 225 de la Sentencia de 26 de noviembre de 2010, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*; entre otras.

¹⁵ Véase párr. 239 de la Sentencia de 24 de febrero de 2011, caso *Gelman vs. Uruguay*.

¹⁶ Al establecerse que el control lo ejercería cualquier autoridad, se extiende ilimitadamente el control de convencionalidad (García Ramírez, 2016: 136), hasta el punto de no poder controlarse su efectiva funcionalidad.

¹⁷ Véase párr. 497 de la Sentencia de 28 de agosto de 2014, caso *de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*.

control difuso o concentrado —tanto de constitucionalidad como de convencionalidad de actos y normas—¹⁸.

Igualmente, se debe tener en cuenta que la doctrina del control de convencionalidad, como se conoce en estos momentos, no es una realidad acabada e inmutable, sino todo lo contrario, puesto que si continúa la línea seguida hasta hoy, los perfiles, la extensión y los límites de mencionado control proseguirán construyéndose de acuerdo a las necesidades existentes y a los problemas que vaya resolviendo (Vargas Alfaro, 2016: 130-132).

2. FUNDAMENTOS Y FINALIDAD

La sumisión que hacen los Estados parte en relación a la CADH, no se realiza sobre la base del principio democrático, puesto que de este daría lugar la Constitución que ocupa la cúspide del acervo jurídico nacional, como resultado del accionar del poder constituyente (Canosa Usera, 2015: 248).

Como es evidente, ello no es posible en el marco internacional, en tanto en cuanto las normas internacionales no tienen su origen en ese poder constituyente, sino en el principio *pacta sunt servanda*, en el que se funda la propia convención¹⁹, basado en las normas del derecho internacional general.

Más concretamente, esta procedencia se explicita en los principios 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, en virtud de los cuales una nación parte no puede basar la desobediencia de la normativa internacional bajo el amparo de una norma interna²⁰.

De esta forma, la finalidad pretendida mediante el control de convencionalidad —por parte de la Corte y de los tribunales nacionales—, resulta ser el dar cumplimiento de una manera absoluta a las obligaciones declaradas en los arts. 1 y 2 de la CADH, relativas al deber de respetar (obligación negativa de abstención) —por parte de los Estados adherentes en sus respectivos territorios los derechos y libertades reconocidos en la Convención—, así como garantizar (obligación positiva de accionar) su libre y pleno ejercicio, sin que recaiga ningún tipo de discriminación. Para acatar tales compromisos

¹⁸ Véase párr. 124 de la Sentencia de 30 de enero de 2014, caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*.

¹⁹ Véase art. 26 de la CADH.

²⁰ Véanse arts. 26, 27 y 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En el mismo sentido, véase el dictamen de la Corte IDH en el párr. 35 de la Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994.

los Estados deben aprobar medidas legislativas, establecer políticas públicas y planes de promoción y prevención de los derechos humanos (Pía Larné, 2007: 226), o cualquier otro actuar en el seno del fuero nacional²¹.

3. EFECTOS

El desempeño del control de convencionalidad produce una serie de efectos en los actos y normativas nacionales estatales. Lo lógico y normal es la consecuencia anulativa de tal práctica²², puesto que si esta es contraria a la CADH o a la jurisprudencia de la Corte IDH, tal norma u actuación queda suprimida, descartada o invalidada del ordenamiento interno. En este sentido, lo declara dicho tribunal internacional, que impone el deber de expedir «normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías²³».

Esta obligación se concreta en el principio de adecuación, que consiste en que dentro de un plazo razonable desde el dictamen de la sentencia, el Estado cuya norma sea incompatible con la Convención o la jurisprudencia de la Corte de San José, tiene que adaptar su ordenamiento jurídico interno a las garantías convencionales²⁴, logrando así el siempre pretendido efecto útil (*effet utile*) (Bazán, 2011: 77) de los instrumentos internacionales, para que no queden menoscabados por normas internas, contrarias al objeto y fin del estándar internacional en la protección de los derechos humanos²⁵.

Por otra parte, del control de convencionalidad también se deriva el efecto constructivo o armonizante, consistente en que el juez nacional debe emplear y aplicar únicamente las interpretaciones de la norma interna que

²¹ Así ha quedado impuesto en multitud de sentencias de la Corte, la primera de ellas, la Sentencia de 29 de julio de 1988, caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*.

²² Este control a veces también es conocido como control fuerte, por lo que, a diferencia de las tesis del TEDH, la Corte IDH no deja lugar a la teoría del margen de apreciación, en virtud de la cual el tribunal internacional respeta que algunas decisiones sean tomadas por las autoridades internas estatales, no entrando a valorar si es correcta su aplicación o no. Dicho esto, debe concluirse que en el sistema interamericano prima siempre el principio de proporcionalidad en el caso concreto (Contreras, 2014: 242-254).

²³ Párr. 207 de la Sentencia de 30 de mayo de 1999, caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*; entre otras.

²⁴ Véase párr. 332 de la Sentencia de 14 de mayo de 2013, caso *Mendoza y otros vs. Argentina*.

²⁵ Véase párr. 180 de la Sentencia de 12 de agosto de 2008, caso *Heliodoro Portugal vs. Portugal*.

sean conformes a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH, a efectos de reciclar la normativa local o interna, acomodando normas que en algunas de sus apreciaciones podría ser anticonvencional (Sagués, 2011: 383-387).

De este modo, a través de la conjunción entre el ordenamiento jurídico estatal y las normas de derechos humanos dispuestas e interpretadas de acuerdo a un modelo o patrón común de entendimiento, se permite el desarrollo de una suerte de *ius commune* en esta materia y en el área interamericana²⁶ (Sagués, 2011: 391-397).

Por lo tanto, se construye —por medio de esta institución de naturaleza jurisprudencial— un andamiaje, en virtud del cual los Estados en su fuero interno deben velar por el cumplimiento de la tutela de estos elementales derechos de las personas, realizando un control por parte de los propios jueces nacionales, con el objetivo de conocer y evitar que el propio Estado del que se forma parte incurra en responsabilidad internacional derivada de privación o atentados a los derechos humanos. En el particular en el que esta previsión se contraviniera (consciente o inconscientemente), provocando un menoscabo en los derechos reconocidos en la Convención, y pudiendo el Estado haber reparado la situación sin haberlo hecho, actuará la Corte IDH a efectos de proteger los mencionados derechos que están siendo socavados. En esta premisa se asienta el principio de subsidiariedad del sistema internacional, puesto que el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, y la responsabilidad internacional solo se exigirá después de haber gozado la autoridad estatal de la oportunidad de declarar tal violación de derechos²⁷.

4. FUERZA VINCULANTE

Los fallos de la Corte IDH son de obligatorio cumplimiento para los Estados adheridos a la CADH, de ahí que estos casi en la totalidad de sus sentencias han sido respetuosos con lo dispuesto en ellas (Hitters, 2008: 145). Por tanto, en virtud de que los Estados acatan las decisiones del Tribunal de San José²⁸, se puede determinar que existe obligatoriedad de lo dictaminado

²⁶ No obstante, también se debe reconocer el papel principal que —con cada vez mayor protagonismo— está posibilitando el denominado «diálogo jurisprudencial» entre las sentencias de los tribunales nacionales y las resoluciones de la Corte de San José, que viene alcanzando un nivel relevante de interacción a la hora de constituir ese *ius constitutionale commune* del continente americano (Ferrer McGregor, 2011: 617-622).

²⁷ Véase párr. 142 de la Sentencia de 30 de noviembre de 2012, caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*.

²⁸ Solo en varios supuestos se ha declarado la inejecutabilidad de las sentencias de la Corte, como por ejemplo en el expediente 08-1572 de la Sala Constitucional del Tribunal

por la Corte, en base a que los Estados parte en la Convención la adoptan y la aceptan de forma soberana, implicando —su sujeción a la Corte IDH y, por ende, su interpretación de los textos normativos— dicha exigencia en el seno en los Estados parte (García Ramírez, 2011: 137-139).

Ahora bien, aunque evidentemente las sentencias de la Corte se aplicarán y provocarán efectos *inter partes*²⁹, es dable destacar que las sentencias disfrutan de eficacia *erga omnes* —frente a todos los Estados— en lo que a la interpretación de normas y en la fijación del sentido de la literalidad del precepto³⁰ se refiere. Todo ello se funda en la jerarquía del derecho internacional sobre el derecho interno, por la que existe supremacía del primero sobre el segundo³¹.

Incluso es de obligado cumplimiento el ejercicio del control de convencionalidad, en su doble faceta, internacional o externa, e interna. Así se demuestra en la jurisprudencia de la propia Corte IDH, emanando de ella misma la forzosa aplicación de la jurisprudencia de ese mismo tribunal, al declarar que, al llevar a cabo el control de convencionalidad, el juzgador interno debe hacer valer la interpretación que de la Convención hace la Corte de San José, lo que demuestra a todas luces, esta eficacia *erga omnes* en todos los Estados parte (Galindo, 2013: 261-269; y Hitters, 2013: 701-703).

Además, estas resoluciones de la Corte «no limitan su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*³²», produciéndose un claro efecto expansivo.

Supremo de Justicia de Venezuela, en relación a la Sentencia de 5 de agosto de 2008, caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*.

²⁹ Es decir, a los que participan en el procedimiento; a saber: por un lado estaría el Estado como victimario o responsable (en cuanto a los hechos y las conductas puntuales cometidas), y por otro, la víctima.

³⁰ Ahora bien, los tribunales nacionales pueden hacer interpretaciones propias y que sean más garantistas con los derechos humanos de los ciudadanos, toda vez que la CADH contiene las mínimas salvaguardias para tales libertades, pudiéndose mejorar a nivel interno, en virtud del principio *pro homine*.

³¹ (Kelsen, 1998: 224-244). Otros autores hablan de supremacía o un rango superior, sin que venga establecido en ningún tratado o normativa, aunque para decretarlo se fundamenta la imposibilidad de que una norma internacional se incumpla por existir una ley interna. También es digno de mención aducir a la obligatoriedad que ostentaría igualmente, debido a la *vincularidad moral y jurídica del acatamiento* de los tratados sobre derechos humanos (Hitters, 2008: 147-148).

³² Párr. 102 de la Sentencia de 20 de marzo de 2013, caso *Gelman vs. Uruguay*.

Por otra parte, la Corte IDH —además de sus competencias contenciosas— ostenta igualmente competencias consultivas, que sirven para interpretar ciertos documentos internacionales, sin necesidad de la previa aceptación de los Estados. Estas opiniones emanadas de la Corte, en principio, no poseen fuerza coercitiva; aunque a efectos prácticos se debe aducir que siempre son recibidas por los diversos países voluntariamente y sin reparos, debido a la autoridad moral y científica que representa este tribunal, presentando —eso sí— «efectos jurídicos innegables» (Hitters, 2008: 148-150) atesorando mayor repercusión para el Estado que solicitó la consulta (García Ramírez, 2011: 137). Además, es evidente que aunque se trate de una consulta, la Corte en su opinión interpreta y da contenido a la CADH, por lo que en estos casos la Corte IDH opera realizando una «consulta de convencionalidad», que podría ser entendida y considerada como propia jurisprudencia del Tribunal, en su acepción amplia (Sagués, 2015: 280).

En relación con las potestades de las que disfruta en la materia la CIDH³³, se debe decir que algunos pronunciamientos son considerados obligatorios —de forma indirecta—, ya que gozan de un alto valor moral, jurídico y político, como consecuencia de la autoridad de la que emanan y del principio *pacta sunt servanda*, aunque no gozan de ejecutoriedad (Hitters, 2008: 136-137).

Por tanto, de una u otra forma, las manifestaciones producidas por los órganos que configuran el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, son por distintas razones vinculantes, poseyendo un gran valor. Esto posibilita afirmar que a la hora de llevar a cabo el control de convencionalidad judicialmente, tanto en su faceta externa como interna, se tendrá que tener en cuenta de manera obligatoria las decisiones de los órganos de tal sistema, ya que deben observarse forzosamente.

III. SU RECEPCIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

La vuelta a la democracia en el año 1983 implicó la estructuración y reestructuración de muchas instituciones y políticas estatales abandonadas.

Así, dentro del escenario de derechos humanos —que adquirió su papel prioritario para una sociedad fuertemente golpeada por el terrorismo de Estado—, el 1 de marzo de 1984, Argentina sancionó la Ley 23.054 que aprobó la CADH (art. 1.º) y reconoció la competencia de la Comisión Interamericana

³³ La Comisión emite informes, conclusiones y recomendaciones. Siendo un órgano cuasi jurisdiccional, hasta el punto que muchos de sus dictámenes observan las mismas consideraciones que de un verdadero fallo o sentencia se tratase.

de Derechos Humanos por tiempo indefinido, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta convención bajo condición de reciprocidad (art. 2.º).

El verdadero paso se daría diez años más tarde, cuando en oportunidad de la reforma constitucional de 1994, en virtud del nuevo art. 75 inc. 22 de la Carta Magna argentina, la CADH conjuntamente con otros tratados internacionales de derechos humanos pasaron a formar parte del «Bloque de Constitucionalidad», es decir, tienen igual jerarquía normativa que la Constitución Nacional (en adelante, CN), sirviendo para completar y complementar esta —sistema monista—.

De esta manera, a partir de esta reforma los jueces y demás operadores gubernamentales argentinos debían, no solo hacer un control de constitucionalidad a la hora de analizar los hechos o actos estatales, sino también un control de convencionalidad —aún sin saberlo todavía—.

Se debe aludir, primeramente, que en el supuesto de sentencias de la Corte IDH en los que Argentina es parte, la resolución del Tribunal de San José es de obligado cumplimiento, debiendo incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) subordinar el contenido de sus decisiones a los dictámenes de aquella³⁴. Esa ha sido la línea habitual y la que ha permanecido posteriormente.

No obstante, el problema se halla en saber si ocurre lo mismo cuando el fallo recae sobre otro país signatario, pero no sobre la Argentina. En este caso, parece que mencionada resolución formaría parte de una especie de «doctrina legal» vinculante, puesto que la CSJN ha afirmado que tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como las directivas de la Comisión constituyen una pauta de interpretación imprescindible de la CADH³⁵. Sin embargo, posteriormente, en 2010, el procurador general de la nación, sostuvo que las sentencias de la Corte de San José, solo eran obligatorias cuando el Estado en cuestión fuera parte en el proceso concreto que dio lugar a tal decisión³⁶, a pesar de lo resuelto en ese mismo caso en 2012³⁷.

³⁴ Sentencia de la CSJN de 23 de diciembre de 2004, Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa —Bulacio, Walter David—.

³⁵ Sentencia de la CSJN de 28 de noviembre de 2006, *Mesquida, Gregorio Hugo y otro vs. Estado Nacional-Armada Argentina y otro s/ accidente en el ámbito militar y las fuerzas de seguridad*.

³⁶ *Acosta, Jorge Eduardo y otro s/ recurso de casación*.

³⁷ En la Sentencia de la CSJN de 8 de mayo de 2012, *Acosta, Jorge Eduardo y otro s/ recurso de casación*, no se resuelve sobre el particular, aunque la mayoría admitió el recurso extraordinario, existió disidencia de dos magistrados.

No obstante lo anterior, parece evidente que tras lo manifestado por la Corte IDH en el caso *Gelman vs. Uruguay*³⁸, esas sentencias —aun sin que el Estado sea parte— son igual de vinculantes respecto a la fundamentación que de ellas emanan³⁹, debiendo efectuar los órganos estatales, igualmente, el control de convencionalidad de acuerdo a lo establecido por la Corte de San José en cualquier asunto.

Esta postura debe quedar reconocida en Argentina, aunque haya existido resistencia por parte del procurador general y de algunos magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación a otras causas posteriores —que si bien no versan absolutamente sobre el particular que se está tratando— el posicionamiento predominante es reconducible a ello.

En este punto, se está haciendo alusión al cambio doctrinal producido por la CSJN en la sentencia del caso *Carranza Latrubesse*, en la que se declara que las recomendaciones de la CIDH son vinculantes y de acatamiento obligatorio para el Estado argentino⁴⁰.

De esta manera, si se tiene en cuenta lo establecido en *Gelman* —y posteriormente en *Carranza*— debe considerarse la vinculación para el Estado

³⁸ Resolución de 20 de marzo de 2013, caso *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia.

³⁹ «En situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana». Párr. 69 de la Resolución de 20 de marzo de 2013, caso *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia. Igualmente, en la nota 49 de la misma resolución la Corte IDH acoge el criterio del TEDH, que dice así: «La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos forma parte de la Convención, extendiendo así la fuerza legalmente vinculante de la Convención erga omnes (a todas las otras Partes). Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también deben tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales».

⁴⁰ Sentencia CSJN de 6 de agosto de 2013, caso *Carranza Latrubesse, Gustavo vs. Estado Nacional — Ministerio de Relaciones Exteriores — provincia del Chubut*.

andino de las sentencias del Tribunal de San José en las que no es parte en el proceso internacional al efecto. Y ello es así, puesto que si para Argentina una directiva de un órgano cuasi jurisdiccional, como es la Comisión, es de obligado cumplimiento; obviamente, no cabe duda de que todos los fundamentos jurídicos emanados de la Corte IDH, generan un importante grado de obligatoriedad a la hora de supervisar la convencionalidad de los actos y normas internas estatales⁴¹.

En otro orden de cosas, en relación con las recomendaciones de la CIDH algo se ha dicho ya. En un primer momento, la CSJN se pronunció sobre las recomendaciones de la Comisión en el caso *Bramajo*, en el cual se destacó que los dictámenes de la CIDH debían servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales⁴², citando el caso *Girolodi*. Posteriormente, en el caso *Acosta*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresa que tales recomendaciones no son vinculantes para los miembros del Poder Judicial argentino⁴³, es decir, serviría de guía en la interpretación convencional conforme a *Bramajo*, mas con la posibilidad de aplicarla o no, al no contar con fuerza vincular. Esta línea jurisprudencial se reprodujo en otras sentencias posteriores, no obstante como ya se mencionó, en el año 2013 se produjo una gran modificación en el parecer de la CIDH y, a partir de entonces, se reconoce la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana (Albanese, 2015: 110-123). Incluso aún hoy aparece cierta sombra de inconsistencia, puesto que aun cuando se enmarca su obligatoriedad, se deja entreabierta —por parte de la Corte— su facultad de ponerle fin a tal doctrina, con su menoscabo para la seguridad jurídica necesaria, particularmente en un campo como el de los derechos humanos.

Igualmente, en la línea de lo que se viene comentando, no es de extrañar que Argentina haya hecho uso de sus potestades relativas al control de convencionalidad en el ámbito interno, recepcionando y aceptando las prerrogativas exigidas por la Corte IDH. En relación con el control de

⁴¹ En tal sentido se pronunció el magistrado de la Corte IDH Cañado Trinidad, en el anexo 21 sobre presentación del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), de 16 de octubre de 2002, al expresar que es «indudable» que una sentencia de la Corte es «cosa juzgada», obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es «cosa interpretada», válida *erga omnes* partes, ya que tiene implicaciones para todos los Estados de la CADH en su deber de prevención».

⁴² Sentencia CSJN de 12 de septiembre de 1996, caso *Bramajo, H. J. s/* incidente de excarcelación.

⁴³ Sentencia CSJN de 22 de diciembre de 1998, caso *Acosta, Claudia Beatriz y otros s/* hábeas corpus.

convencionalidad, la CSJN consintió en 2007 en su acatamiento a la labor de supervisión de la convencionalidad, acogiendo y haciendo suyo el mencionado párrafo 124 de la Sentencia del caso *Almonacid Arellano*, en la que se afirma que a la hora de observar y juzgar la convencionalidad de los actos y normas estatales se tendrá en cuenta la CADH y la jurisprudencia de la Corte de San José⁴⁴. Posteriormente, en 2010, el más alto tribunal argentino, también absorbió e hizo suya una de las órdenes más relevantes realizadas por la Corte Interamericana: se trataba de la exigencia de que se llevase a cabo la vigilancia de la convencionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales nacionales de oficio⁴⁵. Por tanto, huelga decir que, así las cosas, los órganos judiciales del país andino deben desarrollar las tareas de control de convencionalidad de acuerdo a la CADH, a los tratados internacionales de los derechos humanos de los que sea parte, y de acuerdo a la interpretación jurisprudencial de la Corte IDH, o en virtud de lo declarado en determinada recomendación para el país del cono sur.

No obstante lo anterior, ello era así hasta el preludeo del presente año 2017, toda vez que el 14 de febrero del año en curso la Corte Suprema de Justicia de la Nación se alejó de la línea aperturista al derecho internacional de los derechos humanos que venía siguiendo, puesto que sentenció que la Corte IDH no puede revocar las decisiones del Supremo Tribunal argentino⁴⁶. Este fallo significa un verdadero varapalo al sistema de protección americano de los

⁴⁴ Sentencia CSJN de 13 de junio de 2007, caso *Mazzeo, Julio Lilio s/* recurso de casación e inconstitucionalidad.

⁴⁵ Sentencia CSJN de 31 de agosto de 2010, Caso Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo *s/* recurso de casación. En un sentido similar, se expresa la Sentencia CSJN de 27 de noviembre de 2012, caso *Rodríguez Pereyra vs. Ejército argentino s/* daños y perjuicios, puesto que sería «un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (artículo 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte IDH— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango».

⁴⁶ Las bases argüidas por la Corte Suprema argentina son, que en ese caso, si se permitiese la revocación el Tribunal costarricense se convertiría en una cuarta instancia revisora de las decisiones estatales. Además, aunque se trate de una sentencia en la que se ve afectado directamente el Estado argentino, se explica que la Corte Interamericana se excede de sus competencias remediales, las cuales sí son obligatorias (art. 68.1 CADH), ya que la República Argentina se obligó internacionalmente hasta ese punto.

derechos humanos y, consecuentemente, también al control de convencionalidad. Ahora bien, solo se trata de una sentencia, y habrá que prestar atención a las posteriores sobre el particular, para saber si se reafirma tal novedosa doctrina de la supervisión de la Corte Suprema, sobre la competencia de la Corte Interamericana, o por el contrario, se continua por los anteriores fueros⁴⁷.

IV. EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA DOBLE ESTRUCTURA

En Europa es dable destacar la doble vertiente jurisdiccional que se posee. Primero, por un lado, se halla la Unión Europea (en adelante, UE) compuesta por veintiocho Estados miembros⁴⁸, cuyo órgano judicial principal es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) cuya sede se encuentra en Luxemburgo.

Por otro lado, está el Consejo de Europa (en adelante, CdE), que es una organización internacional regional que pretende promover un espacio político y jurídico común, formado por 47 miembros, cuyos valores elementales son la democracia y el respeto de los derechos humanos. En su seno se adoptó el CEDH y cuenta con un órgano jurisdiccional que salvaguarda el cumplimiento de la Convención, el cual es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sito en Estrasburgo. Esta vertiente de protección en el área europea, es la que se asemeja más al sistema interamericano de tutela de los derechos humanos.

Ante esta estructura doble de tutela de los derechos humanos, junto con la protección ejercida por parte de los propios ordenamientos constitucionales nacionales, se puede afirmar que en Europa hay tres niveles de derecho constitucional y, también, tres niveles de protección de los derechos elementales de las personas⁴⁹ (Arnold, 2002: 51-55).

⁴⁷ Esta sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido duramente criticada por la opinión pública, incluso existía un voto en disidencia del Dr. Maqueda.

⁴⁸ Serán veintisiete tras la salida de Reino Unido, que está siendo tramitada.

⁴⁹ Ahora bien, es interesante reseñar que entre estos diversos niveles se pueden presentar divergencias que serán problemáticas cuando afecten de desigual manera al contenido de los derechos que intentan proteger, al no existir jerarquía entre los dos sistemas supranacionales (Rideau, 2002: 72-79). En estos casos, no obstante, parece que el TJUE está sujeto por la interpretación del TEDH, cuando un derecho sea defendido en ambos niveles (Canosa Usera, 2015: 267), puesto que desde los inicios de las comunidades europeas, cuando se planteó un particular sobre salvaguarda de los más

2. EL TJUE Y EL CONTROL DE COMUNITARIEDAD

Aunque la defensa mayor de los derechos humanos en Europa corresponde al seno del CdE y —de este modo— al TEDH, se debe advertir que también en el seno de la UE se establecieron unos derechos básicos para el ámbito comunitario, recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 2000, y que adquirió fuerza vinculante en 2007, tras la firma del Tratado de Lisboa⁵⁰.

Pues bien, el Tribunal situado en Luxemburgo⁵¹ 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.

Esta doctrina emanó bajo el sostén de algunas sentencias⁵², entre la que se debe destacar la más revolucionaria —sobre la que se asienta toda esta teoría—, que no es otra que la que resuelve el caso *Simmenthal*⁵³. En ella se instaura el principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho interno.

En *Simmenthal*, el TJUE argumenta que la existencia de una norma nacional incompatible con la norma comunitaria, provoca la inaplicación de la primera, toda vez que el derecho de la UE no puede ser contradicho por una norma de un Estado particular. Además, esa función de desechar la norma interna a favor de la comunitaria corresponde a cualquier órgano jurisdiccional (control difuso), sin que sea menester que la incompatibilidad sea decretada por el órgano superior o tribunal constitucional, ni tampoco habría que esperar a la derogación de la ley doméstica.

En base a esta preeminencia de la normativa comunitaria, y ante las potestades concedidas a los diferentes miembros del poder judicial por el

básicos derechos de las personas, se acudía a la CEDH y al TEDH, toda vez que los Estados fundadores de las comunidades europeas, formaban parte del CdE y habían ratificado la Convención. Por eso, esos tratados no contenían una declaración de derechos (Rodríguez-Vergara, 2002: 100-101).

⁵⁰ No obstante, aún está pendiente la adhesión de la UE en el CdE, con las repercusiones que ello tendría en el ámbito de los derechos humanos. Ahora bien, la interpretación del TEDH es observada y asumida por el TJUE, aunque este no es el nudo gordiano del presente estudio.

⁵¹ Recibió la nueva denominación de TJUE a partir de 2009, siendo antes conocido como Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

⁵² En este punto son destacables las sentencias de los casos *Van Gend en Loos* (1963), *Costa vs. ENEL* (1964), *Solange I, II y III* (1969, 1986 y 2000, respectivamente); entre otras.

⁵³ Sentencia del TJUE (en adelante, STJUE) de 9 de marzo de 1978, caso *Simmenthal*.

Tribunal de Luxemburgo, se habla de ese «control de comunitariedad» que deben ejercer los jueces locales.

Ahora bien, aunque esta supervisión europea parece semejante o idéntica a la encomendada a los jueces nacionales americanos por la Corte IDH, en realidad no es así, ya que los convenios internacionales habitualmente se configuran en derecho nacional a través de un acto de recepción, mas la normativa que surge del tratado se acaba en el mismo tratado, esto es, no tiene sistema de fuentes, no aparece un poder legislativo que elabore leyes. Esto justo es lo que pasa en el sistema interamericano, junto con la previsión establecida por medio de un tribunal de control, que es la Corte de San José. No obstante, en el caso que se viene estudiando, se presenta un ordenamiento independiente al estatal, el comunitario, con su legislador —del que nace el derecho derivado a los tratados constitutivos—, y absolutamente independiente o autónomo, cuya función de inspección en el cumplimiento del mismo recae sobre el TJUE. Por ello, el juzgador nacional, verdaderamente, no hace un control de comunitariedad de la norma interna con la de la UE, sino que observa si sobre la materia en cuestión —solo un reducido ámbito regula los derechos fundamentales— existe norma comunitaria, aplica esta en caso afirmativo, prefiriéndola antes que a la norma interna, es decir, no desarrolla un examen sobre el fondo de la norma analizando si existe compatibilidad entre ellas, sino que simplemente aplicará la comunitaria, por mencionada preferencia (Canosa Usera, 2015: 258-260).

3. EL PRIMIGENIO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS POR PARTE DEL TEDH

3.1. *Los problemas de fundamento*

Cuando se fundó en 1959 el TEDH como parte del sistema de tutela de los derechos humanos en el ámbito del CdE y de la CEDH, se provocó una transformación sin parangón del derecho internacional —como se conocía hasta ese momento—, ya que se respetarían estos derechos por parte de cada Estado, incluso frente a los extranjeros sitos en su territorio y sin que fuera necesario establecer condiciones de reciprocidad, hasta el punto de someterse —en caso de incumplimientos— a la jurisdicción constituida a tal efecto, la del Tribunal de Estrasburgo. De esta forma, estos países adquirirían el compromiso de acatar aquellas sentencias definitivas del mencionado tribunal en los litigios en los que los Estados participasen como parte⁵⁴.

⁵⁴ Art. 46 del CEDH.

No obstante, a diferencia del sistema interamericano, el sistema del Consejo de Europa, está compuesto de multitud de países —con peculiaridades diversas—, lo que ha desembocado en el desarrollo de construcciones jurisprudenciales como la teoría del «margen de apreciación⁵⁵», que dificulta enormemente un entendimiento común de tales derechos en el interior del sistema. Esta práctica hace imposible que dentro del mismo se pueda proceder a realizar someramente un control de convencionalidad por parte del juez doméstico y, mucho menos, a que el propio TEDH pueda exigirlo a los órganos jurisdiccionales nacionales.

Sin embargo, este no es el único impedimento para que esta corte europea de tutela de los derechos humanos requiera a los juzgadores estatales la supervisión de la Convención por medio del control de convencionalidad. Por el contrario, conjuntamente con lo anterior, es dable añadir que el art. 1 de la CEDH dispone el reconocimiento de cada Estado a toda persona bajo su jurisdicción de los derechos y libertades definidos en el título I del Convenio. Por tanto, ese mero reconocimiento no va tan lejos como la CADH en sus arts. 1 y 2 que —como ya se mencionó— decretaban el deber de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, así como garantizar su libre y pleno ejercicio (Canosa Usera, 2015: 262-263).

3.2. La fuerza vinculante de las sentencias

Como ya se adelantó *ad supra*, el art. 46 de la CEDH argumenta que «las Altas Partes Contratantes (es decir, los Estados adherentes) se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes». En este sentido, ese forzado cumplimiento de las resoluciones no se discute desde 2009, cuando el propio tribunal erigió esa «fuerza obligatoria» que posee sus sentencias⁵⁶.

A mayor abundamiento, 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

⁵⁵ Tesis extendida en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, conocida por ser «una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante sus electorados. Pero no puede ocultarse su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que ocasiona» (García Roca, 2010: 1516-1517).

⁵⁶ STEDH de 20 de enero de 2009, caso *Slawomir vs. Polonia*.

acomodar su ordenamiento jurídico a la sentencia, con la finalidad de reparar la lesión causada (López Guerra, 2013: 174-175).

No obstante, será el propio Estado responsable de la violación de derechos fundamentales el que dispondrá cómo se produce ese acatamiento requerido de la sentencia, esto es, la forma de ejecutar la sentencia. Ello da lugar a cierta problemática, máxime cuando a diferencia de lo que ocurre en el sistema interamericano, la supervisión de la ejecución de la sentencia no la realiza el propio tribunal, sino que recae en un órgano externo a este, como es el Comité de Ministros del Consejo de Europa⁵⁷.

Por tanto, el Comité adquiere un papel protagonista en el sistema, ya que es el encargado materialmente de que se efectivicen las sentencias del Tribunal. Ahora bien, de acuerdo al propio CEDH se arguye —a lo largo y en los distintos apartados del art. 46— que el Comité podrá dirigirse al Tribunal para que interprete algún extremo de la sentencia dictada. Además, si un Estado castigado en sentencia definitiva se niega a cumplir la resolución, este mismo comité podrá acudir al TEDH para plantear el incumplimiento de los compromisos asumidos en el 46.1, relativo al acatamiento de la sentencia. De esta forma, ante ese particular, el Tribunal dirimirá la cuestión sobre la violación de ese primer párrafo del art. 46. Si hubiera ocurrido tal atentado, el Comité de Ministros determinará el camino a seguir y las medidas necesarias que deberá llevar a cabo el Estado; o en caso contrario, se pondrá fin al asunto⁵⁸.

Así las cosas, parece que se deshace en cierta manera esa fuerza vincular que se presume de tales sentencias del TEDH, tanto por el órgano que efectúa el control del cumplimiento de la resolución, como por el propio procedimiento, ya que este posibilita las idas y venidas del asunto del Comité al Tribunal, al no gozar el primero de autoridad para ordenar y concluir unilateralmente el particular⁵⁹.

⁵⁷ El Comité de Ministros es un órgano político e intergubernamental, en el que el propio Estado condenado es parte.

⁵⁸ En realidad, este remedio se ha utilizado inusitadamente, por lo que apenas se ha instado procedimientos de sanción ante incumplimientos de la sentencia. Siendo el Comité un órgano ciertamente pusilánime. Ello ha dado lugar a que en muchos casos, se haya entendido como cumplimiento de la sentencia el compromiso del Estado condenado en el que asegura que ese tipo de vulneración no se va a reiterar prospectivamente. Esto es, se permite incluso no restituir la justicia en el caso concreto, no yendo al efecto retroactivo, sino solo a efectos pro futuro.

⁵⁹ Parece más idóneo el sistema interamericano, puesto que al corresponder la labor de inspección al propio tribunal sentenciador, no se produce un menoscabo, ni existen dobles interpretaciones, ni se debilita la fuerza definitiva de la sentencia.

Dicho esto, para ser justos, tampoco hay que dejar de señalar que el Tribunal de Estrasburgo ha ido modificando su jurisprudencia, conteniendo en sus sentencias directrices y mandatos concretos para el Estado infractor —haciendo normalmente referencia a la mejor forma de restituir los derechos violentados o las medidas a adoptar—. Incluso es dable destacar que se han llevado a cabo iniciativas por parte de algunos Estados firmantes de la CEDH, a efectos de dar valor y precisar la forma explícita en la que se ejecutarán los pronunciamientos judiciales del TEDH en su territorio, incorporándose la medida consistente en la reapertura de los procedimientos archivados o sobreseídos en el orden penal (López Guerra, 2013: 174-177).

3.3. *¿Nimias posibilidades de control de convencionalidad?*

A la vista de lo que se viene considerando hasta el momento, el TEDH dificultosamente preconizará una doctrina al menos similar o análoga al control de convencionalidad, al estilo de la Corte IDH.

Y ello, en primer lugar, atendiendo nuevamente a la mención de los aspectos esenciales existentes en la misma constitución de la Convención, como son los fundamentos sobre los que se asienta el Convenio en su artículo primero, a los cuales se remite al lector (unas páginas más arriba), con el objetivo de no ser demasiado reiterativo.

En segundo término, son las propias personas, ciudadanos europeos o residentes temporalmente en su territorio, los que, directamente e individualmente, pueden demandar el amparo del TEDH, si considera que se le han vulnerado —por cierto Estado parte— los derechos y libertades reconocidos en el Convenio. Ello ha provocado una multiplicación de causas sin equiparación en la Corte Interamericana (Canosa Usera, 2015: 257). Como consecuencia, este hecho trae la imposibilidad de que difusamente, por el juez local, se pueda ejercer un control de convencionalidad verdaderamente práctico y eficaz, toda vez que el juez doméstico no puede conocer constantemente tal cantidad de jurisprudencia estrasburguesa. En este sentido, se debe aducir que cuando las violaciones de los derechos humanos en un Estado parte se producen recurrentemente y de acuerdo a la legislación de un singular ámbito, ley o norma, revelando una inconsistencia orgánica en el acervo jurídico de un país —lo que da lugar a redundantes demandas de tutela de esos básicos derechos—, el TEDH cuenta con la herramienta de las «sentencias piloto⁶⁰». De esta manera, el Tribunal en vez de resolver cada una de ellas, las juzga de una

⁶⁰ Para que entre a operar este instrumento debe existir un problema en el seno de dicho ordenamiento, y no una acumulación de causas parecidas u análogas.

forma global, por medio solo de una de ellas, y dejando en suspenso las demás hasta que se adecúe el ordenamiento a lo impuesto en tal sentencia (López Guerra, 2013: 177-178). Pues bien, aparte del cumplimiento ejecutivo de la misma, se debe entender que en tales casos los jueces nacionales pueden y deben conocer del dictamen de la sentencia, por lo que, en cierta medida, se podría afirmar que al menos en tales casos habría una especie de «pseudo» control de convencionalidad.

Otro impedimento a la eventual instauración del «control de convencionalidad», sería el tamiz teleológico de las sentencias. Mientras las de la Corte IDH son ejemplarizantes, estableciendo un marco operativo para los jueces nacionales de carácter globalizador; las del TEDH se preocupan más por restituir o reparar a la víctima, sin afán de ser el frontispicio a la hora de ordenar determinada institución.

No obstante estas contrariedades, ellas no fueron óbice para que el TEDH haya practicado y ensayado el control de convencionalidad⁶¹, puesto que en muchas ocasiones se ha limitado y restringido el constructo del «margen de apreciación nacional», toda vez que se reconoce la facultad de los Estados adherentes de proteger los derechos convencionales como mejor estimen; ahora bien, este espacio de tolerancia a los países no puede quedar exenta de control, máxime cuando tal protección es ineficiente al contener vacíos o lagunas en aquella defensa, o cuando esa tutela legal es opuesta al Convenio —lo que requiere de una reforma legislativa impuesta por el Tribunal de Estrasburgo⁶²—.

Igualmente, aun cuando el Tribunal alsaciano no ha implantado —ni ha mencionado— la necesidad de efectuar el control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales⁶³; 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.

Es destacable también, que la facilidad de acceso a la jurisdicción de Estrasburgo, en la que está legitimada activamente cualquier persona, es la que ha permitido esa «armonización» de los derechos humanos en el seno de

⁶¹ Aún en su faceta concentrada y externa.

⁶² STEDH de 26 de marzo de 1985, caso *X e Y vs. Países Bajos*; y STEDH de 26 de junio de 2005, caso *Siliadin vs. Francia*.

⁶³ Aunque se ha extendido enormemente el contenido de estos derechos, a través de su jurisprudencia, aun cuando los derechos del Convenio fijan simplemente los contornos mínimos, pudiendo mejorar esta protección los Estados.

los distingos países del CdE, toda vez que los jueces nacionales deben acoger el parecer y las apreciaciones de este tribunal europeo, ya que en otro caso, será el órgano de la jurisdicción europea el que resolverá el asunto —con la posible condena al respectivo Estado— (Canosa Usera, 2015: 264-265).

IV. SU RECEPCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Para analizar la situación española es menester acudir a la Constitución española de 1978 (en adelante, CE), que fue el instrumento jurídico fundamental para la instauración en España de un Estado democrático y social de derecho tras la dictadura franquista.

Pues bien, como la mayoría de constituciones europeas promulgadas y vigentes en la época, y siguiendo la línea de las constituciones españolas comenzando con la Pepa, la CE del 78 reconoce y declara una serie de derechos fundamentales.

Muchos de estos derechos constitucionales proclamados, también cuentan con un respaldo normativo en las normas internacionales de protección de los derechos humanos y, especialmente, en la CEDH.

No obstante, conjuntamente con estos derechos, la CE también dispone cómo se va a producir la interiorización de las convenciones y los tratados internacionales en el acervo jurídico español, que es un asunto capital de los que se deben examinar en este punto.

Pues bien, el art. 96.1 de la CE arguye que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». De este modo, la propia Constitución explica de forma meridianamente paladina que todas las fuentes normativas internacionales, una vez son ratificadas por el Estado español, pasan a configurar el ordenamiento español, con lo que ello significa.

No obstante, la CE solo hace eso, determinar su integración en el orden jurídico nacional, sin explicitar el lugar que ocupa dentro de él, y sin equiparar los convenios internacionales con la Constitución, como ocurría en el supuesto argentino. Es más, respecto a esta última afirmación, parece todo lo contrario, puesto que observa el art. 95.2 de la propia norma suprema, que será el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) —a petición del gobierno o de las cámaras legislativas— el que resolverá sobre las eventuales contradicciones —si las hubiera— entre la CE y los tratados. Evidentemente, si el TC puede ejercer tal potestad, lo que es manifiesto es que los tratados se hallan en

una posición, en todo caso, por debajo de la Constitución⁶⁴. Por tanto, ante la exigüidad explicativa del constituyente, lo único que se puede afirmar es que los tratados internacionales no se utilizan y aducen directamente, a la hora de fundamentar pretensiones por parte de ningún actor jurídico, ni por ningún órgano jurisdiccional del tipo que sea, con la salvedad de los derechos contenidos en el CEDH, puesto que este convenio goza de un tribunal específico para su tutela, y es al propio Estado español al que le conviene aplicarlo, puesto que en otro caso será demandado ante la jurisdicción del TEDH, con los gastos y repercusión que ello tiene.

Sin embargo, por otra parte, lo que sí declara la CE es 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 (art. 10.2)». Es decir, que los derechos y libertades fundamentales, se deberán apreciar de acuerdo a estos tratados, como es el singular caso de la CEDH, siempre y cuando esa interpretación de los derechos constitucionales sea compatible y no contradictoria con la Convención. Mas, de este modo, en los particulares casos en los que el tratado internacional protector de unos derechos, cuente con un órgano jurisdiccional cuya finalidad sea observar su cumplimiento por parte de los adherentes e interpretar el contenido de esos derechos, también esa «conformidad» del 10.2 se refiere a la jurisprudencia de aquel (Saiz Arnaiz, 2013: 47-50). Por ende, en el ámbito de los derechos humanos el TC y el resto de los órganos dependientes del poder judicial, deben tener en cuenta, igualmente, los pronunciamientos del TEDH.

Ahora bien, aun cuando esa «conformidad» preconizada por el 10.2 no signifique la sumisión inexcusable del TC a las interpretaciones y apreciaciones realizadas por la jurisprudencia del TEDH⁶⁵, de lo anteriormente dicho debe rezumar que la norma internacional del CEDH es «algo» preferente a la de la Constitución, puesto que —de otro modo— sería imposible que la CE se interpretase conforme al Convenio. Sin embargo, si se tiene en cuenta la literalidad del precepto constitucional anteriormente referido, y sin que se aplique directamente los tratados internacionales, solo existe una cierta superioridad de la norma del CEDH, respecto de la constitucional, a efectos de interpretación conforme, lo que ha dado lugar al «principio de armonización», siendo

⁶⁴ A diferencia que en Argentina, no forman parte del «bloque de constitucionalidad».

⁶⁵ Puesto que en este caso el TC dejaría de ser el máximo intérprete de la Norma Fundamental, para dejar su lugar al TEDH como glosador del CEDH, incluso cuando el TEDH manifestase lineamientos totalmente contrarios y flagrantes contra la CE.

que si los órganos jurisdiccionales españoles (tanto el Constitucional como los ordinarios) se alejan o contravienen la CEDH o la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se estaría incumpliendo las obligaciones asumidas por España al ratificar el Convenio y reconocer la competencia del TEDH. Por tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales y, particularmente, los supremos exégetas de cada ordenamiento⁶⁶, no aplican de forma directa la Convención Europea de Derechos Humanos, sino que a través de tal conformidad, por medio de mencionado principio armonizador, utilizan las interpretaciones del Tribunal alsaciano, lográndose un entendimiento común o *ius commune* de los derechos humanos proclamados constitucionalmente en Europa (Canosa Usera, 2015: 270-271). Esto exactamente es lo que ocurre en el particular del TC español, cuando a la hora de velar por los derechos fundamentales⁶⁷ no tiene en cuenta el examen de los preceptos de la CEDH, aunque en cambio, si acatará la interpretación del Convenio realizada por el TEDH⁶⁸, pudiendo separarse del criterio de este tribunal, solo si realizare una interpretación en busca de una protección más favorable (*favor libertatis*).

De todo lo dicho, se puede entender que en el interior del acervo jurídico español, apenas se ha realizado ese «control de convencionalidad» por parte de jueces ordinarios al estilo interamericano, es decir, casi en ninguna ocasión un juez —que no sea el TC— ha dejado de aplicar una norma interna por ser contraria a los tratados internacionales de derechos humanos o a la jurisprudencia del TEDH (Canosa Usera, 2015: 275-276). Además, hay que destacar que en la práctica, incluso el TC se ha apartado en ciertas ocasiones de los lineamientos establecidos por el Tribunal alsaciano, lo que dificulta afirmar el desarrollo objetivo de ese control convencional desde el ámbito nacional⁶⁹.

⁶⁶ Es decir, los jueces de la jurisdicción ordinaria pueden aplicar también las doctrinas emanadas del TEDH, sin necesidad de que anteriormente sea recibida por el TC. Eso sí, posteriormente el Constitucional español podrá revisarla para comprobar su cabida e interpretación conforme a la CE.

⁶⁷ Aunque solo se ampara los derechos reconocidos en la CE, observando la doctrina del TEDH, mas no se ampara aquellas libertades proclamadas en la CEDH y no en la CE. De este modo, por la vía del 10. 2 no se puede ampliar la lista de derechos fundamentales contenidos protegidos en el acervo jurídico español (Canosa Usera, 2009: 85-96).

⁶⁸ Esta es la fórmula por medio de la cual el CEDH no adquiere rango constitucional, y no vulnera las previsiones constitucionales, sino que cumple los arts. 96 y 10. 2 de la CE.

⁶⁹ En este sentido, para ejercer el control de convencionalidad en su faceta interna o difusamente en España, por parte de los órganos jurisdiccionales ordinarios, se visualizan serios problemas, que van desde la propia praxis del TC (en ocasiones), la escasa

Llegados a este punto, se podría plantear, ¿pero qué dicen exactamente los tribunales españoles, entre ellos el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo?

Pues bien, en primer lugar, no obstante lo anterior, la propia CE en el precepto inicial relativo al Poder Judicial, reconoce que los jueces y magistrados «estarán sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1), por lo que en virtud del precepto deben aplicar la normativa relativa a los derechos fundamentales y, obviamente, las apreciaciones de los tribunales supranacionales —TEDH y TJUE, fundamentalmente—, que por medio de la cláusula de conformidad forman parte del ordenamiento español.

Ante tal premisa, el sumo intérprete de la CE ha manifestado que las sentencias emanadas del TEDH «no sólo han de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales, [sino que además] resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento⁷⁰». De forma semejante ocurre con el TJUE, puesto que «el Tribunal que inaplica la doctrina interpretativa emanada del TJUE vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte procesal interesada» (Garberí Llobregat, 2013: 42-43).

Sin embargo, el TC español en alguna ocasión se ha separado de la doctrina europea a la hora de expresar su parecer, y aunque el art. 10. 2 le obliga a atender fervientemente a la jurisprudencia del TEDH, la ha reinterpretado conforme a sus intereses en ciertas causas⁷¹.

Ante esta situación, como se mencionó *ad supra*, la única posibilidad que ostenta el interesado para hacer valer la interpretación y las garantías establecidas por el TEDH es acudir al propio TEDH, aduciendo la separación de los tribunales nacionales al criterio del Tribunal estrasburgués.

Además, la forma de declarar el incumplimiento de la ejecución de una sentencia del TEDH por parte del Comité de Ministros, ha permitido que España, aun cuando en ocasiones no ha efectuado las obligaciones impuestas como castigo por el Tribunal alsaciano, nunca haya sido sancionada como vulneradora del art. 46.1 del CEDH. De este modo, jamás se ha comprobado

intención de los jueces de afrontar este problema, puesto que se hallan mínimamente familiarizados con el tema de los derechos humanos, al no tratarse en gran medida en universidades, facultades de derecho, ni en la formación de la judicatura. Por tanto, desarrollar así ese control, podría devenir claramente en un falso control, puesto que se haría sesgadamente, e incluso, deslealmente, favoreciendo a la norma interna que es conocida, frente a la interpretación del TEDH (Sagués, 2011: 416-417).

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 303/1993, de 25 de octubre.

⁷¹ En algunas causas puntuales. Véase Autos del TC 180/2013 y 16/2006.

por tal comité y, posteriormente, por el propio Tribunal de Estrasburgo, la vera inexecución de la sentencia en el interior del ordenamiento hispano⁷².

Ni siquiera en este punto, se ha permitido abrir la vía del recurso de amparo ante el TC, para por medio de este intentar la ejecución de la sentencia no cumplida por España⁷³. Aunque tampoco este criterio ha acabado siendo una regla unánime en todos los casos, puesto que unos años antes (1991) había permitido utilizar esta vía del recurso de amparo, para lograr la ejecución de una sentencia del TEDH⁷⁴.

Ello debe ser comprendido con una añadidura más, que dificulta incluso más tal pretensión de ejecución, y es que el propio Tribunal de Estrasburgo ante hechos y circunstancias exactamente idénticos, ha llegado a soluciones y dictámenes totalmente dispares, aun cuando el CEDH es uno para todos los Estados adherentes (Vega y Vega, 2015: 5-7). Este problema surge de la propia adopción por parte del TEDH de la ya mencionada doctrina del «margen de apreciación nacional». La aplicación de esta tesis ahonda aún más en tales complejidades, máxime cuando el TC español —incluso en la última sentencia sobre el particular que ha emitido— hace uso de ella, a los efectos de huir en cierto modo de la aplicación interpretativa del CEDH dada por el Tribunal alsaciano. No obstante, tampoco se puede negar que en gran cantidad de ellas, se usan las valoraciones del TEDH para justificar o entender el contenido de tales derechos, incluso en causas en las que España no ha sido parte, haciéndose eco de la doctrina europea⁷⁵, y en ocasiones a pesar de ostentar claramente intereses frontalmente confrontados⁷⁶.

Para terminar, sería dable realizar un giro más a la hora de analizar este complejo engranaje del eventual control de convencionalidad de un modo liviano, tal y como se viene analizando, puesto que las repercusiones de lo que se detallará en este punto, puede coartar o —al menos— limitar las posibilidades

⁷² Véase por ejemplo, la STEDH de 23 de junio de 1993, caso *Ruiz Mateos vs. España*, aun cuando nunca no se adecuó la norma en conflicto violadora de la CEDH, hasta el año 2006.

⁷³ Así lo determinó el TC mediante providencia de 31 de enero de 1994, para el caso *Ruiz Mateos*.

⁷⁴ Se está haciendo referencia a la STEDH de 6 de diciembre de 1988, caso *Barberá, Mesegué y Jabardo vs. España*, y la posterior, STC 245/1991, de 16 de diciembre.

⁷⁵ Véase a título de ejemplo, la STC 11/2016, de 1 de febrero, STC 140/2014, de 11 de septiembre.

⁷⁶ Se está haciendo alusión a la ejecución de la polémica STEDH de 21 de octubre de 2013, caso *Del Rio Prada vs. España*, en virtud del Auto de la Audiencia Nacional 61/2013, de 22 de Octubre, por el que se excarcela a la etarra Inés del Rio, al considerarse ilegal la aplicación retroactiva de la doctrina Parot.

de aplicar ese margen nacional e, incluso, hacer prevalecer, en todos los casos, la norma convencional de los derechos humanos y la interpretación jurisprudencial del TEDH, frente a potenciales entendimientos nacionales.

El asunto es que en relación a España, como también para otros países de la UE, los derechos humanos y fundamentales reconocidos internacionalmente, como ya se comentó, entran a formar parte del acervo jurídico español a través de dos caminos: el primero, por medio de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; y el segundo, por medio de la CEDH (Canosa Usera, 2015: 262).

Respecto de los derechos humanos reconocidos en la Carta de la UE, sobre los mismos, el juez nacional puede ejercer el «control de comunitariedad», o lo que también se podría denominar «desplazamiento comunitario», en virtud de que aduciendo los derechos de esta carta, el juzgador doméstico tendrá la obligación de desplazar la aplicación de la norma interna por la comunitaria, respecto a ese derecho que se halla contenida en ella, puesto que el derecho comunitario se prefiere, en caso de existir, al derecho interno. No obstante, parece que no se produciría tal desplazamiento, en el caso de que el ordenamiento jurídico nacional protegiera de una mejor manera los derechos humanos, y esta exclusión al relegamiento se fundamentaría en los principios *pro homine*, conforme al *favor libertatis*.

En relación a los derechos y libertades reconocidos en la CEDH, estos serán aplicados internamente por los jueces locales por la vía ya estudiada de la armonización, de acuerdo a la interpretación emanada de la jurisprudencia del TEDH.

No obstante, el art. 6 del Tratado de la Unión Europea, hace parte de la UE al CEDH, dándole fuerza vinculante, por lo cual, estos derechos —y su interpretación— podrían ser en un futuro —aún no se ha procedido de tal modo— protegidos por parte de los jueces nacionales, a través del «control de comunitariedad», o como se ha venido a llamar también en el presente artículo, «desplazamiento comunitario». En este sentido, se vaciaría de contenido a los derechos fundamentales reconocidos en las distintas constituciones nacionales europeas, puesto que en el ámbito del Convenio, este desplazaría la aplicación y el ejercicio del derecho interno, por lo que prevalecería lo estipulado en la normativa convencional europea y en los pronunciamientos del TEDH.

V. CONCLUSIONES

El artículo ha demostrado que el control de convencionalidad es una doctrina que ha encontrado acomodo en el seno del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, puesto que «aunque su advenimiento

no se produjo hace demasiado tiempo» ya se encuentra enraizado dentro del sistema.

Así ha ocurrido en los ordenamientos jurídicos internos, como se ha podido observar a través del supuesto en la República Argentina, toda vez que a pesar de ciertos remilgos por parte de los tribunales nacionales, no puede negarse el acogimiento de estas prácticas de control, bajo el mandato impuesto por la Corte sita en San José de Costa Rica.

Por su parte, en Europa no se ha desarrollado una teoría similar a la del control de convencionalidad, no obstante, en el ámbito de la UE se ha consolidado el denominado «control de comunitariedad», que sin funcionar idénticamente como aquel, al menos establece un medio de control de la normativa comunitaria en los ordenamientos internos.

Más específicamente, en el campo de protección de los derechos humanos, sistema encabezado por el TEDH, no existe una doctrina análoga a la interamericana, que vele por el cumplimiento del Convenio, debido al juego del «margen de apreciación». Sin embargo, se ha comprobado que, en realidad, los países cumplen las sentencias del Tribunal estrasburgués, y las interpretaciones del mismo operan moldeando los acervos jurídicos nacionales, por la vía de la armonización, ya que, de otro modo, prospectivamente esa omisión, puede devenir en una condena para el Estado en cuestión, como consecuencia de la facilidad de acceso a la jurisdicción del TEDH, por lo que cualquier particular podría obtener la tutela de sus derechos sin mucha complicación.

Por ello, se podría concluir que capaz cada sistema es hijo de su propia historia particular. Así, mientras que en América para llevar a cabo la protección de los derechos humanos, de una forma unívoca, se ha requerido de los pronunciamientos de la Corte IDH, y ulteriormente de la colaboración de los jueces nacionales a través del «control de convencionalidad»; en el caso europeo, no ha sido menester desarrollar expresamente esa doctrina, toda vez que, generalmente, los Estados han cumplido «de buena gana» con las decisiones del TEDH, y han ido acogiendo los criterios interpretativos y doctrinales de esta máxima autoridad judicial en la materia.

Dicho lo anterior, tampoco se puede negar las repercusiones de uno y otro sistema. El sistema interamericano, con su «efectivo y enunciado» control de la convencionalidad del Convenio, conforma una garantía más potente que la «recatada» armonización surgida en el sistema europeo.

No obstante, no se puede olvidar, que de una u otra manera, ambos sistemas persisten en cumplir con su propósito último, que no es otro que el amparar los derechos humanos de los individuos que se encuentran en su área de influencia, siendo destacable la mutua influencia que se ejercen entre ellos. Por tanto, aun cuando se trate de sistemas separados, ambos van

evolucionando mirando de reojo al otro —como si de una carrera se tratase—, equiparando y avanzando en el entendimiento y apreciación de los contenidos de cada derecho, yendo de este modo, en cierta forma, de la mano; y quién sabe, capaz en un futuro no tan lejano, poder instaurar un sistema universal de protección de los derechos humanos.

Bibliografía

- Albanese, S. (2015). La Corte Suprema y el alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana, 1994-2014. *Pensar en Derecho*, 5, 105-137.
- Arnold, R. (2002). Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos fundamentales en las constituciones nacionales. En F. J. Matia Portilla (dir.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (pp. 51-59). Madrid: Civitas.
- Bazán, V. (2011). Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 18, 63-104.
- Canosa Usera, R. (2009). La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En F. J. García Roca y P. Fernández-Sánchez (coords.). *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado* (pp. 79-112). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2015). ¿Es posible el control pleno de convencionalidad en España? En M. Carbo-nell, H. Fix-Fierro, L. R. González Pérez y D. Valadés Ríos (coords.). *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y verdad universitaria. Estudios en Homenaje a Jorge Carpizo* (pp. 237-278). México D. F.: UNAM.
- Contreras, P. (2014). Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, 2, 235-274. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122014000200007>.
- Ferrer McGregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, 2, 532-622.
- Galindo, G. R. B. (2013). El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En G. R. B. Galindo, R. Urueña, y A. Torres Pérez (coords.). *Protección multinivel de Derechos Humanos* (pp. 255-275). Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Garberí Llobregat, J. (2013). La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Diario La Ley*, 8178, 38-89.
- García Ramírez, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 28, 123-153.
- (2016). Control de convencionalidad. *Ciencia Jurídica*, 9, 131-138. Disponible en: <https://doi.org/10.15174/cj.v5i1.182>.
- García Roca, F. J. (2010). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. En

- V. Bazán (coord.). *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, T. II, (pp. 1507-1534). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hitters, J. C. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 131-156.
- (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios Constitucionales*, 7 (2), 109-128. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002009000200005>.
- (2013). Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana). *Estudios Constitucionales*, 2, 695-710. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-52002013000200018>.
- Jimena Quesada, L. (2009). La vinculación del juez a la jurisprudencia internacional. En M. Revenga Sánchez (coord.). *El Poder Judicial* (pp. 495-544). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Kelsen, H. (1998). *Teoría Pura do Direito*. Sao Paulo: Martins Fontes.
- López Guerra, L. (2013). El sistema europeo de protección de derechos humanos. En G. R. B. Galindo, R. Urueña y A. Torres Pérez (coords.). *Protección multinivel de Derechos Humanos* (pp. 165-187). Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Pia Larné, M. (2007). El sistema interamericano de tutela de los derechos humanos: una comparación con el sistema europeo bajo la perspectiva del acceso y la efectividad. *Meritum*, 2 (2), 211-263.
- Rideau, J. (2002). Los derechos fundamentales comunitarios y los derechos humanos. En F. J. Matia Portilla (dir.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (pp. 61-86). Madrid: Civitas.
- Rodríguez-Vergara, A. (2002). Ordenamiento comunitario y convención europea de derechos humanos. En J. Corcuera Atienza (coord.). *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (pp. 99-118). Madrid: Dykinson.
- Sagués, N. P. (2011). El «control de convencionalidad» en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. En A. von Bog-Dandy (ed.). *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina* (pp. 381-417). México: UNAM.
- (2015). Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, 20, 275-283.
- Saiz Arnaiz, A. (2013). La interpretación de conformidad: significado y dimensión práctica (un análisis desde la Constitución Española). En G. R. B. Galindo, R. Urueña y A. Torres Pérez (coords.). *Protección multinivel de Derechos Humanos* (pp. 47-89). Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Vargas Alfaro, M. (2016). El control judicial interno de convencionalidad: ¿una verdad absoluta? *Revista de Ciencias Jurídicas*, 141, 111-136.
- Vega, L. y Vega, G. (2015). Obligatoriedad de los precedentes en el sistema argentino. *Infojus*, junio. Disponible en: www.saij.gob.ar/lorena-vega-obligatoriedad-precedentes-sistema-argentino-dacf150649-2015-06-01/123456789-0abc-defg9460-51fcanirtcod.